COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

107-15-CA

GINA CLAIRE EMBREE

APPELLANT

- and -

RODNEY DONALD EMBREE

RESPONDENT

Embree v. Embree, 2016 NBCA 42

CORAM:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
November 20, 2015

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 25, 2016

Judgment rendered:
August 18, 2016

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

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

Counsel at hearing:

Gina Claire Embree appeared in person

GINA CLAIRE EMBREE

APPELANTE

- et -

RODNEY DONALD EMBREE

INTIMÉ

Embree c. Embree, 2016 NBCA 42

CORAM :
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 20 novembre 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 25 mai 2016

Jugement rendu :
le 18 août 2016

Motifs de jugement:
l'honorable juge Baird

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Avocats à l'audience :

Gina Claire Embree a comparu en personne

For the respondent:
No one appeared

THE COURT

The appeal is allowed. There is no order with respect to costs.

Pour l’intimé :
Personne n’a comparu

LA COUR

L’appel est accueilli. La Cour n’accorde aucuns dépens.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] Ms. Embree appeared before a motion judge in the Court of Queen's Bench seeking a provisional variation of a spousal support order pursuant to ss. 17, 18 and 19 of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (the "*Act*"). She alleged she was diagnosed with a medical condition following the previous court order; therefore, the provisions of s. 17 of the *Act* apply. Her Notice of Motion was dismissed on the basis Ms. Embree failed to establish the date of the diagnosis, and whether or not the condition was a result of the marriage and/or its breakdown. As will be seen further in these reasons, Ms. Embree sought direction from the court (three weeks prior to the hearing), concerning the production of a medical expert. Her correspondence went unanswered, and her request for an adjournment the day of the hearing was rejected by the motion judge.

[2] Ms. Embree asserts the motion judge erred when she refused to grant the adjournment. She contends, in addition, the motion judge applied the wrong test in dismissing the Notice of Motion, and requests that fresh evidence be considered.

[3] The result first hinges on whether we are persuaded Ms. Embree should have been granted an adjournment. If we determine in the affirmative, the matter will be remitted to the motion judge for the purpose of receiving the evidence of the expert witness. The secondary issue, whether the motion judge applied the wrong test, would be determined if Ms. Embree is unsuccessful with respect to her first ground of appeal.

II. Background

[4] Mr. and Ms. Embree were married in 1993 and separated in 2006. A corollary relief order, which was effective October 2, 2006, obligated Mr. Embree to pay spousal support pursuant to s. 15 of the *Act* with no time limit. In 2008, Mr. and Ms. Embree executed a consent variation order, with the assistance of legal counsel, in which they agreed the spousal support payments would terminate in 2011. Ms. Embree states she was not aware the consent order contained a time limited spousal support provision; however, that issue was not before the motion judge and was not stated as a ground of appeal.

[5] In 2015, Ms. Embree filed a Notice of Motion in which she sought a variation of the consent order on the basis there had been a material change in her circumstances due to a diagnosis of complex post-traumatic stress disorder in 2011, a condition she asserted was the result of spousal abuse she experienced during the marriage.

[6] During the first court appearance, Ms. Embree advised the motion judge she had been treated for this condition by her physician, Dr. Tim Snell, and by psychologist Dr. Hélène Hamel; however, neither Dr. Hamel nor Dr. Snell had been summonsed to attend. The motion judge granted Ms. Embree an adjournment to enable her to summons the appropriate medical experts for the purpose of establishing the date of her diagnosis, a key element of her claim. During the second court appearance, the judge, on her own motion, granted a further adjournment and suggested Ms. Embree should serve a summons on licensed psychologist, Ms. Robin Geneau, whom Ms. Embree had also consulted.

[7] Three weeks before the third court appearance, Ms. Embree delivered a letter to the Clerk's office, along with a supplementary affidavit, in which she deposed she was in error when she assumed Ms. Geneau could confirm the date of her diagnosis and she sought direction from the court concerning the production of a second and

alternate expert witness, Dr. Monique Scholten. Neither the letter nor the supplementary affidavit were presented to the motion judge prior to the hearing date. Attached to Ms. Embree's supplementary affidavit were ten pages of medical notes from the file of Dr. Scholten, however, as observed by the motion judge, Dr. Scholten did not provide a supporting affidavit.

[8] Ms. Embree believed both the letter and her supplementary affidavit had been delivered to the motion judge prior to the hearing. Ms. Geneau was sworn; however, prior to receiving her evidence, Ms. Embree asked the motion judge if she had received the "information" she "left" with the court three weeks earlier. When the motion judge indicated she had not, Ms. Embree replied: "I don't know why you haven't received that", and she advised the court there was a supplementary affidavit, a cover letter and a summons to witness in the package she had delivered to the court.

