

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

85-14-CA

MICHAEL KENNETH BLACK

APPELLANT

- and -

BONNIE JEANNE BLACK

RESPONDENT

Black v. Black, 2015 NBCA 63

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 16, 2014

History of case:

Decision under appeal:
2014 NBQB 153

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 10, 2015

Judgment rendered:
October 15, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Marie-Claude Bélanger-Richard, Q.C.

MICHAEL KENNETH BLACK

APPELANT

- et -

BONNIE JEANNE BLACK

INTIMÉE

Black c. Black, 2015 NBCA 63

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 16 juin 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2014 NBBR 153

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 10 juin 2015

Jugement rendu :
le 15 octobre 2015

Motifs de jugement:
l'honorable juge Baird

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Marie-Claude Bélanger-Richard, c.r.

For the respondent:
Robert N. Charman

Pour l'intimée :
Robert N. Charman

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed in part.

L'appel est accueilli, en partie.

The following is the judgment delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant, Michael Kenneth Black, appeals an order for variation of spousal support in favor of his ex-wife Bonnie Jean Black, 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 “*Act*”). Mr. Black requests that the decision be reversed in part on five grounds.

II. Background and Nature of Proceedings

[2] Mr. and Mrs. Black were married for eight years and four months prior to their separation in 2003. There was no cohabitation prior to their marriage and there were no children of the marriage. This is characterized as a short term, non-traditional marriage. Mrs. Black became ill in 2000 and withdrew from the workforce. The parties executed a domestic contract on August 25, 2004, which regulated their financial matters, and Mr. Black agreed to pay non time-limited spousal support in the amount of \$750 monthly, in addition to Blue Cross health insurance premiums for the benefit of Mrs. Black. On September 7, 2004, a Divorce Order issued which included corollary relief imported from the domestic contract: specifically, paragraphs 6 and 7.

[3] The domestic contract required a mandatory review of spousal support four years from the date it was executed and also provided the parties would exchange proof of their income each year. Further provisions obligated Mrs. Black to inform her former husband “immediately” of any changes she experienced in her income, and Mr. Black had the right to request medical reports from her health care professionals on an annual basis, “in order to seek confirmation of the wife’s ongoing health status and her

ability to seek and retain employment”. Notably, neither party requested the four-year review hearing, nor did they exchange the financial information.

[4] On separation, Mr. Black owned and operated an unincorporated construction business. The business paid health insurance premiums on behalf of Mrs. Black. The domestic contract stipulated that the “[h]usband, through his business, shall continue to pay the costs of said plan to the benefit of the wife on a monthly basis for so long as he has an obligation to pay spousal support to the wife” (para. 7(b)). The estimated health care premium at that time was \$333 per month; it has since increased to \$514 per month. The contract also provided that should Mr. Black cease to operate the business, which parenthetically is the case, he would “personally pay for the costs of this plan”. Mr. Black’s business failed in October 2011, at which time he filed a petition for bankruptcy. Records indicate that his debts totaled \$663,544.29, and his bank accounts were frozen. On the advice of his former legal counsel, he stopped making the required payments to Blue Cross, and delayed paying his spousal support, thereby placing Mrs. Black’s health benefits in jeopardy.

[5] On December 20, 2011, Mrs. Black filed a Notice of Motion seeking *ex parte* relief, or, in the alternative, an abridgement of time for the hearing of the motion requiring Mr. Black to “comply with paragraphs 6 and 7 of the attached Domestic Contract to the said Court Order so that the applicant continues to receive Spousal Support and Health and Dental coverage until this matter is [heard] in full”. In addition, the Notice of Motion requested contempt relief, an order varying her support payments pursuant to s. 17 of the *Act*, an order requiring Mr. Black to pay “the full cost of medical expenses for the applicant/respondent which occurs to her now, in the future and for the rest of her life”, an order for suit money, and costs on a solicitor-client basis. In response, Mr. Black requested a review and termination of spousal support no later than July 1, 2013, on the basis his financial situation had changed. In the alternative, he sought a variation of spousal support in view of the “material change of circumstances”, and he wanted his support obligation terminated on a given date.

III. Motion Judge's Findings

[6] In his 84-page decision, the motion judge accepted Mrs. Black's testimony concerning her medical condition. He found she had been diagnosed with a "major depressive disorder" and fibromyalgia in 2000, resulting in her withdrawal from the workplace, and that she qualified for disability benefits in the amount of approximately \$9,000 per annum. She now suffers from osteo-arthritis, has mobility issues which interfere with her everyday life, and was recently diagnosed with a conversion disorder that causes her to lose consciousness from time to time. The above findings were supported by medical reports, which formed part of the evidence. From the financial statements, the motion judge concluded Mrs. Black's living expenses increased post-separation, and that she had a short term gambling problem which commenced post-separation in 2006. In addition, Mrs. Black lent a friend \$10,000, which was never repaid, and finally, she declared personal bankruptcy in 2007.

[7] The motion judge examined Mr. Black's employment history, noting he operated an unincorporated construction business during the marriage, and that Mrs. Black provided unpaid book-keeping and administrative assistance to the business prior to the separation. The business ceased operations in 2011, and at the time of the hearing, Mr. Black was still discharging his indebtedness to the trustee in bankruptcy. The motion judge examined the parties' incomes and expenses from 2002 to the date of the hearing. There was no discussion of what, if any, expenses Mr. Black shares with his current spouse; however, there was a brief reference in the reasons to *Chamberlain v. Chamberlain*, 2002 NBCA 12, 247 N.B.R. (2d) 258, and *Hersey v. Hersey* (1993), 135 N.B.R. (2d) 67, [1993] N.B.J. No. 278 (C.A.) (QL), two decisions that discuss the relevance of shared expenses in spousal support variation hearings, but which the motion judge did not analyse.

IV. Motion Judge's Analysis and Decision

[8] The motion judge declined to conduct a review of spousal support on the basis the “parameters and purpose” of the review were not specified by the parties in s. 6(d) of the domestic contract (see *Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920). He then turned to paragraph 6(e)(iv) of the domestic contract, which provided for an automatic review of spousal support in the “event another material change in circumstances occurs”, including a change in the payee’s health condition or a material “substantial” change in the payor’s financial circumstances. The motion judge found the requisite material change in circumstances contemplated in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, [1994] S.C.J. No. 94 (QL), and *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL) existed. He determined Mrs. Black had ongoing financial need and Mr. Black had the ability to pay. He noted the ages of the parties, and concluded Mrs. Black had suffered negative economic consequences arising from the marriage and its breakdown, as she no longer had the benefit of Mr. Black’s earning potential. He referred to the *Spousal Support Advisory Guidelines* (the “*Guidelines*”), and extended the spousal support payments in the “unique circumstances of this case” on the basis Mrs. Black should be “compensated for her involvement in the marriage as it relates to the respondent’s business and her contribution towards household management”. He acknowledged the “compensatory approach may have somewhat dwindled”, but concluded Mrs. Black was totally dependent on her husband for the last two years of cohabitation, and that she continued to have economic need. He then turned his attention to the medical insurance premiums and found they qualified as spousal support, relying on s. 60 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1. (5th supp.).

[9] Regarding the issue of contempt, the motion judge concluded Mr. Black did not intend to “bring the administration of justice into disrepute” and declined to make an order. He accepted that Mr. Black’s decision to terminate spousal support and to delay the payment of health insurance premiums was on the advice of his previous counsel, and there was no *mala fides*. Finally, he declined to order solicitor-client costs on the grounds that Mr. Black’s action in “context of his entire actions do not meet this test for solicitor

client [costs]”. He declined to order suit money; however, he ordered Mr. Black to pay costs in the amount of \$6,000 on the basis of his conduct. He concluded he had jurisdiction to vary the quantum of spousal support pursuant to s. 17 of the *Act* and he increased the payment to \$1,000 monthly for an indefinite duration, and added the cost of the health premiums for a total spousal support award of \$1,514 monthly.

V. Grounds of Appeal

[10] Against the above background, Mr. Black appeals on the following grounds alleging the motion judge erred in law and in fact:

1. in concluding there was a material change in circumstances with regard to the Appellant’s income despite the temporary and unsustainable nature of the change;
2. in concluding that a variation order regarding spousal support was required to relieve the Respondent’s economic hardship related to the marriage despite any hardship being caused by the Respondent’s negligent spending;
3. in increasing the spousal support payable to the Respondent to [\$1,000] per month plus the cost of medical coverage and awarding this increased spousal support for an indefinite duration;
4. in not terminating the spousal support payable to the Respondent; and
5. in considering the Appellant’s conduct in awarding [\$6,000] in costs to the Respondent.

VI. Standard of Appellate Review

[11] In *LeBlanc v. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 401 N.B.R. (2d) 334, our Court, per Larlee J.A., set out the guiding principles for appellate review. Generally, a judge’s decision must be given considerable deference, unless the decision or order is the product of an error of law, an error of principle, or there has been a misapprehension of the evidence (*MacDonald v. MacDonald*, 2011 NBCA 25, 372 N.B.R. (2d) 179, leave to appeal refused, [2011] S.C.C.A. No. 237 (QL), at para. 7).

[12] As noted in *Bourque v. Bourque*, 2004 NBCA 60, 274 N.B.R. (2d) 72, a judge’s decision is not owed deference in cases where the “reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or that the award is clearly wrong” (para. 10). Furthermore, in *J.A.D. v. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200, the Court stated no deference is owed to a hearing judge’s decision “with respect to a question of law”, including the identification of the proper test to be applied (para. 9). With respect to spousal support awards, in *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99, Larlee J.A., writing for the Court, stated:

The standard of review in spousal support cases is set out in *Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 N.B.R. (2d) 300. We will only interfere with a support order when there has been an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or the award is clearly wrong: *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL), at para. 11 and *J.P. v. R.R.*, at para. 27. In short with respect to both issues, absent error, we cannot re-try the case. [para. 12]

[13] For the reasons that follow, I find the motion judge made reversible errors in principle, the award is clearly wrong, and I would allow the appeal in part.

A. *Review or variation*

[14] In this decision, I will address the different standards to be applied in review and variation hearings, the models of support as they apply in variation motions,

and finally, what the *Guidelines* exceptions provide when the marriage is of short duration and the recipient spouse is disabled.

[15] Review hearings carry different evidentiary burdens than variation hearings pursuant to s. 17 of the *Act*. In *Leskun*, the Supreme Court cautioned judges not to order reviews of final spousal support orders unless there is an essential issue requiring review, and only when the terms of the review have been “tightly delimited” in the original order for corollary relief. The rationale for this instruction is grounded in the prohibition against re-litigation of a decided issue.

[16] On a review hearing, “nobody bears an onus to show changed circumstances” (*Leskun*, para. 39). The recipient spouse should present evidence of his/her efforts to achieve self-sufficiency, and the motion judge can then modify or terminate the order. On a variation hearing, however, the moving party bears the onus to satisfy the threshold requirement of material change stipulated in s. 17 of the *Act*. These are important distinctions that govern how a hearing judge must approach motions to vary spousal support. These distinctions are also of importance to the parties, as, arguably, on a review, it is contemplated that support would continue absent any change towards economic self-sufficiency by the recipient spouse. On a variation hearing, the hearing judge has broader latitude in the scope of evidence he/she will receive to conduct the analysis set out in s. 17 of the *Act*. Hence, it is of critical importance for the hearing judge to identify the jurisdictional basis for the decision, i.e. whether the case falls under the compensatory or non-compensatory model of support. In the case at bar, both parties sought a variation of the corollary relief order, thus, both had an onus to provide proof of material change. The court must have been satisfied “[t]his means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms” (*Willick*, per Sopinka J. at para. 21).

[17] In *G.(L.) v. B.(G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, [1995] S.C.J. No. 72 (QL), the Supreme Court refined what it meant by “foreseeable” change, stating the fact a change was objectively foreseeable does not necessarily mean it was subjectively contemplated

by the parties at the time of the original order. The Court went further in *Hickey* when it stated that the sufficiency of the change must be examined in light of the overall financial situation of the parties. The Court added that whether material change has been demonstrated depends on the actual circumstances of the parties at the time of the order, and requires continuity. The threshold requirement remains the same whether the agreement was incorporated in the order or not and there is a presumption that the agreement was properly considered at the time the original order was granted (*Willick; Leskun; L.M.P v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775).

[18] The above cases involved long term traditional marriages, and they predated the *Guidelines*. Although the *Guidelines* had not been published at the time the corollary relief order was granted in this case, it is generally accepted they apply to a review or to a variation proceeding that takes place thereafter (*R.L. v. N.L.*, 2012 NBQB 123, 388 N.B.R. (2d) 220, at para. 19; *Cavanaugh v. Cavanaugh*, 2008 NBQB 387, 341 N.B.R. (2d) 166, at para. 57; *Gray v. Gray*, 2014 ONCA 659, [2014] O.J. No. 4519 (QL), at paras. 42-45).

