COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

104-16-CA

C.B.

APPELLANT

- and -

H.H., E.H. and G.H.

RESPONDENTS

C.B. v. H.H. et al, 2018 NBCA 45

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 23, 2016

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 19, 2017

Judgment rendered:
July 30, 2018

Official Bilingual Judgment:
October 11, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

Concurred in by:
The Honourable Justice Green

Separate concurring reasons by:
The Honourable Justice Baird

C.B.

APPELANTE

- et -

H.H., E.H. et G.H.

INTIMÉS

C.B. c. H.H. et autres, 2018 NBCA 45

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 23 novembre 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 19 septembre 2017

Jugement rendu :
le 30 juillet 2018

Jugement officielle bilingue :
le 11 octobre 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Souscrit aux motifs :
l'honorable juge Green

Motifs concordants distincts :
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

For the appellant:
Timothy M. Hopkins and Geneva C. McSheffery

For the respondent H.H.:
Jamie J. Feenan

For the respondents E.H. and G.H.:
Natasha J. MacKay

THE COURT

For the reasons of the majority, the appeal is dismissed, and the cross-appeals are allowed. C.B. is ordered to pay costs to H.H. in the amount of $2,500 for the proceeding in the court below and $2,500 in this Court. C.B. is also ordered to pay one set of costs to G.H. and E.H. also in the amount of $2,500 for the proceeding in the court below and $2,500 in this Court. Baird J.A. would also have dismissed the appeal and allowed the cross-appeals but with different remedies and cost awards.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Timothy M. Hopkins et Geneva C. McSheffery

Pour l'intimé H.H. :
Jamie J. Feenan

Pour les intimés E.H. et G.H. :
Natasha J. MacKay

LA COUR

Pour les motifs exposés par les juges majoritaires, l'appel est rejeté et les appels reconventionnels sont accueillis. C.B. est condamnée à verser à H.H. des dépens de 2 500 $ pour la procédure instruite devant la cour d'instance inférieure et des dépens de 2 500 $ pour celle instruite devant notre Cour. C.B. est aussi condamnée à verser à G.H. et à E.H. une seule masse de dépens de 2 500 $ pour la procédure instruite devant la cour d'instance inférieure et des dépens de 2 500 $ pour celle instruite devant notre Cour. La juge Baird est aussi d'avis de rejeter l'appel et d'accueillir les appels reconventionnels. Toutefois, elle accorderait des mesures de redressement différentes et elle adjugerait les dépens autrement.

The judgment of French and Green, JJ.A. was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal is the unfortunate product of a protracted dispute resulting from the 2012 separation of the parents of two children. The mother and father had cohabited since 1997. Their separation led to an initial application in the Court of Queen's Bench, Family Division which led to, among other things, an order in June 2014 requiring the father to pay child and spousal support. Less than a month later, the father transferred his home and camp to his parents. The mother applied to have the transfer declared void and set aside, contending the transfer had been made with the intent to defeat her claim as a creditor, pursuant to the *Assignments and Preferences Act*, RSNB 2011, c. 115. The mother was ordered to join the father's parents as respondents to her motion. Before it was heard, the father brought a motion to vary the June 2014 support order on the grounds he had since become unable to work because of his major depressive disorder. Before either of these motions was heard, the mother filed another motion, in June 2015, which consolidated her first motion and also sought an order that the father be found in contempt of the support order and to have the father pay half of the $118,000 she claimed he had withdrawn and hid prior to separation.

[2] The motion judge dismissed all of the mother's claims for relief. In particular, the judge found there was consideration for the property transfer and there was no intention to defeat the mother's claim as creditor. The mother appeals the dismissal of her claim to have the transfer set aside. For the reasons that follow, I would dismiss her appeal.

[3] The motion judge also dismissed the father's motion to vary, concluding it was barred by the principle of *res judicata*, and did not determine on the merits his claim that there had been a material change in circumstances since the making of the last order,

as contemplated by s. 118(2) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F.-2.2 ("*F.S.A.*"). By cross-appeal, the father appeals this determination. I would allow this appeal.

[4] The motion judge did not address the parents' claim for costs for successfully defending the mother's motion to set aside the property transfer and, by cross-appeal, they claim the judge erred in failing to do so. I would allow their cross-appeal.

II. Background

[5] The June 24, 2014 decision rendered in connection with the initial application is an important part of the background to the appeals. First, it resulted in the order the father seeks to vary and the motion judge relied on it when she concluded the father's motion was barred by the principle of *res judicata*. Second, the decision chronicles the parties' circumstances and conduct, including those on which the mother relies in making allegations of serious misconduct and contempt on the part of the father. It also sets out the judge's findings in relation to these allegations, findings which have been repeated and emphasized by the mother, at the hearing of the motions appealed and on appeal, as evidence of impropriety on the part of the father, sometimes accurately and sometimes not. Because of this, and in order to better appreciate the context of these submissions, I find it necessary to set out in some detail the factual and procedural background.

A. *The Application and the June 24, 2014 Order sought to be varied*

[6] When their relationship began, the mother was 24 and the father was 22. Their son was born in February 1997 and they began living together in Sussex in December 1997. Their daughter was born in October 2001. They did not marry and, throughout their relationship, they both worked and kept their finances separate.