[9] The hearing proceeded during which time the motion judge posed the following questions to Ms. Geneau:

> Q. But you made no […] no diagnosis?
>
> A. Correct. The diagnosis was already made prior to my working with her.
>
> Q. And so far as you're aware who – who came to that conclusion? Who made the diagnosis?
>
> A. I only found out in the documents that she was just referring to that were given to you in the last couple of weeks because I got a copy of those documents as well, and I do not recall the name of the psychiatrist. The documents included notes from a psychiatrist who made the diagnosis. So prior to that I was not aware of who had made the diagnosis. Gina told me that she had been diagnosed with post-traumatic stress disorder.

> Q. And you're not in a position to confirm or deny that diagnosis?
>
> A. Correct.

[10] The motion judge recessed following Ms. Geneau's testimony, during which time she reviewed the supplementary affidavit which was later entered as "Exhibit #3".

[11] As noted, critical to the underpinning of Ms. Embree's Notice of Motion was the date she was diagnosed with complex post-traumatic stress disorder, and whether the condition was causally connected to the marital relationship. This issue was identified by the motion judge who correctly observed Ms. Embree bore the onus to establish the medical condition postdated the consent order for corollary relief in 2008, and that it was connected to the marriage or the breakdown of the marriage. The moving party bears the onus of establishing the change is substantial so as to render the existing support order irreconcilable with the "condition, means, needs or other circumstances of either former spouse" (s. 17(10) of the *Act*). From the transcript (dated November 20, 2015), this is what the motion judge found:

> So the change in circumstances alleged by Ms. Persaud is her diagnosis post-October 2008 of complex post-traumatic stress disorder and while it's safe to conclude that Ms. Persaud has some mental health issues that have been addressed by professionals since 2008, in my view the evidence does not establish on a balance of probabilities- well first of all the date for the diagnosis, and I say that notwithstanding the supplementary affidavit and the notes from a physician that appear to suggest a diagnosis after that date. The difficulty is that the change has to relate to the marriage and based on what Ms. Geneau said this morning and the materials I've looked at, although there might be – the nature of the relationship might have compounded issues that Ms. Persaud had but there are a multitude of – appear to be a multitude of triggers or causes for the mental health situation in which Ms. Persaud finds herself. And as a consequence, I have to deny your motion.
>
> [pp. 17-18]

[12] The motion judge noted she had tried "to give a little bit of guidance" during the course of the second court appearance and she observed it was Ms. Embree's responsibility to produce the relevant evidence. She added: "[so] you have ten pages of doctor's notes here of Dr. Scholten but you don't have an affidavit from her and you don't have her here to testify". Ms. Embree replied: "[n]o, but I could ask her to come". In declining the request for a further adjournment, the motion judge stated: "[w]ell, Ms. Persaud, we can't keep doing this" and "[y]ou can't just keep coming back and asking me what you should be doing".

III. Standard of Review

[13] In *Burtt v. Boyle et al.* (2011), 382 N.B.R. (2d) 206, [2011] N.B.J. No. 471 (C.A.) (QL), Richard J.A., writing on the issue of adjournment requests, cited *Royal Bank of Canada v. Belliveau*, 2002 NBCA 96, 254 N.B.R. (2d) 184. In *Belliveau*, Drapeau J.A. (as he then was), stated: "the exercise of the discretion […] must be exercised according to common sense and justice and in a manner which does not occasion an injustice" (para. 10). Richard J.A. in *Burtt* added "[t]he exercise of discretion, not only in matters of bankruptcy or of an adjournment, must be exercised judiciously, which certainly imports elements of common sense and justice" (para. 11). The standard of review is "stamped with deference" (paras. 11-12 of *Burtt v. Boyle et al.*). A decision to decline a request for an adjournment will withstand appellate scrutiny unless it can be shown the hearing judge did not direct herself or himself correctly in law, did not observe the applicable principles, or misapprehended the evidence to the point an injustice would result. See *Burtt v. Boyle* at para. 12; *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. A.R. et al.* (2007), 322 N.B.R. (2d) 372, [2007] N.B.J. No. 345 (C.A.) (QL) at para. 15. See also *Dee v. R.*, 2012 NBCA 2, 382 N.B.R. (2d) 283, at para. 6.