[19] In *The Spousal Support Advisory Guidelines: A New and Improved User's Guide to the Final Version* by Carol Rogerson and Rollie Thompson (Ottawa: Minister of Justice and Attorney General of Canada, 2010) (the "*Improved User's Guide*"), the authors acknowledge the *Guidelines* can be used in variation hearings (Chapter 13), but they specifically note the requirement to consider the exceptions, where appropriate, as will be discussed further in these reasons. Prior to 2008, it was thought the *Guidelines* applied only to initial support applications. However, following the decision in *Fisher v. Fisher*, 2008 ONCA 11, [2008] O.J. No. 38 (QL), at para. 96, the authors clarified the *Guidelines* have a conditional role to play in variation motions. In *Beninger v. Beninger*, 2007 BCCA 619, [2007] B.C.J. No. 2657 (QL), the Court added a cautionary note:

This question is answered, to some extent, by the authors of the *SSAG* who indicate in their proposal that the *SSAG* should be approached with considerable caution on variation applications. They state the *SSAG* were not designed to address some of the more complex issues

which can arise on variation proceedings, including the impact of remarriage, second families and retirement. In some cases, entitlement may also have become an issue since the initial order was made. In certain circumstances, however, the *SSAG* can be used on a variation application albeit with care. [para. 52]

[20] Professors Thompson and Rogerson noted the types of variation or review cases that should be approached with caution:

- i. Old orders made prior to the *Guidelines*;
- ii. A post-separation increase in income of the payor spouse;
- iii. A post-separation decrease in income of the recipient spouse;
- iv. Remarriage or partnering of the recipient spouse;
- v. Second families;
- vi. Applications to terminate on the grounds of no entitlement.

[21] The *Guidelines* formula in this case prescribed that spousal support would terminate based on the years of marriage alone. By the time of the hearing, Mr. Black had paid support two and one half years longer than what is prescribed in the formula, and two years longer than the length of his marriage. On this basis, Mr. Black submitted his support payments should be terminated. He acknowledged the Court's authority to order non-compensatory spousal support based only on the disability of the other spouse, referencing the Supreme Court decision in *Bracklow v Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, [1999] S.C.J. No. 14 (QL), however, he submitted the obligation should not be indefinite. Mr. Black submitted economic need does not, by itself, obligate a payor spouse indefinitely, particularly when the marriage was of short duration. He submitted he agreed to pay a higher amount of spousal support on the grounds he remained optimistic his former wife would be working in four years; hence, there was an expectation his support obligations would eventually come to an end. In his view, the review clause contemplated a change in the duration only, and not the quantum of support.

[22] In support of his submission that spousal support should terminate, Mr. Black referred us to *Aujla v. Singh*, 2012 ONSC 5217, [2012] O.J. No. 4395 (QL). In that case, Grey J. observed that “maintenance of a totally disabled spouse requires a delicate balancing of interests” (para. 51), and that the family, society at large, and indeed, the disabled person themselves, may be called upon to contribute.

[23] In *Aujla*, the wife immigrated to Canada in 2006, two years into the marriage. In 2007, she was diagnosed with multiple sclerosis. This childless relationship deteriorated, and eventually the wife was forced to move into a nursing home. She sought spousal support in the amount of \$1,000 monthly, to be paid indefinitely. The *Guidelines* prescribed a range between \$154 to \$208 monthly, payable for two to four years. The Court concluded this was not a case for compensatory support, considered the disability exception set out in the *Guidelines*, and awarded \$300 monthly payable indefinitely based on the wife’s extreme economic need. Similarly, Mrs. Black is unable to contribute to her own support as a result of her disability. There was evidence she receives support from her mother and her brother, and society is already contributing to her support through the payment of disability benefits. Mr. Black’s contributions enable her to meet the basic necessities of life. There is evidence of ongoing economic need, and Mr. Black has admitted entitlement.

[24] Following the bankruptcy in 2011, Mr. Black found employment as a construction worker in Nunavut. His salary is approximately \$117,000 per annum. Mr. Black submitted the motion judge erred when he found his employment as a construction worker in Nunavut constituted a “material” change in circumstances. He asserted this is a short term position, and that a temporary increase in his financial circumstances should not be used as the basis for an indefinite increase in his spousal support obligation. This submission may have had some traction; however, by the date of the hearing, he had been employed by the same company on and off since 2011, with no evidence his position would become redundant. As the Court stated in *Brown v. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323:

[I]n each instance, the order is contingent on the court finding a "change in circumstances" of one of the parties, or a child, between the time of the original order and the application for variation. Invariably, the law requires the change to be "material". [...] As a general proposition, the court will be asking whether the change was significant and long lasting; whether it was real and not one of choice. [para. 2]

[25] Therefore, if the evidence suggests the material change is temporary, with no degree of continuity, and may be a short-lived unique event, a court would be reluctant to permanently vary a prior court order (*Powell v. Levesque*, 2014 BCCA 33, [2014] B.C.J. No. 129 (QL), at para. 24). Clearly, although he may not enjoy the dislocation, he has been employed in Nunavut in excess of four years, with no evidence it might terminate in the future. The issue of material change will be discussed further in the context of s. 17 of the *Act*.

B. *The disability exception and short term marriages*

[26] The Supreme Court in *Bracklow* stated "in some circumstances the law may require that a healthy party continue to support a disabled party, absent contractual or compensatory entitlement. Justice and considerations of fairness may demand no less" (para. 48). In that case, the parties cohabited for four years prior to their marriage in 1989. They separated in 1992 and divorced in 1995. Mrs. Bracklow was unable to work from 1991 onward as a result of a medical condition, and she received disability benefits. Mr. Bracklow was ordered to pay \$400 monthly spousal support with no time limit. The trial judge found Mrs. Bracklow had contributed financially to the household expenses and she had a compensatory claim on that basis. The Supreme Court remitted the case to the trial judge for the purpose of assessing quantum and duration of support on the basis of entitlement. The Supreme Court did not rule out the possibility that Mr. Bracklow had sufficiently compensated Mrs. Bracklow for any economic disadvantage she suffered as a result of the marriage and its breakdown, and concluded there is no presumptive right to support based on disability. The analysis focused on the compensatory and non-compensatory models of spousal support.

[27] In Chapter 12 of the *Guidelines*, the authors observe that disability cases are challenging, particularly where, as here, the marriage has been of short duration and is childless. The *Guidelines* formula requires a termination date in most cases, unless the case falls within one of the exceptions. In the *Improved User's Guide*, the authors state the following: "Even now, more than five years after ... the Draft Proposal and almost two years after the release of the Final Version, it is still surprising how often lawyers and judges fail to consider the exceptions. It remains one of the great mysteries of the Advisory Guidelines so far". The authors formulate three approaches to these types of cases, with no one approach taking precedence. One approach would permit an increase in the quantum of spousal support with an extended duration, another would apply the formula ranges for both amount and duration, with no recognition of a "disability exception", and finally, the third approach would allow for a reduced amount of support with an extended duration. The authors acknowledge that "[u]ntil appellate courts provide further guidance, these divergent approaches towards illness and disability will continue". This inconsistency has created problems for motion judges as well as trial judges. Some courts have referred to the *Guidelines*' disability exception, and others have not. It is fair to say the jurisprudence is particularly inconsistent in cases involving short to medium term marriages where there is a disabled recipient spouse. *Lepp v. Lepp*, 2008 BCSC 448, [2008] B.C.J. No. 640 (QL); *Beninger v. Beninger*, 2009 BCCA 458, [2009] B.C.J. No. 2197 (QL); *Pratt v. Pratt*, 2008 NBQB 94, 334 N.B.R. (2d) 22; *Jens v. Jens*, 2008 BCCA 392, [2008] B.C.J. No. 1886 (QL); *Elaschuk v. Elaschuk*, [1999] O.J. No. 2462 (C.A.) (QL); *Richardson v. Normand*, 2000 MBQB 110, [2000] M.J. No. 355 (QL); *Kerwood v. Kerwood*, [1999] B.C.J. No. 830 (B.C.S.C.) (QL); *Wilson v. Marchand*, 2007 ONCJ 408, [2007] O.J. No. 3738 (QL); *Haggerty, supra*; *R.M.S. v. F.P.C.S.*, 2011 BCCA 53, [2011] B.C.J. No. 174 (QL); *Stergios v. Kim*, 2011 ONCA 836, [2011] O.J. No. 5900 (QL); *Hurley v. Hurley*, 2012 NSCA 32, [2012] N.S.J. No. 161 (QL); *Powell, supra*; *Stannett v. Green*, [2014] O.J. No. 47 (Ont. Sup. Ct.) (QL). Due to the short duration of the marriage as well as Mrs. Black's disability, this case is considered exceptional.

[28] The motion judge in this case referred to the *Guidelines*, but he did not provide reasons as to how he applied them. The reasons do not inform on what basis the support award falls within the formulaic range, nor do they inform whether the disability exception was considered, or which approach was applied. This was a perfect opportunity for the Court to apply the *Guidelines* exceptions, or to reject them. As this Court has stated, if a hearing judge decides to deviate from the *Guidelines* he/she needs to provide a rational basis for doing so (*Smith v. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 N.B.R. (2d) 208). In *Smith*, Quigg J.A., writing for the Court, reasoned that the *Guidelines* are advisory, not binding, and therefore courts have a residual discretion not to follow them. However, she stated that courts “should” follow them, and when there is a deviation from the formula, the judge must state his or her reasons for the deviation (para. 26). There is no indication in the reasons how, if he did at all, the motion judge applied the *Guidelines* in this case. The variation order requires Mr. Black to pay support in an amount that exceeds the formulaic range, with no mathematical calculation, for an indefinite duration. This represents an unexplained deviation that fails to comply with this Court’s direction in *Smith*.

C. *Compensatory and non-compensatory support*

[29] The compensatory model of support was explained in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, [1992] S.C.J. No. 107 (QL), where the Supreme Court stated:

[...] Today, though more and more women are working outside the home, such employment continues to play a secondary role and sacrifices continue to be made for the sake of domestic considerations. These sacrifices often impair the ability of the partner who makes them (usually the wife) to maximize her earning potential because she may have to forgo educational and career advancement opportunities. These same sacrifices may also enhance the earning potential of the other spouse (usually the husband) who, because his wife is tending to such matters, is free to pursue economic goals”. [para. 70]

This principle was reiterated by the Supreme Court in *Bracklow* (paras. 24 and 41) when it held the basis for this relief is in recognition of the sacrifices made by the recipient spouse in assuming household and child care responsibilities, often resulting in a lower earning potential and fewer prospects for economic independence. Such was not the case here.

[30] The compensatory model of support recognizes the respective roles the spouses performed during the marriage and is tied to the economic advantage or disadvantage which arose as a result of the marriage or its breakdown. These are connected to the contractual, compensatory and non-compensatory models of support first discussed by the Supreme Court in *Moge*. In *Scott v. Scott*, 2011 NBCA 7, 368 N.B.R. (2d) 281, Richard J.A., writing for the Court, stated the following: “In other words, the spouse is compensated for having sacrificed his or her own career and financial security by assuming a particular role in the family. A common example is a spouse remaining at home to care for the children of the marriage, while the other spouse pursues a career” (para. 25). This model of support was identified by the Supreme Court in *Bracklow*, *Moge*, and *Hickey*.

[31] In the case before us, although the motion judge acknowledged the compensatory element had “dwindled”, he proceeded to arbitrarily increase the spousal support quantum. He reasoned Mrs. Black’s contributions to her husband’s business allowed him to make that compensatory link and he then conflated that reasoning with the increase in Mrs. Black’s cost of living, relying on *Hickey*. In *Hickey*, the Supreme Court acknowledged an increase in the cost of living of the recipient spouse can constitute material change in a variation proceeding. L’Heureux-Dubé J. agreed an “upward adjustment for an increase in the cost of living also accords with the objectives of variation orders set out in s.17(7)” (para. 26). In that case, there was a significant compensatory element as a result of the length of the marriage, the roles the parties performed during the marriage, and the economic disadvantage the recipient wife suffered as a result of her decision to leave the workforce to stay home to care for the children. The Supreme Court agreed inflationary increases in the wife’s cost of living

were legitimately considered as part of the compensatory element of support. The present case can be distinguished on each of these points. Although the hearing judge acknowledged the weak case for compensatory support, he proceeded to arbitrarily link the increases in Mrs. Black's monthly expenses to that element of support. This was an error in principle.