[14] The motion judge's decision not to grant the adjournment in the case at bar was discretionary, and, as such, the standard of review set out by Drapeau C.J.N.B. in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, is applicable:

> […] The impugned Order is quintessentially the product of an exercise of judicial discretion. Like any other discretionary judicial decision, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see The Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994) at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064). [para. 4]

See also *La Succession de Feu André Gauthier v. Coutu et al.*, 2006 NBCA 16, 296 N.B.R. (2d) 34, per Drapeau C.J.N.B., at para. 82 when he concluded a discretionary decision will stand "undisturbed" unless the decision was based on irrelevant factors, there was a material error in principle or the motion judge failed to consider a major element of the determination of the case. See also *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. A.R. et al.*, per Richard J.A. at para. 10. Appellate intervention will be warranted when there is a conclusion the motion judge's discretion did not promote trial fairness, or it was based on an erroneous assumption, with incomplete reasons. A litigant is entitled to know on what principled basis his or her request for an adjournment was denied.

IV. Analysis

[15] Julien D. Payne and Marilyn Payne in their text, *Canadian Family Law*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2008) observe the following:

> Furthermore, any order, whether on consent or otherwise, which fixes the duration of spousal support for a definite period or until the occurrence of a specified event, falls subject to the additional stringent requirements imposed by section 17(10) of the *Divorce Act*, if an application to vary is brought after expiry of the order. In that event, the court must be satisfied that a variation order is necessary to relieve economic hardship arising from a change that is related to the marriage and that the changed circumstances would have resulted in a different order had they occurred at the time of the making of the order that is sought to be varied. Economic hardship that arises from extrinsic circumstances unconnected with the marriage, such as an involuntary loss of employment due to illness or disability or an inability to find employment before expiry of the fixed-term that is unrelated to the duration of and functions performed during the marriage and arises solely by reason of the economic climate, falls outside the protection of section 17(10) of the *Divorce Act*. The more stringent criteria imposed by section 17(10) of the *Divorce Act* apply even when the purpose of the variation application is simply to extend the term of support. Where the termination date arises from spousal agreement, the original order will be assumed to have correctly and equitably redistributed the economic consequences of the marriage and its breakdown and the order will be varied only when the changed circumstances distort the equity of the original redistribution of those economic consequences when measured by the objectives defined in sections 15(7) and 17(7) of the *Divorce Act*. [p. 285]

[16] As noted, the onus rests with the moving party to satisfy the court there has been a material change since the existing order was made, and that the change is related to the marriage or its breakdown (s. 17(10) of the *Act*). The court does not revisit the existing order *de novo*. Ms. Embree submitted she required a further adjournment so the motion judge would have the benefit of the relevant evidence of Dr. Scholten. In

weighing whether it is appropriate to delay a hearing, issues such as prejudice to the opposing party, the reason for the delay, the costs consequences of the delay, and whether there would be an inconvenience to one of the parties, or their witnesses, are valid considerations. See *Law Society of Upper Canada v. Igbinosun*, 2009 ONCA 484, [2009] O.J. No. 2465 (QL) at para. 37, cited with approval in *Burtt v. Boyle et al*. The Notice of Motion in this case was issued and was heard *ex parte* (ss. 18-19 of the *Act*); therefore, there were no costs consequences to be considered, nor was there an issue of prejudice to the parties, had the adjournment been granted.

[17] The desirable objective of bringing finality to litigation must not overtake the truth finding objective, particularly when there is a self-represented litigant. Litigation is becoming more complex and time-consuming due to the increasing numbers of self-represented litigants; however, I adopt the words of L'Heureux-Dubé J. who wrote in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, [1992] S.C.J. No. 107 (QL):

> This being said, even if a major portion of the time of the civil courts in this country is taken by family law matters, and the efficient and speedy disposition of affairs before the court is a valuable goal, the paramount goal is to render justice to the parties in accordance with the *Act*. […]
>
> [p. 874]

[18] The role of a hearing judge becomes delicate, particularly when he or she is asked to provide guidance to the self-represented litigant concerning the conduct of his or her case. Self-represented litigants bear the responsibility for the conduct of their cases. They cannot expect trial judges to do their work for them; however, it is my opinion that when a litigant's error is easily remedied through the granting of an adjournment, or where there are circumstances that support the granting of an adjournment in the interests of justice, it should be granted. In the case at bar, I conclude the error between the second and the third court appearances was not the exclusive fault of Ms. Embree. It is apparent she tried to communicate with the judge prior to the hearing that she needed to summons Dr. Scholten and she sought direction from the court. Ms. Embree did not realize the personal correspondence she addressed to the motion judge

was retained by court administrative staff and her supplementary affidavit did not reach its destination, which, I conclude, gave Ms. Embree an opening to seek a further adjournment, in the interests of justice.