[32] At this juncture, I pause to note the *Guidelines* do not rule out a “compensatory exception” in childless marriages of short duration. In certain cases, the formula does not necessarily have to be used (*Guidelines*, Chapter 12.5). In Ann C. Wilton & Noel Semple, *Spousal Support in Canada*, 3rd ed (Toronto: Carswell, 2015), the authors state, however: “The majority of cases recently of compensatory support in short marriages without children have been found to be in situations where the recipient spouse has made a dramatic relocation for the sake of the relationship, often giving up a good job to do so” (p. 611). The authors referred to *Tasman v. Henderson*, 2013 ONSC 4377, [2013] O.J. No. 3102 (QL); *R.M.S v. F.P.C.S.*, 2011 BCCA 53, [2011] B.C.J. No. 174 (QL), *Beardsall v. Dubois*, [2009] O.J. No. 416 (C.A.) (QL); *Volik v. Lisovska*, 2011 BCSC 22, [2011] B.C.J. No. 28 (QL); *Ahn v. Ahn*, 2007 BCSC 1148, 2007 B.C.J. No. 1702 (QL), *Fuller v. Matthews*, 2007 BCSC 444, [2007] B.C.J. No. 656 (QL), in support of this proposition. Such is not the case before us. Mrs. Black did not relocate for the sake of the relationship, nor did she give up a “good job” to assist in her husband’s business.

[33] In *Bracklow*, the Supreme Court also opened the door to a support-based model on a non-compensatory basis. This model of support is grounded in the “social obligation model” of marriage, which states that on the dissolution of a marital relationship, when there is economic need, the primary burden should lay with the former partner and not with the state. This is often referred to as the “needs and means” approach to spousal support. In Chapter 12.7 of the *Guidelines*, the authors contemplate there could be a basic needs exception under the ‘without child’ formula, intended to deal with shorter marriages where the recipient has little or no income, such as in this case. Before us, Mrs. Black asked us to consider the social obligation of marriage as the basis upon which we should uphold the motion judge’s decision. She submitted that once we were

satisfied she continued to have economic need, and that Mr. Black had the ability to pay, the Court should uphold the increase in spousal support on that basis. On this issue, the authors of the *Guidelines* note the following: “Some would even broaden this exception beyond illness and disability, into something more like a “basic social obligation” exception, where the recipient has basic needs beyond any formula support for one of any number of reasons. We believe that the sheer breadth of a basic social obligation exception would undermine the integrity and consistency of any formula or guidelines”. I agree.

[34] The non-compensatory model of support required the motion judge to conduct an analysis based on the needs and means of the parties (*Bracklow*, para. 41), which would have included a review of the division of assets and debts on separation. There was no analysis of the non-compensatory basis of support in this decision. Instead, the motion judge chose to rely on the compensatory model only, stating that Mrs. Black’s claim was based largely on the work she did in her husband’s business. In my opinion, this claim was overstated by the motion judge. Mrs. Black’s contribution to the business was minor. She did not leave a job to assist in her husband’s business, nor did she retire or leave her employment to relocate elsewhere with him.

D. *Post-separation increases in Mr. Black’s income*

[35] Mr. Black also submitted the motion judge erred when he considered the increases in his post-separation income, as they had no connection to the marriage. When the domestic contract was executed, Mr. Black’s income was \$53,000 per annum compared to his current average income of \$117,000. The authors of the *Guidelines* carefully observed there is a question whether post-separation increases in the income of the payor spouse should be considered in cases of short to medium term marriages. Canadian jurisprudence remains divided, and ultimately the question is resolved on a case by case basis.

[36] In *Campbell v. Vaughan*, 2015 NBQB 110, [2015] N.B.J. No. 145 (QL), d'Entremont J. discussed this “evolving” Canadian jurisprudence with specific reference to *Thompson v. Thompson*, 2013 ONSC 5500, [2013] O.J. No. 4001 (QL), where, at para. 103, the Court made reference to the *Guidelines*, the general factors and objectives underlying them, and concluded that a spouse is not automatically entitled to share in post-separation increases in the income of a payor spouse. Such a right typically does not exist in non-compensatory claims for support. She observed compensatory claims for support may “provide a foundation” for entitlement to share in post-separation increases in income in certain cases where there is a demonstrated link between the contributions made by the recipient spouse to the economic success of the payor spouse. In varying the award in that case, the judge acknowledged this had been a long term traditional marriage, that entitlement was based on both compensatory and non-compensatory factors, that Mr. Vaughan’s economic success was linked to his wife’s contributions to the family unit over the years, and, therefore, she felt comfortable increasing the support order on those bases. The above facts do not exist in the case before us.

[37] To share in post-separation increases in income, the recipient spouse must prove a connection with his/her contribution to the marriage, which, over time, benefited the career of the payor spouse, and added to the economic well-being of the family unit (*Fisher*). In Philip Epstein’s Annotation to *Fisher*, 2008 CarswellOnt 43 (WL Can), the author states the following:

There is no automatic entitlement to increased spousal support when a spouse’s post-separation income increases. See *Dextraze v. Dextraze*, 2004 CarswellBC 287 (B.C.S.C.) at 40 and *Hariram v. Hariram*, 2001 CarswellOnt 732, 14 R.F.L. (5th) 88 (Ont.Div.Ct.). Generally, there must be some economic advantage/disadvantage conferred and suffered in order to share in any increase in income [...].

[...]

Much case law suggests that a direct contribution to future income earning potential by way of contributing to credentials or skills is a necessary precondition of sharing post-separation success. If the payor obtains skills or

credentials during the marriage, the recipient is more likely to be entitled to share in the future increases of income. If the payor's post-separation success flows from a job which is a different job than that which he had during the marriage, the court is more likely to reject a claim for the sharing of post-separation success.[...]

[38] There is no presumption the standard of living of the recipient spouse should increase post-separation by virtue only of the payor's increased income. This principle was accepted in *Jabora-Scott v. Scott*, 2011 NBCA 7, 368 N.B.R. (2d) 281; *Reid v. Gillingham*, 2015 NBCA 27, [2015] N.B.J. No. 99 (QL); and *Brooks v. Brooks*, 2014 NBCA 29, 419 N.B.R. (2d) 326. In this case, there is no demonstrable link between Mr. Black's current income and employment, the corresponding skills he acquired during the marriage, and any contribution Mrs. Black may have made towards the acquisition of those skills. In fact, Mr. Black's construction business failed following the breakdown of the marriage. There was an assumption by the motion judge that Mrs. Black would have an automatic right to share in the post-separation increase in Mr. Black's income based primarily on the fact that her expenses increased. This is an error in principle. He acknowledged the damage to Mrs. Black's overall financial situation as a result of her "albeit relatively brief but devastating sojourn into the ravages of gambling", however, attributed her economic need to factors distinct from that "situation", without quantifying what they were, or linking them to the marriage or its breakdown, as required by s. 17 of the *Act*. This leads me to the analysis required in variation proceedings.

VII. Has Mr. Black met the test for variation?

[39] Section 17 of the *Act* sets out the test for variation orders:

(4.1) Before the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that

(4.1) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-

order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration. ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

[40] The Supreme Court in *Willick* defined “material change” as follows:

This means a change, such that, if known at the time would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time, it cannot be relied on as the basis for variation. [...] [para. 21]

[41] The same principles were applied by the Supreme Court in *G.(L.) v. B.(G.)*. Section 17(4.1) of the *Act* requires a court to “satisfy itself” that a change in the condition, means, needs, or “other circumstances” of either former spouse, has occurred since the making of the last order prior to varying it. Section 17(7) requires a consideration of the four objectives a variation order should “achieve”, including;

- i. a recognition of the economic advantages or disadvantages arising from the marriage or its breakdown;
- ii. apportion the financial consequences arising from the child care responsibilities;
- iii. relieve any economic hardship of the former spouses arising from the marriage breakdown;
- iv. as far as “practicable”, promote economic self-sufficiency.

[42] In *L.M.P. v. L.S.*, the Supreme Court discussed the difference in the type of analysis depending on whether the order is one of first instance pursuant to s. 15 of the *Act*, or a variation of an existing order pursuant to s. 17 of the *Act*. In that case, the wife became ill with multiple sclerosis a short time after the marriage. The marriage was 15 years in duration, with children. A separation agreement was entered into prior to the Divorce Order. In 2007, the wife filed a motion seeking retroactive and prospective increases in support. The husband replied with an application to reduce and terminate his spousal support. The Supreme Court identified the differences between an application in

the first instance for spousal support pursuant to s. 15 of the *Act*, and a motion to vary pursuant to s. 17, placing the emphasis on s. 17. The decision reiterates that the onus is placed on the moving party to satisfy the requirements of material change, and also requires consideration of whether knowledge of the circumstances at the time the original order was granted would have altered the terms. The Supreme Court found there had been no material change in the circumstances since the original order, as both parties were aware of the wife's medical condition at the time the order was issued. Nothing had changed with respect to her employability. The husband had not established a material change in circumstances which would justify a variation.

[43] In *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, the Supreme Court affirmed that the test is the same whether a party seeks to vary a court order or a domestic contract when it stated:

[...] it would be inconsistent if a different test applied to change an agreement in the form of an initial order under s. 15.2 [of the *Divorce Act*] and to variation of an agreement incorporated into an order under s. 17. In our view, the *Act* does not create such inconsistency. [para. 91]

[44] The Supreme Court identified a two-stage analysis starting with an examination of the circumstances surrounding the preparation and execution of the agreement. If satisfied there was nothing in those circumstances that would justify variation, the second stage requires the reviewing judge to examine the request for variation through the lens of the objectives set out in s. 15 of the *Act*. In order to succeed on a variation motion, the moving party must lead evidence of change which was not within the contemplation of the parties at the time the agreement was signed. See *G.(L.) v. B.(G.)*.

[45] On this point, the Supreme Court in *Hickey* states:

Section 17(7)(a) requires the court to take into account economic advantages and disadvantages arising from the marriage or its breakdown. This, in particular, recognizes

the importance, when deciding on spousal support or variation orders, of compensating former spouses for advantages gained and disadvantages suffered as a result of the marriage itself and the decisions the parties made and roles they played within it: see *Moge, supra*. Section 17(7)(c) outlines the equally important objective of relieving economic hardship arising from the breakdown of the marriage: see *Moge, supra*, at p. 865, and *Bracklow, supra*, at paras. 36 and 41. Considering this objective includes examining the change to the economic situation of the parties caused by the separation, taking into account current needs and means and all other relevant circumstances of the parties: see *Moge, supra*, at pp. 865-66. The second and fourth objectives -- those of apportioning child rearing costs over and above the extent reflected in the child support order, and promoting economic self-sufficiency to the extent practicable -- must also be taken into account in determining the appropriate support or variation order. As was held in *Moge, supra*, at pp. 866-67:

The exercise of judicial discretion in ordering support requires an examination of all four objectives set out in the Act in order to achieve equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown. This implies a broad approach with a view to recognizing and incorporating any significant features of the marriage or its termination which adversely affect the economic prospects of the disadvantaged spouse. [para. 22]

[46] Applying the above reasoning in *L.M.P. v. L.S.*, the Supreme Court found there had been no material change in circumstances since the making of the order. At the time the original order was executed, the wife had multiple sclerosis and was not expected to seek employment outside of the home. The husband's motion to seek a variation of the original support order failed, as he did not meet the threshold required by s. 17(4.1) of the *Act*. The Supreme Court provided different reasons but came to the same result. I reproduce the reasons of McLachlin C.J. and Cromwell J. as they flesh out the core of the court's task:

This, I think, is not a controversial matter. Section 17(4.1) of the Act directs that "[b]efore the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order". The Court in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, which concerned child support, held that what is required is a "material change" of these circumstances. This means "a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation (p. 688). This threshold also applies to applications to vary spousal support: *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, at para. 73, *per* Sopinka J., and paras.48-51, *per* L'Heureux-Dubé J.

It is thus clear from *Willick* that a matter known at the time of the original order cannot provide the basis of a material change in circumstances. But what about matters that were simply foreseeable at that time? According to L'Heureux-Dubé J. in *G. (L.)*, the question is whether the parties must be taken to have actually contemplated the matter in question; as she put it at para. 51, simple foreseeability does not bar a variation finding under s. 17 because "the fact that a change was objectively foreseeable does not necessarily mean that it was contemplated by the parties": citing *Willick*, at p. 734 (emphasis added). Thus, changes which the parties actually contemplated or that must have been in the parties' contemplation cannot constitute material changes.

There is, in my opinion, no inconsistency between *Miglin* and *Willick*. *Miglin* did not suggest that the "material change" threshold for variation as set out in *Willick* does not apply. *Willick* did not discuss the weight that the parties' agreement should be given on a variation application other than, as we shall see in the next section, by setting out the effect on the variation application of the fact that the parties' agreement had been incorporated into a court order. [paras. 66-68]

[47] In other words, at the variation stage, a previously executed agreement must be given significant weight. The Supreme Court in *L.M.P. v. L.S.* has provided hearing judges a framework for the analysis. This framework requires the court to ensure that the analysis conforms to the principle established in *Willick*, that is, that the original order is assumed to have been correct. If the matter relied upon as constituting the change was known at the relevant time, it cannot form the basis for variation. The Supreme Court added the analysis at step two of *Miglin* should inform the inquiry. Therefore, as Cromwell J. stated, “[t]he test, however, is not simple foreseeability in its broadest sense as virtually any change is foreseeable” (para. 92). The test is whether the situation now relied upon as constituting material change was reasonably within the contemplation at the parties. Moving to the second step of the analysis set out in *Miglin*, Cromwell J. reiterated that “all of the objectives of the Act must be taken into consideration” (para. 92). Those objectives include not only the statutory requirements, “but also the broader objectives of finality, certainty and autonomy” (para. 92).

[48] In this case, Mrs. Black’s medical condition was known to Mr. Black at the time the parties executed their domestic contract and, therefore, cannot be relied upon by Mr. Black as support for a variation of the order. There was no submission before us that the domestic contract was improperly drafted and, therefore, it is presumed to be correct. Mr. Black did not request a time-limited support order at the time the divorce was heard. There were no parameters set for the contemplated review. Mr. Black failed to adduce evidence that would meet the material change threshold established in s. 17 of the *Act*, therefore, on the same basis as *L.M.P. v. L.S.*, his request to terminate or vary his spousal support payment fails.

VIII. Disposition

[49] The motion judge erred in principle in arbitrarily increasing the support payments to \$1,514 monthly, without analyzing how this amount met the formulaic range set out in the *Guidelines*, if at all. There was no consideration of the disability exception and whether it would apply in this case. On the material change in circumstances analysis

pursuant to s. 17 of the *Act*, the reasons did not inform on what basis the material change was not within the contemplation of the parties at the time the domestic contract was incorporated in the order for corollary relief, or whether the change was linked to the marriage or its breakdown. The motion judge over-stated the compensatory element of the wife's claim to spousal support. Mrs. Black was not automatically entitled to an increase in her support by virtue of Mr. Black's post-separation increases in income or on the basis her financial need had changed. The motion judge downplayed the impact Mrs. Black's mismanagement of funds had on her economic need. For the above reasons, I would allow the appeal in part, by restoring the original order for support in the amount of \$750 monthly with no time limit and I would require Mr. Black to pay the health insurance premiums on behalf of Mrs. Black as he had agreed to do.

[50] Before us, Mr. Black advised he was not able to deduct the payments he is making to Blue Cross on behalf of Mrs. Black, due to the wording of the order which failed to track the language of the legislation. The domestic contract and subsequent corollary relief order contemplated these payments would be tax deductible to Mr. Black. As a result, this has operated as a penalty to Mr. Black and a windfall to Mrs. Black. It was clear the motion judge believed he was crafting an order that would comply with the *Income Tax Act* and he intended that these payments would form part of the spousal support award; however, the legislation requires specific wording for this purpose (ss. 56.1(2) and 60.1(2)). As a result, Canada Revenue Agency will not permit Mr. Black to deduct the Blue Cross payments. This part of the order is remitted to the motion judge so that a properly worded order can be filed for this purpose.

IX. Costs

[51] With respect to the costs that were awarded at the hearing, I vary the motion judge's award and award no costs on the same basis as in *MacLellan v. MacLellan*, 2001 NBCA 82, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 58, where the Court found that since there was a mixed result at trial, there should not be an award of costs. With

respect to costs of the appeal, Mr. Black has been substantially successful, however, there were no costs requested, so none will be ordered.

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] L'appelant, Michael Kenneth Black, interjette appel d'une ordonnance de modification d'une prestation alimentaire matrimoniale en faveur de son ex-épouse, Bonnie Jean Black, ordonnance qui a été rendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine conformément à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (la « *Loi* »). M. Black demande que cette décision soit infirmée en partie et il invoque cinq moyens d'appel.

II. Contexte et nature de l'instance

[2] M. et M^{me} Black ont été mariés pendant huit ans et quatre mois avant leur séparation en 2003. Ils n'ont pas cohabité avant le mariage et aucun enfant n'est issu du mariage. Il s'agit d'un mariage non traditionnel de courte durée. Frappée de maladie en 2000, M^{me} Black s'est retirée de la population active. Les parties ont signé un contrat familial, le 25 août 2004, qui réglait leurs affaires financières, et M. Black a consenti à verser une prestation alimentaire matrimoniale de durée non limitée se montant à 750 \$ par mois, en plus de payer des primes d'assurance-maladie à la Croix-Bleue en faveur de M^{me} Black. Le 7 septembre 2004, un jugement de divorce a été rendu et celui-ci reprenait certaines mesures accessoires prévues dans le contrat familial, plus précisément celles énoncées aux paragraphes 6 et 7.

[3] Le contrat familial prescrivait la révision obligatoire de la prestation alimentaire matrimoniale quatre ans après la date de la signature du contrat et prévoyait aussi que les parties s'échangeraient une preuve de leur revenu chaque année. D'autres dispositions obligeaient M^{me} Black à informer son ancien mari [TRADUCTION] « sans délai » de tout changement dans son revenu, et M. Black avait le droit de demander sur

une base annuelle des rapports médicaux des professionnels de la santé qui soignaient M^{me} Black [TRADUCTION] « afin d'obtenir une confirmation de l'état de santé actuel de l'épouse et de sa capacité d'obtenir et de conserver un emploi ». Il y a lieu de noter que ni l'une ni l'autre des parties n'a demandé la révision au bout de quatre ans, ni n'a échangé avec l'autre les renseignements financiers prévus.

[4] Au moment de la séparation, M. Black était propriétaire et exploitant d'une entreprise de construction non personnalisée. L'entreprise payait les primes d'assurance-maladie de M^{me} Black. Le contrat familial prévoyait que [TRADUCTION] « [l]e mari, par l'entremise de son entreprise, continuer[ait] de payer mensuellement les frais de ce régime au profit de l'épouse tant qu'il aur[ait] l'obligation de payer une prestation alimentaire matrimoniale au profit de l'épouse » (par. 7b)). Les primes d'assurance-maladie étaient estimées à l'époque à 333 \$ par mois; elles sont passées depuis à 514 \$ par mois. Le contrat prévoyait aussi que si M. Black cessait d'exploiter l'entreprise, ce qui effectivement s'est produit, il [TRADUCTION] « payer[ait] personnellement les frais de ce régime ». L'entreprise de M. Black a échoué en octobre 2011 et à ce moment-là il a déposé une requête de mise en faillite. Selon les dossiers, ses dettes s'élevaient à 663 544,29 \$ et ses comptes bancaires ont été gelés. Sur l'avis de son ancien avocat, il a cessé de faire les paiements prescrits à la Croix-Bleue et il a retardé les paiements au titre de la prestation alimentaire matrimoniale, ce qui a eu pour effet de compromettre le régime d'assurance-maladie de M^{me} Black.

[5] Le 20 décembre 2011, M^{me} Black a déposé un avis de motion sollicitant des mesures réparatoires *ex parte*, ou, subsidiairement, un abrègement du délai en vue de l'audition de la motion exigeant que M. Black [TRADUCTION] « [se conforme] aux [par.] 6 et 7 du contrat [familial] annexé à [l']ordonnance de la Cour, afin que la requérante continue de recevoir une pension alimentaire à son profit ainsi qu'une protection d'assurance-maladie et d'assurance dentaire jusqu'à ce que l'affaire ait été entièrement instruite ». De plus, l'avis de motion sollicitait des mesures réparatoires pour outrage, une ordonnance de modification de la prestation alimentaire matrimoniale conformément à l'art. 17 de la *Loi*, une ordonnance exigeant que M. Black paye

[TRADUCTION] « le coût intégral des frais médicaux que la requérante (intimée) doit supporter, et ce, maintenant, à l'avenir, et pendant le reste de sa vie à elle », une ordonnance de paiement de provision pour frais ainsi que les frais entre avocat et client. En réponse, M. Black a sollicité la révision de la prestation alimentaire matrimoniale et la cessation de celle-ci au plus tard le 1^{er} juillet 2013, pour le motif que sa situation financière avait changé. Subsidiairement, il sollicitait une modification de la prestation alimentaire matrimoniale [TRADUCTION] « en raison du changement de situation important », et il voulait que son obligation alimentaire prenne fin à une date donnée.

III. Conclusions du juge saisi de la motion

[6] Dans une décision de 84 pages, le juge saisi de la motion a accepté le témoignage de M^{me} Black concernant son état de santé. Il a conclu qu'elle souffrait d'un [TRADUCTION] « trouble dépressif majeur » et de fibromyalgie en 2000, ce qui avait entraîné son retrait de la population active et qu'elle était admissible aux prestations d'invalidité pour un montant approximatif de 9 000 \$ par année. Elle souffre maintenant d'ostéo-arthrite, a des problèmes de mobilité qui font obstacle à sa vie quotidienne et elle a reçu dernièrement un diagnostic de trouble de conversion, ce trouble lui causant de temps à autre des pertes de connaissance. Les conclusions ci-dessus étaient étayées par les rapports médicaux, lesquels faisaient partie de la preuve. Le juge saisi de la motion a conclu que, d'après les états financiers, les frais de subsistance de M^{me} Black avaient augmenté après la séparation et qu'elle avait eu un problème d'adonnance au jeu pendant une courte période qui avait débuté après la séparation en 2006. Qui plus est, M^{me} Black avait prêté la somme de 10 000 \$ à un ami et cette somme n'avait jamais été remboursée. Au bout du compte, elle a fait faillite personnelle en 2007.

[7] Le juge saisi de la motion a examiné les antécédents de travail de M. Black et observé qu'il avait exploité une entreprise de construction non personnalisée pendant le mariage et que M^{me} Black avait fourni, sans rémunération, des services administratifs et des services de tenue de livres à l'entreprise avant la séparation du couple. L'entreprise avait cessé d'exploiter son activité en 2011 et, au moment de

l'audience, M. Black continuait de rembourser ses dettes à un syndic de faillite. Le juge saisi de la motion a examiné les revenus et les dépenses des parties entre 2002 et la date de l'audience. Il n'a pas été discuté du montant des dépenses, le cas échéant, que M. Black partage avec sa conjointe actuelle; toutefois, le juge a mentionné brièvement, dans ses motifs, l'arrêt *Chamberlain c. Chamberlain*, 2002 NBCA 12, 247 R.N.-B. (2^e) 258, et la décision *Hersey c. Hersey* (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 67, [1993] A.N.-B. n^o 278 (C.A) (QL), deux décisions qui abordent la question de la pertinence du partage des dépenses lorsqu'il s'agit d'instances en modification de prestations alimentaires matrimoniales, mais il n'a pas procédé à une analyse de ces décisions.

IV. Analyse faite et décision rendue par le juge saisi de la motion

- [8] Le juge saisi de la motion a refusé de procéder à la révision de la prestation alimentaire matrimoniale pour le motif que [TRADUCTION] « le cadre et l'objectif » de la révision n'avaient pas été précisés par les parties à la clause 6d) du contrat familial (voir *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920). Il s'est penché alors sur la clause 6e)(iv) du contrat familial, qui prévoyait une révision automatique de la prestation alimentaire matrimoniale s'il se produisait [TRADUCTION] « un autre changement de situation important », notamment un changement dans l'état de santé de l'époux créancier ou un changement [TRADUCTION] « important » dans la situation financière de l'époux débiteur. Le juge saisi de la motion a ensuite conclu à l'existence, en l'espèce, du changement important envisagé dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, [1994] A.C.S. n^o 94 (QL), et dans l'arrêt *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n^o 9 (QL). Il a conclu que M^{me} Black avait des besoins financiers continus et que M. Black avait la capacité de payer. Il a mentionné l'âge des parties et a conclu que M^{me} Black avait subi des inconvénients économiques en conséquence du mariage et de la rupture de celui-ci, et qu'elle ne pouvait plus compter sur la capacité de gains de M. Black. Il s'est reporté aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* (les « *Lignes directrices* »), et il a prolongé la prestation alimentaire matrimoniale, compte tenu des [TRADUCTION] « circonstances particulières de l'espèce », pour le motif que M^{me} Black

[TRADUCTION] « devrait être dédommagée de sa participation au mariage pour ce qui concerne l'entreprise de l'intimé et la contribution de l'épouse à la gestion du ménage ». Il a reconnu que la [TRADUCTION] « démarche compensatoire a peut-être perdu un peu de sa valeur », mais que M^{me} Black avait été totalement à la charge de son mari pendant les deux dernières années de leur cohabitation et qu'elle continuait d'avoir des besoins financiers. Il s'est ensuite penché sur la question des primes d'assurance-maladie et a conclu que ces dernières faisaient partie de la prestation alimentaire matrimoniale, en se fondant sur l'art. 60 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.).