[19] In *Davis v. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 N.B.R. (2d) 232, Drapeau C.J.N.B., writing for the Court, stated Rule 1.03(2) of the *Rules of Court*, "calls for a liberal construction of each and every procedural rule, the objective being to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits" (para. 37). He observed "[i]t is unarguably in society's best interest that all relevant evidence be made available to the trial court", which "is charged with ascertaining the truth" (para. 37). Referring to *The King v. Sussex Justices, Ex Parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256 at p. 259, he concluded: "[…] justice must not only be done: it must be seen to be done". I wholeheartedly agree. As the Chief Justice noted in *Davis*, there was a lingering suspicion the court's decision was not fully informed, with the conclusion the victim was "none other than respect for the judicial process and the proper administration of justice" (para. 37). These words resonate in the case at bar, for there remains the lingering suspicion that, had Dr. Scholten been summonsed, she may have been able to shed light on the seminal questions, those being the date of Ms. Embree's diagnosis with complex post-traumatic stress disorder, and its connection to the marital relationship, if any. To deny Ms. Embree the opportunity to present that evidence leaves a lingering suspicion whether the motion judge's decision to dismiss the Notice of Motion was fully informed.

[20] Confidence in the judicial system is undermined when reasons are incomplete, or fall short of providing a rational basis for the conclusion. The truth finding exercise should not be compromised in the name of expediency, particularly when a self-represented litigant has attempted to seek direction from the court prior to a hearing. To the self-represented litigant, in particular, the perception is the process was incomplete, the litigant not fully heard, and the hearing therefore unfair. I conclude the motion judge erred in principle when she failed to grant an adjournment.

V. Disposition

[21] The appeal is allowed. The matter is remitted to the Court of Queen's Bench, Family Division. There is no order for costs.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] Mme Embree a comparu devant une juge de la Cour du Banc de la Reine qui était saisie de sa motion en vue d'obtenir une ordonnance conditionnelle modificative d'une ordonnance alimentaire existante conformément aux art. 17, 18 et 19 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.) (la « *Loi* »). Elle a fait valoir qu'on lui avait diagnostiqué un trouble médical à la suite de l'ordonnance judiciaire antérieure et que, par conséquent, les dispositions de l'art. 17 de la *Loi* s'appliquaient. Son avis de motion a été rejeté pour le motif que Mme Embree n'avait pas établi la date du diagnostic ni si le trouble en question découlait ou non du mariage ou de son échec. Comme nous le verrons plus amplement dans les présents motifs, Mme Embree a sollicité des directives de la Cour (trois semaines avant l'audience) concernant la production d'une preuve médicale. Sa lettre est restée sans réponse et la juge saisie de la motion a rejeté la demande d'ajournement que Mme Embree a présentée le jour de l'audience.

[2] Mme Embree prétend que la juge saisie de la motion a commis une erreur lorsqu'elle a refusé d'accorder l'ajournement. Elle prétend, de plus, que la juge saisie de la motion n'a pas appliqué le bon critère lorsqu'elle a rejeté l'avis de motion et demande qu'une nouvelle preuve soit prise en considération.

[3] L'issue du présent appel dépend en premier lieu de la question de savoir si nous sommes convaincus que Mme Embree aurait dû obtenir l'ajournement demandé. Si nous répondons à cette question par l'affirmative, l'affaire sera renvoyée à la juge saisie de la motion afin qu'elle reçoive le témoignage de la témoin experte. La question secondaire, celle de savoir si la juge saisie de la motion a appliqué le mauvais critère, sera tranchée si Mme Embree n'a pas gain de cause en ce qui concerne son premier moyen d'appel.

II. Le contexte

[4] M. et Mme Embree se sont mariés en 1993 et ont divorcé en 2006. Une ordonnance de mesures accessoires, qui est entrée en vigueur le 2 octobre 2006, obligeait M. Embree à verser des aliments au profit de l'épouse conformément à l'art. 15 de la *Loi*, cette obligation n'étant pas limitée dans le temps. En 2008, M. et Mme Embree ont signé, avec l'aide de conseillers juridiques, une ordonnance modificative par consentement dans laquelle ils convenaient que les versements alimentaires au profit de l'épouse prendraient fin en 2011. Mme Embree affirme qu'elle n'était pas consciente du fait que l'ordonnance par consentement contenait une disposition alimentaire de durée limitée; toutefois, cette question n'a pas été soumise à la juge saisie de la motion et elle n'a pas été soulevée comme moyen d'appel.