[9] Au sujet de l'outrage, le juge saisi de la motion a conclu que M. Black n'avait pas l'intention de [TRADUCTION] « déconsidérer l'administration de la justice » et il a refusé de rendre une ordonnance. Il a accepté que la décision de M. Black de mettre fin à la prestation alimentaire matrimoniale et de retarder le paiement des primes d'assurance-maladie avait été prise sur l'avis de son conseiller juridique précédent et qu'elle n'avait pas été prise de mauvaise foi. Enfin, il a refusé d'ordonner le paiement des frais entre avocat et client pour le motif que l'acte posé par M. Black, [TRADUCTION] « compte tenu de sa conduite dans son ensemble, ne satisfait pas au critère régissant l'attribution des frais entre avocat et client ». Il a refusé d'ordonner le paiement de provision pour frais, toutefois, il a ordonné à M. Black de payer des dépens se montant à 6 000 \$ en raison de sa conduite. Il a conclu qu'il avait compétence pour modifier le montant de la prestation alimentaire matrimoniale conformément à l'art. 17 de la *Loi* et il a porté ce montant à 1 000 \$ par mois pour une période indéterminée et a ajouté le coût des primes d'assurance-maladie, pour une prestation alimentaire matrimoniale totale de 1 514 \$ par mois.

V. Moyens d'appel

[10] Sur cette toile de fond, M. Black interjette appel en invoquant les moyens énoncés ci-après et en soutenant que le juge saisi de la motion a commis des erreurs de droit et de fait :

1. lorsqu'il a conclu qu'il y avait eu un changement de situation important concernant le revenu de l'appelant malgré la nature temporaire et non durable de ce changement;
2. en concluant qu'une ordonnance de modification de la prestation alimentaire matrimoniale était requise pour alléger les difficultés financières subies par l'intimée en raison du mariage, même si ces difficultés sont le résultat des dépenses négligentes de l'intimée;
3. en augmentant la prestation alimentaire matrimoniale payable à l'intimée [faisant passer cette prestation à 1 000 \$] par mois, à laquelle il a ajouté le coût de l'assurance-maladie, et en accordant cette prestation alimentaire matrimoniale accrue pendant une période indéterminée;
4. en omettant de mettre fin à la prestation alimentaire matrimoniale payable à l'intimée;
5. en prenant en considération la conduite de l'appelant lorsqu'il a accordé à l'intimée des dépens [pour un montant de 6 000 \$].

VI. Norme de contrôle en appel

[11] Dans l'arrêt *LeBlanc c. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 401 R.N.-B. (2^e) 334, notre Cour, sous la plume de la juge d'appel Larlee, a énoncé les principes directeurs de la révision en appel. En règle générale, la décision d'un juge doit bénéficier d'une grande retenue, à moins que cette décision ou ordonnance ne soit le fruit d'une erreur de droit, d'une erreur de principe, ou d'une erreur dans l'interprétation de la preuve (*MacDonald c. MacDonald*, 2011 NBCA 25, 372 R.N.-B. (2^e) 179, autorisation de pourvoi refusée, [2011] C.S.C.R. n^o 237 (QL), au par. 7).

[12] Comme il est indiqué dans l'arrêt *Bourque c. Bourque*, 2004 NBCA 60, 274 R.N.-B. (2^e) 72, aucune déférence n'est accordée à la décision d'un juge lorsque les « motifs [...] révèlent une erreur de principe, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou, encore, que la décision est manifestement erronée » (par. 10). En outre, dans l'arrêt *J.A.D. c. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2^e) 200, la Cour a indiqué qu'elle est tenue à aucune déférence concernant la décision d'un juge de procès « en ce qui concerne une question de droit », y compris la détermination du critère qui s'applique (par. 9). S'agissant des ordonnances de prestation alimentaire matrimoniale, la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour, a dit ce qui suit, dans l'arrêt *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99 :

La norme de contrôle applicable aux affaires de pension alimentaire au profit du conjoint est décrite dans l'arrêt *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2^e) 300. Nous ne modifierons une ordonnance alimentaire qu'en cas d'erreur de principe ou d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée : voir *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n^o 9 (QL), au par. 11, et *J.P. c. R.R.*, au par. 27. Bref, à l'égard des deux questions, en l'absence d'une erreur, nous ne pouvons pas refaire le procès de l'affaire. [par. 12]

[13] Pour les motifs énoncés ci-après, je conclus que le juge saisi de la motion a commis des erreurs de principe susceptibles d'entraîner l'infirmité de sa décision et que l'ordonnance rendue est manifestement erronée; en conséquence, j'accueillerais l'appel en partie.

A. *Révision ou modification*

[14] Dans la présente décision, je me pencherai sur les diverses normes applicables en matière de révision et de modification, sur les modèles de prestation alimentaire qui s'appliquent relativement aux motions en modification et, enfin, j'examinerai les exceptions prévues dans les *Lignes directrices* lorsqu'il s'agit d'un mariage de courte durée et que le conjoint bénéficiaire est frappé d'incapacité.

[15] En application de l'art. 17 de la *Loi*, le fardeau de preuve dans les instances de révision est différent de celui qui s'applique dans les instances de modification. Dans l'arrêt *Leskun*, la Cour suprême a mis en garde les juges contre le fait d'ordonner la révision des ordonnances alimentaires définitives au profit d'un époux, à moins qu'il n'existe une question qu'il est essentiel de déterminer et uniquement lorsque les conditions de la révision ont été bien circonscrites dans l'ordonnance initiale prescrivant des mesures accessoires. Cette directive tient au fait qu'il est interdit d'instruire à nouveau une question qui a déjà été tranchée.

[16] S'agissant d'une instance de révision, « nul n'a à établir un changement de situation » (*Leskun*, par. 39). Le conjoint bénéficiaire devrait présenter des éléments de preuve au sujet des efforts qu'il a déployés pour atteindre l'indépendance économique et le juge saisi de la motion peut alors modifier l'ordonnance ou y mettre fin. Lorsqu'il s'agit d'une instance de modification, toutefois, il incombe à l'auteur de la motion de remplir les exigences préliminaires du changement de situation important prévu à l'art. 17 de la *Loi*. Ce sont des distinctions importantes qui régissent la manière dont un juge doit aborder les motions en modification d'une ordonnance alimentaire. Ces distinctions sont importantes aussi pour les parties, étant donné que, vraisemblablement, par suite d'une révision, les prestations alimentaires seraient normalement maintenues s'il n'y a pas eu de changement résultant en l'indépendance du conjoint bénéficiaire. Le juge saisi d'une demande de modification jouit d'une plus grande liberté d'action quant à l'étendue de la preuve qu'il admettra pour mener l'analyse prévue à l'art. 17 de la *Loi*. Ainsi, il est absolument important que le juge établisse le fondement de sa compétence pour rendre la décision, à savoir si l'affaire s'inscrit dans le modèle compensatoire ou non compensatoire de prestation alimentaire matrimoniale. En l'espèce, les deux parties ont demandé une modification de l'ordonnance de mesures accessoires; par conséquent, les deux ont le fardeau d'établir qu'il y a eu un changement de situation important. La cour doit être convaincue que « [c]ela signifie un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick*, le juge Sopinka, au par. 21).

[17] Dans l'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, [1995] A.C.S. n° 72 (QL), la Cour suprême a précisé le sens qu'elle attribuait au terme changement « prévisible », en affirmant que le fait qu'un changement soit objectivement prévisible ne signifiait pas nécessairement qu'il avait été envisagé subjectivement par les parties au moment de l'ordonnance initiale. La Cour est allée plus loin dans l'arrêt *Hickey* lorsqu'elle a dit que le caractère suffisant du changement doit être examiné en fonction de la situation financière globale des parties. La Cour a ajouté que la question de savoir si un changement de situation important a été démontré dépend des circonstances réelles des parties au moment où l'ordonnance a été rendue, et il doit s'agir d'un changement continu. L'exigence préliminaire demeure la même, que l'entente ait été incorporée dans l'ordonnance ou non et il y a présomption du fait que l'entente a été convenablement prise en considération au moment où l'ordonnance initiale a été rendue (*Willick; Leskun; L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775).

[18] Dans les affaires mentionnées ci-dessus, il s'agissait de mariages traditionnels de longue durée et ces décisions ont été rendues avant l'adoption des *Lignes directrices*. Même si les *Lignes directrices* n'avaient pas été publiées lorsque l'ordonnance de mesures accessoires a été rendue en l'espèce, il est généralement accepté que celles-ci s'appliquent lorsqu'il y a une instance de révision ou de modification par la suite (*R.L. c. N.L.*, 2012 NBBR 123, 388 R.N.-B. (2^e) 220, au par. 19; *Cavanaugh c. Cavanaugh*, 2008 NBBR 387, 341 R.N.-B. (2^e) 166, au par. 57; *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659, [2004] O.J. No. 4519 (QL), aux par. 42 à 45).

[19] Dans l'ouvrage intitulé *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation amélioré pour la version définitive*, par Carol Rogerson et Rollie Thompson (Ottawa : Ministère de la Justice du Canada, 2010) (le « *Guide d'utilisation amélioré* »), les auteurs reconnaissent que les *Lignes directrices* peuvent s'appliquer dans des instances de modification (chapitre 13), mais ils soulignent spécifiquement la nécessité de prendre en compte les exceptions, le cas échéant, ainsi qu'il sera indiqué plus loin dans les présents motifs. Avant 2008, on

croyait que les *Lignes directrices* s'appliquaient uniquement aux demandes de prestation alimentaire initiales. Toutefois, par suite de la décision rendue dans *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11, [2009] O.J. No. 38 (QL), au par. 96, les auteurs ont précisé que les *Lignes directrices* jouaient un rôle dans les motions en modification, à certaines conditions. Dans l'arrêt *Beninger c. Beninger*, 2007 BCCA 619, [2007] B.C.J. No. 2657 (QL), la Cour a fait la mise en garde suivante :

[TRADUCTION]

On trouve réponse à cette question, dans une certaine mesure, dans les *Lignes directrices*, où les auteurs indiquent, dans leur proposition, que celles-ci devraient être abordées avec beaucoup de réserve lorsqu'il s'agit de demandes de modification. Ils indiquent que les *Lignes directrices* ne visent pas à fournir une réponse à certaines des questions les plus complexes qui peuvent survenir dans les instances de modification, notamment l'incidence d'un nouveau mariage, d'une deuxième nouvelle famille et de la retraite. Dans certains cas, le droit aux prestations a peut-être également été mis en doute depuis le prononcé de l'ordonnance initiale. Dans certains cas, toutefois, les *Lignes directrices* peuvent être appliquées aux demandes de modification, quoique cela doive être fait avec réserve.
[par. 52]

[20] Les professeurs Thompson et Rogerson ont indiqué les genres de demandes de modification ou de révision qui doivent être abordées avec réserve :

- i. les anciennes ordonnances rendues avant l'adoption des *Lignes directrices*;
- ii. une augmentation après la séparation du revenu du conjoint débiteur;
- iii. une diminution après la séparation du revenu du conjoint bénéficiaire;
- iv. le remariage du conjoint bénéficiaire ou la formation d'une nouvelle union;
- v. la formation d'une nouvelle famille;
- vi. une demande d'extinction de la prestation alimentaire matrimoniale pour le motif que le conjoint bénéficiaire n'y a plus droit.

[21] Selon la formule des *Lignes directrices* applicable dans la présente affaire, les prestations alimentaires devaient prendre fin rien qu'en fonction des années de

mariage. Au moment de l'audience, M. Black avait versé une prestation alimentaire matrimoniale pendant deux ans et demi de plus qu'il n'aurait été tenu de le faire en fonction de la formule et il a payé pendant une période supérieure de deux ans à la durée du mariage. Compte tenu de cela, M. Black a fait valoir qu'il devrait être mis fin à la prestation alimentaire. Il a reconnu que la Cour a le pouvoir d'ordonner une prestation alimentaire non compensatoire en fonction uniquement de l'incapacité dont souffre l'autre conjoint, faisant référence à cet égard à la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, [1999] A.C.S. n° 14 (QL), toutefois, il a soutenu que l'obligation ne devrait pas se prolonger sur une période indéterminée. M. Black prétend que les besoins financiers ne sauraient, à eux seuls, contraindre un conjoint débiteur sur une période indéterminée, particulièrement lorsqu'il s'agissait d'un mariage de courte durée. Il a fait valoir qu'il avait accepté de payer une prestation alimentaire d'un montant supérieur pour le motif qu'il demeurait optimiste que son ex-épouse travaillerait après quatre ans; par conséquent, il nourrissait l'attente que son obligation alimentaire prendrait fin éventuellement. À son avis, la clause de révision envisageait un changement quant à la durée seulement, et non pas quant au montant de la prestation alimentaire.