[5] En 2015, Mme Embree a déposé un avis de motion dans lequel elle sollicitait la modification de l'ordonnance par consentement pour le motif qu'il était survenu un changement important dans sa situation en raison d'un diagnostic de trouble de stress post-traumatique complexe posé en 2011, affection qui, a-t-elle prétendu, était le résultat des violences conjugales qu'elle a subies pendant le mariage.

[6] Au cours de la première comparution devant la Cour, Mme Embree a informé la juge saisie de la motion qu'elle avait été traitée pour cette affection par son médecin, le Dr Tim Snell, ainsi que par la psychologue Hélène Hamel, Ph. D.; toutefois, ni Mme Hamel ni le Dr Snell n'avaient été assignés à comparaître. La juge saisie de la motion a accordé un ajournement à Mme Embree pour lui permettre de citer les experts en médecine compétents et ainsi établir la date de son diagnostic, laquelle était un élément clef de sa demande. Pendant la deuxième comparution devant la Cour, la juge saisie de la motion a, de sa propre initiative, accordé un autre ajournement et a suggéré à Mme Embree de signifier une assignation à Mme Robin Geneau, psychologue titulaire d'une licence que Mme Embree avait également consultée.

[7] Trois semaines avant la troisième comparution devant la Cour, Mme Embree a remis au bureau du greffier une lettre accompagnée d'un affidavit supplémentaire dans lesquels elle déposait sous serment avoir fait erreur en tenant pour acquis que Mme Geneau pourrait confirmer la date de son diagnostic et elle sollicitait de la Cour des directives concernant la comparution d'un autre témoin expert, la D^re^ Monique Scholten. Ni la lettre ni l'affidavit supplémentaire n'ont été présentés à la juge saisie de la motion avant le jour de l'audience. Étaient jointes à l'affidavit supplémentaire de Mme Embree dix pages de notes provenant du dossier de la D^re^ Scholten; toutefois, comme l'a fait observer la juge saisie de la motion, la D^re^ Scholten n'avait pas fourni d'affidavit à l'appui.

[8] Mme Embree croyait que sa lettre ainsi que son affidavit supplémentaire avaient été remis à la juge saisie de la motion avant l'audience. Mme Geneau a prêté serment; toutefois, avant qu'elle rende son témoignage, Mme Embree a demandé à la juge saisie de la motion si elle avait reçu les [TRADUCTION] « renseignements » qu'elle avait [TRADUCTION] « laissés » à la Cour trois semaines plus tôt. Après que la juge eut indiqué qu'elle ne les avait pas reçus, Mme Embree a répondu : [TRADUCTION] « Je ne sais pas pourquoi vous ne les avez pas reçus », et elle a informé la Cour qu'il y avait un affidavit supplémentaire, une lettre explicative ainsi qu'une assignation de témoin dans l'enveloppe qu'elle avait remise à la Cour.

[9] L'audience s'est poursuivie et la juge saisie de la motion a alors posé les questions suivantes à Mme Geneau :

> [TRADUCTION]
> Q. Mais vous n'avez posé […] aucun diagnostic?
>
> R. C'est exact. Le diagnostic avait déjà été posé avant que je travaille avec elle.
>
> Q. Et pour autant que vous le sachiez, qui – qui en est arrivé à cette conclusion? Qui a posé le diagnostic?
>
> R. Je ne l'ai découvert qu'à la lecture des documents dont elle vient de parler et qui vous ont été remis au

> cours des dernières semaines parce que j'ai aussi reçu une copie de ces documents, mais je ne me souviens pas du nom de la psychiatre. Les documents comprenaient les notes d'une psychiatre qui avait posé le diagnostic. Donc, avant cela, je ne savais pas qui avait posé le diagnostic. Gina m'a dit qu'elle avait reçu un diagnostic de trouble de stress post-traumatique.
>
> Q. Et vous n'êtes pas en mesure de confirmer ou d'infirmer ce diagnostic?
>
> R. C'est exact.

[10] La juge saisie de la motion a suspendu l'audience à la suite du témoignage de Mme Geneau et pendant la suspension, elle a examiné l'affidavit supplémentaire qui a plus tard été déposé comme [TRADUCTION] « Pièce n° 3 ».