[22] À l'appui de sa prétention selon laquelle il devrait être mis fin à la prestation alimentaire matrimoniale, M. Black a invoqué la décision *Aujla c. Singh*, 2012 ONSC 5217, [2012] O.J. No. 4395 (QL). Dans cette affaire, le juge Grey a fait remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « s'agissant de la prestation alimentaire en faveur d'un conjoint souffrant d'incapacité totale, il faut soupeser soigneusement les intérêts » (par. 51), la famille, la société en général et, effectivement, la personne frappée d'incapacité elle-même, pouvant être appelées à contribuer.

[23] Dans l'affaire *Aujla*, l'épouse avait immigré au Canada en 2006, deux ans après son mariage. En 2007, un diagnostic de sclérose en plaques a été posé à son égard. Le mariage, dont aucun enfant n'était issu, s'est détérioré et éventuellement l'épouse a dû emménager dans un foyer de soins. Elle a demandé une prestation alimentaire de 1 000 \$ par mois pour une période indéterminée. Les *Lignes directrices* prescrivaient un montant

variant entre 154 \$ et 208 \$ par mois pour un mariage de deux à quatre ans. La Cour a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une affaire nécessitant une ordonnance alimentaire compensatoire, elle a tenu compte de l'exception établie dans les *Lignes directrices* au titre de l'invalidité et elle a accordé une prestation alimentaire de 300 \$ par mois pour une période indéterminée en fonction des besoins financiers extrêmes de l'épouse. À l'instar de l'épouse susmentionnée, M^{me} Black n'est pas en mesure de contribuer à ses propres frais de subsistance en raison de son incapacité. La preuve indique qu'elle reçoit un soutien financier de sa mère et de son frère, et l'État contribue déjà à son soutien financier par l'entremise des prestations d'invalidité. Les contributions de M. Black lui permettent de subvenir à ses besoins fondamentaux. La preuve indique qu'elle a des besoins financiers continus et M. Black a admis qu'elle avait droit à une prestation alimentaire.

[24] À la suite de la déclaration de faillite en 2011, M. Black a obtenu un emploi comme travailleur de la construction au Nunavut. Il gagne environ 117 000 \$ par année. M. Black a soutenu que le juge saisi de la motion avait commis une erreur lorsqu'il avait conclu que son emploi comme travailleur de la construction au Nunavut constituait un changement de situation « important ». Il a soutenu que ce poste était de courte durée et qu'une amélioration temporaire de sa situation financière ne devrait pas être utilisée comme fondement d'une augmentation indéterminée de son obligation au titre de la prestation alimentaire matrimoniale. Cet argument a pu attirer un peu d'attention; toutefois, à la date de l'audience, il avait travaillé pour le compte de la même société de façon intermittente depuis 2011 et rien n'indiquait que son poste deviendrait superflu. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Brown c. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2^e) 323 :

L'ordonnance ne peut être prononcée que si la cour conclut qu'une des parties, ou un enfant, a connu un « changement de situation » entre l'ordonnance originale et la demande de modification. Le droit exige invariablement que le changement soit « important ». [...] D'une façon générale, les tribunaux examinent si le changement est considérable et durable, et s'il était réel et non le résultat d'un choix.
[par. 2]

[25] Par conséquent, si la preuve révèle que le changement important est de nature temporaire, sans durabilité quelle qu'elle soit, et qu'il s'agit d'un événement unique de courte durée, la Cour hésitera à modifier de façon permanente une ordonnance judiciaire antérieure (*Powell c. Levesque*, 2014 BCCA 33, [2014] B.C.J. No. 129 (QL), au par. 24). Évidemment, même s'il n'aime peut-être pas l'éloignement, M. Black a travaillé au Nunavut pendant plus de quatre ans et rien n'indique qu'il cessera d'y travailler à l'avenir. La question du changement important sera abordée plus en profondeur dans le contexte de l'art. 17 de la *Loi*.

B. *L'exception au titre de l'invalidité et les mariages de courte durée*

[26] Dans l'arrêt *Bracklow*, la Cour suprême a dit que « dans certains cas, la loi peut exiger que l'époux bien portant continue de subvenir aux besoins de son ex-conjoint malade, en l'absence de tout droit contractuel ou compensatoire. Il se peut que la justice et des considérations d'équité ne commandent rien de moins » (par. 48). Dans cette affaire, les parties avaient cohabité pendant une période de quatre ans avant leur mariage en 1989. Elles s'étaient séparées en 1992 et avaient divorcé en 1995. M^{me} Bracklow avait été incapable de travailler à partir de 1991 en raison de son état de santé et elle recevait des prestations d'invalidité. La Cour a ordonné à M. Bracklow de payer 400 \$ par mois à titre de prestation alimentaire matrimoniale pour une période indéterminée. Le juge du procès a conclu que M^{me} Bracklow avait contribué financièrement au paiement des dépenses ménagères et que sa demande de prestation compensatoire était justifiée. La Cour suprême a renvoyé l'affaire au juge du procès afin qu'il établisse le montant et la durée de la prestation alimentaire en fonction du droit à celle-ci. La Cour suprême n'a pas écarté la possibilité que M. Bracklow avait suffisamment indemnisé M^{me} Bracklow de tout inconvénient économique qu'elle avait subi en raison du mariage et de la rupture de celui-ci, et elle a conclu qu'il n'existe pas de droit présumé à des aliments qui serait fondé sur l'invalidité. L'analyse mettait l'accent sur les modèles compensatoires et non compensatoires de prestation alimentaire matrimoniale.

[27] Au chapitre 12 des *Lignes directrices*, les auteurs font remarquer que les cas d'invalidité posent problème, particulièrement dans les cas, comme en l'espèce, où il s'agit d'un mariage de courte durée sans enfant. La formule prévue dans les *Lignes directrices* exige une date de cessation dans la plupart des cas, à moins qu'il s'agisse d'un cas qui s'inscrit dans l'une des exceptions. Dans le *Guide d'utilisation amélioré*, les auteurs affirment ce qui suit : « Aujourd'hui encore, plus de cinq ans après [...] l'Ébauche de proposition et près de deux ans après la publication de la version définitive, il reste surprenant de constater à quel point les avocats et les juges omettent de prendre en compte ces exceptions. Cela demeure l'un des grands mystères des Lignes directrices facultatives non résolus à ce jour ». Les auteurs établissent trois façons d'aborder de tels cas, aucune solution n'ayant préséance sur les autres. L'une des solutions permettrait d'accroître le montant de la prestation alimentaire et d'en prolonger la durée, une autre appliquerait les diverses fourchettes de la formule, tant celles relatives au montant que celles relatives à la durée, sans application de l'exception au titre de l'invalidité, et enfin, la troisième solution prescrirait un montant réduit de prestation alimentaire pour une durée prolongée. Les auteurs reconnaissent que « [t]ant que les tribunaux d'appel n'auront pas fourni de nouvelles orientations, le traitement des situations de maladie et d'invalidité continuera d'être divergent d'un cas à l'autre ». Le manque d'uniformité a créé des problèmes pour les juges saisis de motions ainsi que pour les juges de procès. Certains tribunaux ont fait référence à l'exception au titre de l'invalidité prévue dans les *Lignes directrices*, tandis que d'autres ne l'ont pas fait. Il est juste de dire que la jurisprudence présente des divergences tout particulièrement en ce qui concerne les causes où le mariage a été de courte ou de moyenne durée et où le conjoint bénéficiaire est frappé d'invalidité. *Lepp c. Lepp*, 2008 BCSC 448, [2008] B.C.J. No. 640 (QL); *Beninger c. Beninger*, 2009 BCCA 458, [2009] B.C.J. No. 2197 (QL); *Pratt c. Pratt*, 2008 NBBR 94, 334 R.N.-B. (2^e) 22; *Jens c. Jens*, 2008 BCCA 392, [2008] B.C.J. No. 1886 (QL); *Elaschuk c. Elaschuk*, [1999] O.J. No. 2462 (C.A.) (QL); *Richardson c. Normand*, 2000 MBQB 110, [2000] M.J. No. 355 (QL); *Kerwood c. Kerwood*, [1999] B.C.J. No. 830 (C.S.C.-B.) (QL); *Wilson c. Marchand*, 2007 ONCJ 408, [2007] O.J. No. 3738 (QL); *Haggerty*, précité; *R.M.S. c. F.P.C.S.*, 2011 BCCA 53, [2011] B.C.J. No. 174 (QL); *Stergios c. Kim*, 2011 ONCA 836, [2011] O.J. No. 5900 (QL); *Hurley c. Hurley*,

2012 NSCA 32, [2012] N.S.J. No. 161 (QL); *Powell*, précité; *Stannett c. Green*, [2014] O.J. No. 47 (QL). Étant donné la courte durée du mariage ainsi que l'invalidité de M^{me} Black, la présente affaire est considérée comme s'inscrivant dans l'exception.

[28] En l'espèce, le juge saisi de la motion a examiné les *Lignes directrices*, mais il n'a pas fourni de motifs sur la manière dont il les avait appliquées. Les motifs n'indiquent pas comment l'ordonnance alimentaire s'inscrit dans la fourchette appliquée et ils n'indiquent pas non plus si l'exception au titre de l'invalidité a été prise en ligne de compte, ni quelle solution le juge saisi de la motion a appliquée. Il s'agissait d'une occasion parfaite permettant à la Cour d'appliquer ou de rejeter les exceptions prévues dans les *Lignes directrices*. Comme notre Cour l'a indiqué, si le juge saisi d'une demande décide de s'écarter des *Lignes directrices*, il doit fournir les motifs de sa décision (*Smith c. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 R.N.-B. (2^e) 208). Dans l'arrêt *Smith*, la juge d'appel Quigg, rendant jugement au nom de la Cour, a conclu que les *Lignes directrices* sont établies à des fins consultatives et ne sont donc pas obligatoires et que, par conséquent, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de les appliquer ou non. Toutefois, elle a indiqué que les tribunaux « devrai[ent] » les appliquer, et que, lorsqu'il s'écarte de la formule, le juge doit donner les motifs pour lesquels il procède ainsi (par. 26). Dans les motifs du juge saisi de la motion, rien n'indique comment il a appliqué les *Lignes directrices*, si tant est qu'il l'ait fait. L'ordonnance de modification exige que M. Black paye des prestations alimentaires supérieures à la fourchette établie dans la formule, sans faire état d'un calcul mathématique, et ce pendant une période indéterminée. Il s'agit d'un écart non expliqué par rapport à la formule établie, lequel va à l'encontre de la directive énoncée par notre Cour dans l'arrêt *Smith*.

C. *Prestations alimentaires compensatoires et non compensatoires*

[29] Le modèle de prestation alimentaire compensatoire a été expliqué dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, [1992] A.C.S. n^o 107 (QL), où la Cour suprême a dit :

[...] De nos jours, bien que de plus en plus de femmes travaillent à l'extérieur du foyer, leur emploi continue de jouer un rôle secondaire et des sacrifices doivent encore être faits pour des motifs d'ordre domestique. Ces sacrifices empêchent souvent la personne qui les fait (habituellement l'épouse) de maximiser sa capacité de gain parce qu'elle risque de renoncer à des chances de formation et de développement professionnel. Ces sacrifices peuvent aussi permettre à l'autre conjoint (habituellement l'époux) d'accroître sa capacité de gagner sa vie puisque, ainsi libéré des tâches assumées par l'autre, il peut envisager des avantages économiques. [par. 70]

Ce principe a été repris par la Cour suprême dans l'arrêt *Bracklow* (par. 24 et 41), où la Cour a affirmé que cette réparation est fondée sur la reconnaissance des sacrifices faits par le conjoint bénéficiaire en assumant les responsabilités des tâches ménagères et des soins prodigués aux enfants, ce qui entraîne souvent des possibilités inférieures de gain et réduit les perspectives d'indépendance économique. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[30] Le modèle compensatoire de prestation alimentaire matrimoniale tient compte des rôles respectifs assumés par les conjoints pendant le mariage et il est lié à l'avantage ou à l'inconvénient économique découlant du mariage ou de son échec. Ces facteurs sont liés aux modèles contractuel, compensatoire et non compensatoire de prestation alimentaire qui ont d'abord été décrits par la Cour suprême dans l'arrêt *Moge*. Dans *Scott c. Scott*, 2011 NBCA 7, 368 R.N.-B. (2^e) 281, le juge d'appel Richard, rendant jugement au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit : « Autrement dit, l'un des époux est dédommagé pour avoir sacrifié sa carrière et sa sécurité financière en assumant un rôle déterminé dans la famille. Un exemple courant est celui où l'un des époux reste à la maison pour prendre soin des enfants à charge, tandis que l'autre poursuit une carrière » (par. 25). Ce modèle de prestation alimentaire a été décrit par la Cour suprême dans les arrêts *Bracklow*, *Moge* et *Hickey*.