[11] Comme nous l'avons souligné, la date à laquelle le diagnostic de trouble de stress post-traumatique complexe avait été posé et la question de savoir si cette affection avait un lien de causalité avec la relation matrimoniale étaient essentielles pour le bien-fondé de l'avis de motion de Mme Embree. Cette question a été évoquée par la juge saisie de la motion qui a, à juste titre, fait observer que c'était à Mme Embree qu'il incombait d'établir que le trouble médical en question était ultérieur à l'ordonnance de mesures accessoires rendue par consentement en 2008 et qu'il avait un lien avec le mariage ou son échec. La partie qui est l'auteure de la motion a la charge d'établir que le changement survenu est suffisamment important pour rendre l'ordonnance alimentaire existante irréconciliable avec « les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux (par. 17(10) de la *Loi*). D'après la transcription (datée du 20 novembre 2015), voici les conclusions qu'a tirées la juge saisie de la motion :

> [TRADUCTION]
> Ainsi, le changement de situation qu'invoque Mme Persaud est le diagnostic de trouble de stress post-traumatique complexe posé à son endroit après octobre 2008 et bien que l'on puisse conclure sans crainte de se tromper que

> Mme Persaud a certains problèmes de santé mentale qui sont traités par des professionnels depuis 2008, j'estime que la preuve n'établit pas par prépondérance des probabilités – eh bien, en premier lieu la date du diagnostic, et je dis cela malgré l'affidavit supplémentaire et les notes d'une médecin qui semblent donner à penser que le diagnostic a été posé après 2008. La difficulté tient au fait que le changement doit avoir un lien avec le mariage et d'après ce que Mme Geneau a dit ce matin et les documents que j'ai examinés, bien qu'il soit possible que – la nature de la relation aurait pu aggraver les problèmes que Mme Persaud éprouvait, mais il existe une multitude de – il semble y avoir une multitude de facteurs déclencheurs ou de causes susceptibles d'expliquer l'état de santé mental dans lequel Mme Persaud se trouve. Il s'ensuit que je dois rejeter votre motion. [p. 17 et 18]

[12] La juge saisie de la motion a souligné qu'elle avait essayé [TRADUCTION] « de donner quelques indications » pendant la deuxième comparution devant la Cour et elle a fait observer qu'il incombait à Mme Embree de produire les éléments de preuve pertinents. Elle a ajouté ceci : [TRADUCTION] « Donc, vous avez ici dix pages de notes de la D^re^ Scholten, mais vous n'avez pas d'affidavit fait par elle et vous ne l'avez pas citée afin qu'elle témoigne ». Mme Embree a répondu : [TRADUCTION] « Non, mais je pourrais lui demander de venir ». La juge saisie de la motion a rejeté la demande en vue d'un nouvel ajournement et elle a dit ceci : [TRADUCTION] « Eh bien, Mme Persaud, nous ne pouvons pas continuer à faire cela », puis [TRADUCTION] « [v]ous ne pouvez pas revenir sans cesse et me demander ce que vous devriez faire ».

III. Norme de contrôle

[13] Dans l'arrêt *Burtt c. Boyle et al.* (2011), 382 R.N.-B. (2e) 206, [2011] A.N.-B. n° 471 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard a cité, sur la question des demandes d'ajournement, l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Belliveau*, 2002 NBCA 96, 254 R.N.-B. (2e) 184. Dans l'arrêt *Belliveau*, le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a dit ceci : « [L]e pouvoir discrétionnaire […] doit être exercé avec bon sens et équité et

d'une manière qui ne cause pas d'injustice » (par. 10). Dans l'arrêt *Burtt*, le juge Richard a ajouté ce qui suit : « Un pouvoir discrétionnaire, pas seulement en matière de faillite ou d'ajournement, doit être exercé judicieusement, ce qui suppose nécessairement une part de bon sens et d'équité » (par. 11). La norme de contrôle est une norme « marquée par la déférence » (par. 11 et 12 de l'arrêt *Burtt c. Boyle et al.*). La décision de rejeter une demande d'ajournement résistera à l'examen en appel sauf s'il peut être démontré que le juge qui a entendu la demande s'est mal enquis du droit et n'a pas respecté les principes qui s'appliquaient, ou si son appréciation de la preuve est erronée au point de créer une injustice. Voir l'arrêt *Burtt c. Boyle et al.* au par. 12; *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) c. A.R. et al.* (2007), 322 R.N.-B. (2e) 372, [2007] A.N.-B. no 345 (C.A.) (QL), au par. 15. Voir aussi l'arrêt *Dee c. R.*, 2012 NBCA 2, 382 R.N.-B. (2e) 283, au par. 6.