[31] Dans la présente affaire, même si le juge saisi de la motion a reconnu que le besoin compensatoire avait [TRADUCTION] « diminué », il a tout de même accordé arbitrairement une augmentation du montant de la prestation alimentaire matrimoniale. Il

a conclu que les contributions de M^{me} Black à l'entreprise de son mari permettaient au juge d'établir le lien compensatoire et il a appliqué ce raisonnement à l'augmentation du coût de la vie de M^{me} Black, en invoquant l'arrêt *Hickey*. Dans *Hickey*, la Cour suprême a reconnu qu'une augmentation du coût de la vie du conjoint bénéficiaire peut constituer un changement important ayant une incidence sur une demande de modification. La juge L'Heureux-Dubé a convenu qu'une « modification à la hausse tenant compte de l'augmentation du coût de la vie est également compatible avec les objectifs des ordonnances modificatives énoncées au par. 17(7) » (par. 26). Dans cette affaire, un élément compensatoire important entrait en ligne de compte en raison de la longue durée du mariage, des rôles assumés par les parties pendant le mariage et de l'inconvénient économique subi par l'épouse bénéficiaire en raison de sa décision de quitter la population active afin de demeurer au foyer pour prendre soin des enfants. La Cour suprême a convenu que les augmentations du coût de la vie de l'épouse qui étaient dues à l'inflation avaient été, à bon droit, prises en ligne de compte comme faisant partie de l'élément compensatoire de la prestation alimentaire. Il est possible d'établir une distinction entre la présente affaire et l'arrêt susmentionné en ce qui a trait à chacun de ces points. Même si le juge saisi de la motion a reconnu que l'argument en faveur d'une prestation alimentaire compensatoire était faible, il a tout de même établi un lien arbitraire entre les augmentations des dépenses mensuelles de M^{me} Black et cet élément de la prestation alimentaire. Il a commis, de ce fait, une erreur de principe.

[32] À ce stade, je prends un moment pour faire remarquer que les *Lignes directrices* n'écartent pas la possibilité d'une « exception compensatoire » dans le cas de mariages de courte durée sans enfant. Dans certains cas, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la formule (*Lignes directrices*, chapitre 12.5). Dans l'ouvrage intitulé *Spousal Support in Canada*, 3^e éd. (Toronto : Carswell, 2015), les auteurs Ann C. Wilton et Noel Semple affirment ce qui suit : [TRADUCTION] « La majorité des affaires récentes où une prestation alimentaire compensatoire a été accordée dans le cas de mariages de courte durée sans enfant consistait en des situations où le conjoint bénéficiaire avait effectué un déménagement très important pour le bien de la relation, en abandonnant souvent un bon emploi pour le faire » (p. 611). Les auteurs ont mentionné les décisions *Tasman c.*

Henderson, 2013 ONSC 4377, [2013] O.J. No. 3102 (QL); *R.M.S. c. F.P.C.S.*, 2011 BCCA 53, [2011] B.C.J. No. 174 (QL); *Beardsall c. Dubois*, [2009] O.J. No. 416 (C.A.) (QL); *Volik c. Lisovska*, 2011 BCSC 22, [2011] B.C.J. No. 28 (QL); *Ahn c. Ahn*, 2007 BCSC 1148, 2007 B.C.J. No. 1702 (QL); *Fuller c. Matthews*, 2007 BCSC 444, [2007] B.C.J. No. 656 (QL), à l'appui de cette proposition. La présente affaire ne s'inscrit pas dans cette catégorie. M^{me} Black n'a pas déménagé pour le bien de la relation et elle n'a pas abandonné non plus un « bon emploi » afin d'aider son mari dans son entreprise.

[33] Dans l'arrêt *Bracklow*, la Cour suprême a ouvert la voie à un modèle de prestation alimentaire sur une base non compensatoire. Ce modèle de prestation est fondé sur le « modèle de l'obligation sociale » du mariage, selon lequel, à la dissolution d'une relation matrimoniale, lorsqu'il y a un besoin financier, le principal fardeau devrait revenir à l'ancien conjoint et non à l'État. Cela est souvent appelé le modèle des « besoins et des ressources » relatifs à la prestation alimentaire. Au chapitre 12.7 des *Lignes directrices*, les auteurs songent à la possibilité qu'il y ait une exception au titre des besoins essentiels dans le contexte de la formule « sans enfant », dont l'objectif est de s'appliquer aux mariages de courte durée où le conjoint bénéficiaire a peu ou pas de revenu, comme c'est le cas en l'espèce. M^{me} Black a demandé à notre Cour de considérer l'obligation sociale du mariage comme fondement sur lequel elle pourrait confirmer la décision du juge saisi de la motion. Elle a fait valoir que si nous sommes convaincus que ses besoins financiers sont continus, et que M. Black a la capacité de payer, notre Cour devrait confirmer l'augmentation de la prestation alimentaire matrimoniale sur ce fondement. S'agissant de cette question, les auteurs des *Lignes directrices* ont fait le commentaire suivant : « D'autres voudront même élargir cette exception à d'autres cas que la maladie et l'invalidité, à quelque chose qui ressemble plus à une exception fondée sur une obligation sociale fondamentale permettant de répondre aux besoins essentiels, quels qu'ils soient, au-dessus de tout montant calculé en vertu des formules. Nous sommes d'avis que compte tenu de son ampleur, la reconnaissance d'une telle obligation sociale fondamentale minerait l'intégrité et l'uniformité de toute formule ou ligne directrice ». Je suis du même avis.

[34] Selon le modèle non compensatoire de prestation alimentaire, le juge saisi de la motion devait faire une analyse basée sur les besoins et les ressources des parties (*Bracklow*, par. 41), qui aurait englobé un examen de la répartition des biens et des dettes au moment de la séparation. Il n'y a pas eu d'analyse en fonction du modèle non compensatoire dans cette décision. Au lieu de cela, le juge saisi de la motion a choisi de se fonder sur le modèle compensatoire uniquement, en affirmant que la demande de M^{me} Black était en grande partie fondée sur le travail qu'elle avait accompli dans l'entreprise de son mari. À mon avis, cet aspect de la demande a été surestimé par le juge saisi de la motion. La contribution de M^{me} Black à l'entreprise était minime. Elle n'a pas quitté un emploi afin d'aider son mari dans son entreprise et elle n'a pas non plus pris sa retraite ou quitté un emploi afin de déménager ailleurs avec lui.

D. *Augmentations du revenu de M. Black après la séparation*

[35] M. Black a aussi prétendu que le juge saisi de la motion avait commis une erreur lorsqu'il avait pris en ligne de compte les augmentations de son revenu après la séparation, étant donné que ces augmentations n'avaient aucun rapport avec le mariage. Lorsque le contrat familial a été signé, le revenu de M. Black s'élevait à 53 000 \$ par année, comparativement à son revenu moyen actuel de 117 000 \$. Les auteurs des *Lignes directrices* ont pris soin de noter qu'il est toujours question de savoir si les augmentations de revenus du conjoint débiteur réalisées après la séparation devraient être prises en ligne de compte lorsqu'il s'agit de mariages de courte durée ou de durée moyenne. La jurisprudence canadienne n'est pas unanime à cet égard et en définitive la question est réglée au cas par cas.

[36] Dans la décision *Campbell c. Vaughan*, 2015 NBBR 110, [2015] A.N.-B. n° 145 (QL), la juge d'Entremont a mentionné la jurisprudence canadienne qui [TRADUCTION] « évolue », en faisant référence précisément à la décision *Thompson c. Thompson*, 2013 ONSC 5500, [2013] O.J. No. 4001 (QL), où la Cour, au par. 103, a renvoyé aux *Lignes directrices* ainsi qu'aux facteurs généraux et aux objectifs les sous-tendant, et a conclu qu'un conjoint n'a pas automatiquement droit au partage des

augmentations de revenus réalisées par le conjoint débiteur après la séparation. En règle générale, ce droit n'existe pas dans les demandes de prestation alimentaire fondées sur le modèle non compensatoire. Elle a fait remarquer que les demandes compensatoires de prestation alimentaire peuvent [TRADUCTION] « être le fondement » du droit à une part des augmentations de revenus après la séparation dans certaines situations où il y a un lien évident entre les contributions faites par le conjoint bénéficiaire au succès économique du conjoint débiteur. En modifiant l'ordonnance alimentaire dans cette affaire, la juge a reconnu qu'il s'agissait d'un mariage traditionnel de longue durée, que le droit était basé à la fois sur des facteurs compensatoires et sur des facteurs non compensatoires, que le succès économique de M. Vaughan était lié aux contributions de son épouse à l'unité familiale au cours des années et que, par conséquent, elle se sentait à l'aise d'accroître la prestation alimentaire sur ces fondements. Les faits mentionnés ci-dessus ne sont pas présents en l'espèce.

[37] Pour avoir une part aux augmentations de revenus postérieures à la séparation, le conjoint bénéficiaire doit démontrer le lien par rapport à sa contribution au mariage qui, avec le temps, a profité à la carrière du conjoint débiteur, et a ajouté au bien-être financier de l'unité familiale (*Fisher*). Dans l'annotation à la décision *Fisher*, par Philip Epstein, 2008 CarswellOnt 43 (WL Can), l'auteur fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il n'y a pas de droit automatique à l'augmentation de la prestation alimentaire matrimoniale lorsque le revenu d'un conjoint augmente après la séparation. Voir *Dextraze c. Dextraze*, 2004 CarswellBC 287 (C.S.C.-B.), au par. 40, et *Hariram c. Hariram*, 2001 CarswellOnt 732, 14 R.F.L. (5th) 88 (C. div. Ont.). En général, il doit y avoir eu avantage et inconvénient économique pour qu'un conjoint ait droit à une part de l'augmentation du revenu [...].

[...]

Selon une jurisprudence abondante, pour pouvoir bénéficier de l'amélioration de la situation financière de son ex-conjoint après la séparation, l'intéressé doit avoir contribué directement à accroître la capacité de son ex-conjoint de gagner des revenus à l'avenir en l'aidant à

obtenir des diplômes ou à acquérir des compétences. Si le conjoint débiteur acquiert des compétences ou des diplômes au cours du mariage, il est plus probable que le bénéficiaire aura droit à une partie de toute augmentation future de revenus. Si l'amélioration de la situation financière survenue après la séparation découle d'un emploi différent de celui que l'ex-conjoint exerçait au cours du mariage, le tribunal rejettera probablement la demande de l'autre ex-conjoint visant à bénéficier de cette augmentation de revenus. [...]

[38] Il n'y a pas de présomption voulant que le niveau de vie du conjoint bénéficiaire doive augmenter après la séparation en raison simplement du revenu accru du conjoint débiteur. Ce principe a été reconnu dans les arrêts *Jabora-Scott c. Scott*, 2011 NBCA 7, 368 R.N.-B. (2^e) 281; *Reid c. Gillingham*, 2015 NBCA 27, [2015] A.N.-B. n^o 99 (QL); et *Brooks c. Brooks*, 2014 NBCA 29, 419 R.N.-B. (2^e) 326. En l'espèce, il n'y a pas de lien évident entre le revenu et l'emploi actuels de M. Black, les compétences correspondantes qu'il a acquises durant le mariage et toute contribution que M^{me} Black a pu faire à l'acquisition de ces compétences. En effet, l'entreprise de construction de M. Black a échoué après la rupture du mariage. Le juge saisi de la motion a présumé que M^{me} Black aurait automatiquement droit à une part de l'augmentation de revenus réalisée par M. Black après la séparation, du fait surtout que les dépenses de M^{me} Black avaient augmenté. Ce faisant, il a commis une erreur de principe. Il a reconnu le dommage causé à la situation financière globale de M^{me} Black en raison de [TRADUCTION] « son incursion relativement brève mais ruineuse dans les autres des jeux du hasard », toutefois, il a attribué ses besoins financiers à des facteurs distincts de cette [TRADUCTION] « situation », sans quantifier ces besoins et sans les lier au mariage ou à l'échec de celui-ci, ainsi que l'exige l'art. 17 de la *Loi*. Voilà ce qui m'amène à l'analyse exigée dans les demandes de modification.

VII. M. Black a-t-il satisfait au critère justifiant la modification?

[39] L'article 17 de la *Loi* établit le critère justifiant l'attribution d'ordonnances de modification :

(4.1) Before the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

(4.1) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

[40] Dans l'arrêt *Willick*, la Cour suprême a défini le terme « changement important » comme suit :

Cela signifie un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification. [par. 21]

[41] La Cour suprême a appliqué les mêmes principes dans l'arrêt *G. (L.) c. B.(G)*. Le paragraphe 17(4.1) de la *Loi* exige que, avant de rendre une ordonnance modificative, le tribunal « s'assure » qu'un changement est survenu quant aux ressources, aux besoins ou, d'une façon générale, quant à la « situation » de l'un ou l'autre des ex-époux depuis la dernière ordonnance. En application du paragraphe 17(7), le tribunal doit tenir compte des quatre objectifs que vise à atteindre une ordonnance modificative :

- i. prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;
- ii. répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge;
- iii. remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;
- iv. favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux.

[42] Dans l'arrêt *L.M.P. c. L.S.*, la Cour suprême a dit que le genre d'analyse à faire sera différent selon qu'il s'agit d'une ordonnance rendue en premier lieu conformément à l'art. 15 de la *Loi*, ou d'une ordonnance rendue en modification d'une ordonnance existante conformément à l'art. 17 de la *Loi*. Dans cette affaire, l'épouse avait appris qu'elle souffrait de sclérose en plaques peu de temps après le mariage. Des enfants étaient issus du mariage, qui avait duré 15 ans. Avant que soit rendu le jugement de divorce, une entente de séparation avait été signée. En 2007, l'épouse avait déposé une motion sollicitant des augmentations de prestations alimentaires rétroactives et prospectives. Le mari avait présenté, pour sa part, une demande de réduction et de cessation de la prestation alimentaire matrimoniale. La Cour suprême a établi la différence entre une première demande de prestation alimentaire matrimoniale présentée en application de l'art. 15 de la *Loi* et une motion en modification présentée en application de l'art. 17, en mettant l'accent sur l'art. 17. Cette décision vient confirmer le fait qu'il incombe à l'auteur de la motion de satisfaire aux exigences afférentes à l'existence d'un changement important, de même que le besoin de répondre à la question de savoir si la connaissance des circonstances données à l'époque où l'ordonnance initiale avait été rendue en aurait modifié les conditions. La Cour suprême a conclu qu'il n'y avait pas eu de changement de situation important depuis l'ordonnance initiale, puisque les deux parties avaient connaissance de l'état de santé de l'épouse au moment où avait été rendue cette ordonnance. Rien n'avait changé quant à son employabilité. Le mari n'avait pas établi l'existence d'un changement de situation important susceptible de justifier une modification.

[43] Dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, la Cour suprême a confirmé que le critère applicable est le même, qu'une partie demande la modification d'une ordonnance judiciaire ou d'un contrat familial. La Cour s'est exprimée en ces termes :

[...] il serait illogique d'appliquer un critère différent pour la modification d'un accord dans le cadre d'une ordonnance initiale au titre de l'art. 15.2 [de la *Loi sur le divorce*] et

pour la modification d'un accord incorporé dans une ordonnance au titre de l'art. 17. Nous sommes d'avis que la Loi ne crée pas une telle incohérence. [par. 91]

[44] La Cour suprême a établi une analyse en deux étapes, la première consistant à examiner les circonstances dans lesquelles l'entente a été rédigée et signée. Si le juge saisi de la demande est convaincu que rien dans les circonstances susmentionnées ne justifie la modification, il passe à la deuxième étape, selon laquelle il doit soupeser la demande de modification en fonction des objectifs établis à l'art. 15 de la *Loi*. Afin d'obtenir gain de cause sur une motion en modification, l'auteur de la motion doit faire la preuve d'un changement qui n'était pas envisagé lorsque les parties ont signé l'entente. Voir *G.(L.).c B.(G.)*.

[45] À cet égard, la Cour suprême a tenu les propos suivants dans l'arrêt *Hickey* :

L'alinéa 17(7)a) oblige le tribunal à tenir compte des avantages et des inconvénients qui découlent du mariage ou de son échec. Cette exigence particulière reconnaît l'importance qu'il faut donner, au moment de rendre ou de réviser une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint, au dédommagement des ex-époux pour les avantages obtenus et les inconvénients subis en raison du mariage lui-même, et pour les décisions que ceux-ci ont prises et les rôles qu'ils ont joués dans ce contexte : voir *Moge*, précité. L'alinéa 17(7)c) énonce l'objectif tout aussi important qui consiste à remédier à toute difficulté économique causée par l'échec du mariage : voir *Moge*, précité, à la p. 865 et *Bracklow*, précité, aux par. 36 et 41. Prendre en considération cet objectif suppose l'examen du changement survenu dans la situation financière des ex-époux en raison de la séparation, au regard des ressources et des besoins actuels et de toutes les autres circonstances pertinentes des ex-époux : voir *Moge*, précité, aux pp. 865 et 866. Les deuxième et quatrième objectifs – partager les dépenses engagées pour élever les enfants qui s'ajoutent aux coûts que reflète l'ordonnance en faveur de l'enfant et favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique des ex-époux – doivent aussi être pris en considération pour que l'ordonnance alimentaire ou l'ordonnance modificative

de l'ordonnance alimentaire soit appropriée. Ainsi qu'il a été statué dans l'arrêt *Moge*, précité, aux pp. 866 et 867 :

L'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière d'aliments suppose l'examen des quatre objectifs énoncés dans la Loi de façon à permettre le partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec. Cela implique une approche globale visant à reconnaître et à inclure toutes les caractéristiques importantes du mariage ou de sa dissolution qui affectent les possibilités économiques du conjoint désavantagé. [par. 22]

[46] Dans l'arrêt *L.M.P. c. L.S.*, la Cour suprême a appliqué le raisonnement énoncé ci-dessus et a conclu qu'il n'y avait pas eu de changement de situation important depuis que l'ordonnance avait été rendue. Au moment de la signature de l'ordonnance initiale, l'épouse souffrait de sclérose en plaques et on ne s'attendait pas à ce qu'elle travaille à l'extérieur du foyer. La motion présentée par le mari afin d'obtenir une modification de l'ordonnance alimentaire initiale avait échoué parce qu'elle ne répondait pas au critère préliminaire établi au par. 17(4.1) de la *Loi*. La Cour suprême a fourni des motifs différents, mais elle est parvenue au même résultat. Je cite les motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell, qui expliquent la fonction essentielle du tribunal dans ce genre d'affaire :

Je ne crois pas qu'il s'agisse d'une question controversée. Suivant le par. 17(4.1) de la Loi, « [a]vant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance [...] a été rendue ». Dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, portant sur une pension alimentaire pour enfants, la Cour a affirmé que ce « changement doit être important ». Cela signifie qu'il doit s'agir d'un « changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification » (p. 688). Ce critère préliminaire s'applique également aux demandes de modification d'une

pension alimentaire au profit d'un époux : *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, par. 73, le juge Sopinka, par. 48-51, la juge L'Heureux-Dubé.

Willick établit donc clairement qu'un élément connu au moment où l'ordonnance initiale a été rendue ne peut servir de fondement à un changement de situation important. Mais qu'en est-il des éléments qui étaient simplement prévisibles à l'époque? Selon la juge L'Heureux-Dubé, dans *G. (L.)*, la question est de savoir s'il faut présumer que les parties ont effectivement envisagé l'élément en cause. Pour reprendre ses propos, au par. 51, la simple prévisibilité n'empêche pas la modification de l'ordonnance en vertu de l'art. 17, parce que « le fait qu'un changement était objectivement prévisible ne signifie pas nécessairement qu'il ait été envisagé par les parties » : citant *Willick*, p. 734 (je souligne). Par conséquent, les changements que les parties ont effectivement envisagés ou auxquels elles ont sûrement songé ne peuvent constituer des changements importants.

Les arrêts *Miglin* et *Willick* ne me paraissent pas incompatibles. *Miglin* n'a pas écarté l'application, à une demande de modification, du critère préliminaire du « changement important » établi dans *Willick*. L'arrêt *Willick* ne traite pas du poids qu'il faut donner à l'accord entre les parties dans le cas d'une demande de modification, sauf, comme nous le verrons dans la prochaine partie, en ce qui concerne l'incidence de l'intégration de l'accord dans une ordonnance judiciaire sur la demande de modification. [par. 66 à 68]

[47] Autrement dit, à l'étape de la modification, il faut accorder beaucoup de poids à une entente déjà signée. Dans l'arrêt *L.M.P. c. L.S.*, la Cour suprême a fourni le cadre analytique aux juges de procès. Selon ce cadre analytique, le tribunal doit veiller à ce que l'analyse soit conforme au principe énoncé dans *Willick*, savoir qu'il faut présumer de l'exactitude de l'ordonnance initiale. Si le facteur invoqué comme changement était connu à l'époque déterminante, il ne peut servir de fondement à une modification. La Cour suprême a ajouté que l'examen doit tenir compte du deuxième volet de l'analyse proposée dans l'arrêt *Miglin*. Ainsi, comme l'a dit le juge Cromwell, « [l]e critère applicable n'est cependant pas la simple imprévisibilité dans son sens le plus

large, car pratiquement tous les changements sont prévisibles » (par. 92). Le critère est celui de savoir si la situation maintenant invoquée comme changement important avait raisonnablement été envisagée par les parties. En procédant au deuxième volet de l'analyse décrite dans *Miglin*, le juge Cromwell a réitéré qu'il faut « prendre en considération tous les objectifs de la Loi » (par. 92). Ceux-ci comprennent non seulement les objectifs législatifs, « mais aussi les objectifs plus larges du règlement définitif, de la certitude et de l'autonomie » (par. 92).

[48] En l'espèce, M. Black connaissait l'état de santé de M^{me} Black lorsque les parties ont signé leur contrat familial; par conséquent, il ne peut s'en servir comme fondement d'une modification de l'ordonnance. Personne n'a fait valoir devant notre Cour que le contrat familial avait été mal rédigé, en conséquence, il est présumé exact. Lorsque la requête en divorce a été entendue, M. Black n'a pas demandé que l'ordonnance alimentaire soit établie pour une période déterminée. Aucun paramètre n'a été établi pour la révision envisagée. M. Black n'a pas présenté de preuve susceptible de satisfaire au critère de changement important prévu à l'art. 17 de la *Loi*, donc sa demande de cessation ou de modification de la prestation alimentaire matrimoniale échoue, sur le même fondement que celui établi dans *L.M.P. c. L.S.*

VIII. Dispositif

[49] Le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en portant arbitrairement la prestation alimentaire à 1 514 \$ par mois, sans analyser dans quelle mesure ce montant s'inscrivait dans la fourchette établie par la formule prévue dans les *Lignes directrices*, le cas échéant. L'exception au titre de l'invalidité n'a pas du tout été prise en considération, non plus que la question de savoir si elle s'appliquerait en l'espèce. S'agissant de l'analyse du changement de situation important effectuée conformément à l'art. 17 de la *Loi*, les motifs n'indiquent pas pour quelle raison le changement important n'avait pas été envisagé par les parties au moment où le contrat familial a été intégré dans l'ordonnance de mesures accessoires, ou si le changement était le résultat du mariage ou de son échec. Le juge saisi de la motion a surestimé l'élément

compensatoire de la demande de prestation alimentaire formulée par l'épouse. M^{me} Black n'avait pas automatiquement droit à une majoration de sa prestation alimentaire parce que le revenu de M. Black avait augmenté après la séparation ou parce que ses besoins financiers à elle avaient changé. Le juge saisi de la motion a minimisé l'incidence sur les besoins financiers de M^{me} Black de la mauvaise gestion des fonds qu'elle avait faite. Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel en partie en rétablissant l'ordonnance alimentaire initiale de 750 \$ par mois, et ce pour une période indéterminée, et j'exigerais de M. Black qu'il paie les primes d'assurance-maladie de M^{me} Black, comme il avait convenu de le faire.

[50] M. Black a fait savoir à la Cour qu'il n'était pas en mesure de déduire les paiements qu'il effectue à la Croix-Bleue en faveur de M^{me} Black, en raison du libellé de l'ordonnance qui ne reprend pas les termes exacts de la loi. Le contrat familial de même que l'ordonnance subséquente de mesures accessoires prévoyaient que ces paiements seraient déductibles de l'impôt payable par M. Black. Ces paiements sont donc comme une pénalité pour M. Black et comme un gain fortuit pour M^{me} Black. Manifestement, le juge saisi de la motion entendait établir une ordonnance qui serait conforme à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il voulait que ces paiements fassent partie de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse; toutefois, cette loi exige un libellé précis à cet égard (par. 56.1(2) et 60.1(2)). En conséquence, l'Agence du revenu du Canada ne permet pas à M. Black de déduire les paiements qu'il fait à la Croix-Bleue. Cette partie de l'ordonnance est renvoyée au juge saisi de la motion afin qu'une ordonnance contenant le libellé approprié puisse être déposée à cette fin.

IX. Dépens

[51] S'agissant des dépens accordés en première instance, je modifierais l'ordonnance du juge saisi de la motion et je n'accorderais aucuns dépens en me fondant sur l'arrêt *MacLellan c. MacLellan*, 2001 NBCA 82, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 58, où la Cour a conclu qu'en raison du résultat partagé obtenu au procès, aucuns dépens ne devraient être attribués. Pour ce qui est des dépens en appel, quoique M. Black ait obtenu

gain de cause en grande partie, aucuns dépens n'ont été demandés, donc aucuns dépens ne seront accordés.