[14] La décision de la juge saisie de la motion de ne pas accorder l'ajournement, en l'espèce, était discrétionnaire et, de ce fait, la norme de contrôle qu'a énoncée le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2e) 161, est applicable :

> [...] L'ordonnance contestée découle essentiellement de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, au par. 43) ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie (voir les propos de R.P. Kerans dans son ouvrage *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton : Juriliber Limited, 1994), aux pages 36 et 37, et ceux de lord Diplock dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (Ch. des lords), à la page 1064). [par. 4]

Voir aussi l'arrêt *La Succession de Feu André Gauthier c. Coutu et autres*, 2006 NBCA 16, 296 R.N.-B. (2e) 34, le juge en chef Drapeau, au par. 82, où il a conclu qu'une décision discrétionnaire « ne doit pas être modifiée » à moins que la décision soit fondée sur des facteurs non pertinents, qu'une erreur de principe importante ait été commise ou que le juge saisi de la motion n'ait pas tenu compte d'un élément prépondérant en l'espèce. Voir aussi l'arrêt *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) c. A.R. et al.* (2007), 322 R.N.-B. (2e) 372, [2007] A.N.-B. no 345 (QL), le juge d'appel Richard, au par. 10. L'intervention en appel sera justifiée lorsque l'on en arrive à la conclusion que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la motion n'a pas favorisé l'équité du procès ou était fondé sur un postulat erroné, et s'est accompagné de motifs incomplets. Une partie au litige a le droit de savoir pour quelle raison de principe sa demande d'ajournement a été rejetée.

IV. Analyse

[15] Dans leur ouvrage intitulé *Canadian Family Law*, 3e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008), Julien D. Payne et Marilyn Payne font observer ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> De plus, toute ordonnance, qu'elle soit rendue par consentement ou non, qui dispose que les aliments au profit d'un époux seront versés pour une durée déterminée ou jusqu'à ce que survienne un événement précis, est assujettie aux conditions strictes additionnelles imposées par le par. 17(10) de la *Loi sur le divorce* si une demande de modification est déposée après l'expiration de l'ordonnance. Dans ce cas, la Cour doit être convaincue qu'une ordonnance modificative s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement lié au mariage et que la nouvelle situation aurait vraisemblablement donné lieu à une ordonnance différente si elle avait existé à l'époque où l'ordonnance dont on sollicite la modification a été rendue. La difficulté économique qui découle de circonstances extrinsèques sans rapport avec le mariage, comme la perte involontaire d'un emploi en raison d'une maladie ou d'une invalidité ou

> l'incapacité à trouver un emploi avant l'expiration de la période fixée, qui n'a pas de lien avec la durée du mariage et les fonctions remplies pendant le mariage et n'est imputable qu'au climat économique, ne bénéficie pas de la protection du paragraphe 17(10) de la *Loi sur le divorce*. Les critères plus stricts imposés au paragraphe 17(10) de la *Loi sur le divorce* s'appliquent même lorsque la demande de modification a simplement pour objet de prolonger la durée de l'ordonnance alimentaire. Lorsque la date d'expiration découle d'une convention entre conjoints, il sera tenu pour acquis que l'ordonnance originale a correctement et équitablement réparti les conséquences économiques du mariage et de son échec et l'ordonnance ne sera modifiée que si la nouvelle situation compromet le caractère équitable de la redistribution de ces conséquences économiques lorsque mesuré à l'aune des objectifs définis aux paragraphes 15(7) et 17(7) de la *Loi sur le divorce*.
>
> [p. 285]

[16] Comme je l'ai souligné, c'est à la partie qui est l'auteure de la motion qu'incombe la charge d'établir qu'un changement important est survenu depuis que l'ordonnance existante a été rendue et que ce changement est lié au mariage ou à son échec (par. 17(10) de la *Loi*). La Cour ne réexamine pas l'ordonnance existante. Mme Embree a fait valoir qu'elle avait besoin d'un nouvel ajournement afin que la juge saisie de la motion puisse bénéficier du témoignage pertinent de la D^re^ Scholten. Au moment de décider s'il y a lieu de retarder une audience, des questions comme le préjudice que subirait la partie adverse, la raison du retard et les conséquences du retard sur le plan des dépens ainsi que celle de savoir si le retard causerait des inconvénients à une des parties, ou à ses témoins, sont des considérations valables. Voir l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Igbinosun*, 2009 ONCA 484, [2009] O.J. No. 2465 (QL), au par. 37, que la Cour a cité, en marquant son approbation, dans l'arrêt *Burtt c. Boyle et al*. En l'espèce, l'avis de motion a été délivré et entendu *ex parte* (art. 18 et 19 de la *Loi*); il n'y avait donc aucune conséquence sur le plan des dépens à prendre en compte et la question du préjudice que subiraient les parties pour le cas où l'ajournement aurait été accordé ne se posait pas non plus.

[17] L'objectif louable qui consiste à mettre un terme au litige ne doit pas l'emporter sur l'objectif de recherche de la vérité, tout particulièrement lorsqu'on est en présence d'une partie qui se représente elle-même. Les recours aux tribunaux deviennent de plus en plus complexes et chronophages en raison du nombre croissant de parties qui se représentent elles-mêmes; toutefois, je fais miens les propos suivants de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, [1992] A.C.S. n° 107 (QL) :

> Cela dit, même si les affaires matrimoniales occupent une partie importante du temps des cours civiles du pays, et même si la résolution judiciaire efficace et rapide des différends est un objectif louable, l'objectif fondamental n'en demeure pas moins de rendre justice aux parties conformément à la *Loi*. […] [p. 847]

[18] Le rôle du juge qui préside l'audience devient délicat, tout particulièrement lorsqu'on lui demande de donner à la partie qui se représente elle-même des indications ou des conseils concernant la présentation de sa cause. Les parties qui se représentent elles-mêmes sont responsables de la présentation de leur cause. Elles ne peuvent s'attendre à ce que le juge du procès fasse leur travail à leur place; je suis toutefois d'avis que lorsque l'on peut facilement remédier à l'erreur d'une partie en accordant un ajournement, ou lorsqu'il existe des circonstances qui justifient un ajournement dans l'intérêt de la justice, l'ajournement devrait être accordé. En l'espèce, je conclus que l'erreur commise entre la deuxième et la troisième comparution devant la Cour n'était pas entièrement de la faute de Mme Embree. Il est manifeste qu'elle a essayé de faire savoir à la juge avant l'audience qu'elle avait besoin d'assigner la D^re^ Scholten et elle a sollicité des directives de la Cour. Mme Embree ne s'est pas rendu compte que le personnel administratif de la Cour avait retenu la lettre personnelle qu'elle avait fait parvenir à la juge saisie de la motion et que son affidavit supplémentaire n'était pas parvenu à destination et je conclus que Mme Embree était donc fondée à solliciter un nouvel ajournement, dans l'intérêt de la justice.

[19] Dans l'arrêt *Davis c. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 R.N.-B. (2e) 232, le juge en chef Drapeau, qui rendait jugement au nom de la Cour, a dit que la règle 1.03(2) des *Règles de procédure* « prescrit une interprétation libérale de chaque règle de procédure, l'objectif étant d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » (par. 37). Il a fait observer qu'« [i]l est sans conteste dans l'intérêt supérieur de la société que tous les éléments de preuve pertinents soient mis à la disposition du tribunal de première instance, auquel […] incombe la responsabilité d'établir la vérité » (par. 37). Se reportant à l'arrêt *The King c. Sussex Justices, Ex Parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259, il a conclu qu'« il faut non seulement que justice soit rendue; il faut qu'elle semble être rendue ». Cette conclusion emporte mon entière adhésion. Comme l'a souligné le juge en chef dans l'arrêt *Davis*, il subsistait un doute selon lequel la décision de la Cour n'était peut-être pas parfaitement éclairée, la conclusion étant que la victime de cet état de choses n'était « nulle autre que le respect envers le processus judiciaire et la bonne administration de la justice » (par. 37). Ces paroles sont pertinentes en l'espèce parce qu'il subsiste un doute selon lequel, dans le cas où la Dre Scholten aurait été assignée, elle aurait peut-être pu jeter de la lumière sur les questions fondamentales, savoir la date à laquelle le diagnostic de trouble de stress post-traumatique complexe avait été posé à l'endroit de Mme Embree et le lien de cette affection avec la relation matrimoniale, le cas échéant. Le fait d'avoir refusé à Mme Embree la possibilité de présenter ce témoignage laisse subsister un doute quant à savoir si la décision de la juge saisie de la motion de rejeter l'avis de motion était parfaitement éclairée.

[20] La confiance envers le système judiciaire est compromise lorsque les motifs sont incomplets ou n'énoncent pas le fondement rationnel sur lequel s'appuie la conclusion. L'exercice de recherche de la vérité ne devrait pas être mis en péril au nom de la rapidité, tout particulièrement lorsqu'une partie qui se représente elle-même a tenté d'obtenir des directives de la Cour avant une audience. L'impression qu'en retient en particulier la partie qui se représente elle-même est que le procès a été incomplet, qu'elle n'a pas été pleinement entendue et que l'audience a donc été inéquitable. Je conclus que

la juge saisie de la motion a commis une erreur de principe lorsqu'elle a refusé d'accorder un ajournement.

V. Dispositif

[21] L'appel est accueilli. L'affaire est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille. Aucuns dépens ne sont attribués.