[7] Both parties worked throughout their relationship. After graduating high school, the mother worked at Zellers and later Canadian Tire. Her income has varied over the years; it was approximately $19,000 in 2012, the year of separation.

[8] The father is an electrician, having taken four years of training early in the parties' relationship. In his June 24 decision, the application judge concluded the father's training as an electrician, as well as his ability to operate heavy equipment, "has been generally lucrative for him although there have been periods when [he] has had to resort to unemployment insurance for some time". On more than one occasion, he has travelled to western Canada for work. His best years were during the refit of the Point Lepreau Nuclear Generating Station. The father was laid off from that project in June 2012, the month before he and the mother separated, and he received EI benefits for the following year.

[9] Following separation, on July 19, 2012, the legal proceedings initially moved quickly. In her application, the mother claimed the father had an annual income of $256,000 and requested interim child support of $1,830 per month, for the two children, and spousal support of $1,000. In his answer, the father reported he was receiving EI benefits of $485 per week (or $25,220 yearly); he maintained his child support obligation was $186 per month, based on split custody, one child with each parent. Both parties claimed exclusive possession of the home.

[10] On August 23, 2012, the Case Management Master ordered that the primary care of the children remain as it was, one child with each parent, and she ordered access. The Master also ordered that a half-day hearing be scheduled before a judge on a date prior to October 1 "if possible", in order to address both custody and interim exclusive possession of the family home.

[11] It is noteworthy that there was no interim order for either child or spousal support, not even the small amount of child support the father's answer acknowledged he should pay. While it is unclear from the record, this may have been because the matter

was adjourned for custody to be addressed by a judge. Also, at the time, the father was receiving EI and it was expected he would return to work. In any event, the first interim order for child support was made only two months before the hearing of the application on June 17, 2014. No interim order for spousal support was ever made.

[12] Court appearances in late 2012 are relevant to the appeal. On October 17, 2012, the parties appeared for a case conference before a judge – the one who would hear the parties at all subsequent appearances leading up to and including the hearing of the application in June 2014. At this appearance, the parties reached an agreement respecting the family home. Their agreement, reflected in a Consent Order dated October 25, 2012, was that the home would be appraised and the father would pay the mother one half of the appraised value (on or before November 9, 2012). After this, the home would be the "sole property of [the father] free of any claim of [the mother]". This order and the father's failure to pay until after December 19, 2012, feature prominently in the mother's submissions before the motion judge and on appeal.

[13] Also part of the mother's submissions on appeal are the judge's findings resulting from this court appearance in relation to her allegations the father had made an improper use of, and/or was hiding, funds. These allegations are addressed in the application judge's decision of June 24, 2014 when he explains that, at the appearance on October 17, 2012, he heard unconvincing *viva voce* evidence regarding the father's use of such funds, or at least he began hearing such evidence. The examination of a person, who had testified the father had paid him for construction work done on the family home, was not completed. During a break in the examination of this witness the parties concluded their agreement regarding the family home. After the break, they advised the court of their agreement and the examination of the witnesses did not continue; the court appearance/hearing ended. Although the hearing adjourned before it ran its full course, the application judge had heard enough to conclude the father's explanation of the use of funds in question and the evidence of the witness were unconvincing. In fact, in his June 2014 decision, the judge rejected the father's explanation and this evidence weighed heavily in his finding that the father's evidence was not credible. In view of the Master

having ordered a hearing regarding custody etc., it is not clear how it was that such evidence came to be heard and the record is not helpful; presumably, an oral motion for contempt had been made.

[14] On December 3, 2012, the parties were before the court because the father had not paid the mother $68,500, the amount acknowledged to be due under the Consent Order following the appraisal of the family home. In his June 2014 decision, the application judge explained the father was self-represented and "seeking an adjournment of the contempt hearing in progress so that he could find some money to pay [the mother]". The judge also explained: "He told the court that he was having trouble getting a mortgage on the home property because the bank was requiring he first pay off the line of credit". The parties returned on December 19. At this appearance, the father's new counsel advised that the father could not borrow from the bank until the line of credit was eliminated, but the father could borrow from his parents the $68,500 to pay the mother, if a portion of the funds were able to be paid into court. Describing his response to this position, the judge explains "I ordered [the father] to pay $68,500 to [the mother] […] or we would continue with the outstanding contempt hearing. [The father] arranged for that payment from his mother". The father's parents advanced $68,500 to the father and he paid the mother.

[15] The allegations regarding the father's misuse of funds (as initially addressed at the October 17 hearing) and his failure to pay the $68,500 have been relied on by the mother as part of the factual basis for her claims, not only in the application but also in her subsequent motion for contempt and to set aside the property transfers, as well as on appeal. Indeed, as will be seen, the father's conduct in this regard was a factor in the application judge's determination of certain elements of spousal support and his order that he pay solicitor and client costs.

[16] After the father paid the $68,500, the application did not advance further – until October, 2013, when it was ordered to be set down for a one-day hearing. This is not to say all was quiet during the intervening period. There was a brief court appearance in

May 2013, where both parties were ordered to produce income information. Additionally, custody and access issues were a focus of the parties' attention, at least until the father moved to Saskatchewan for work in the summer of 2013. There is little in the record but it is plain there was conflict over allegations of harassment regarding the children and claims access was being frustrated. It was necessary for a Voice of the Child Assessment(s) to be undertaken, as well as third party assistance to encourage access. Nothing further will be said about these disputes since they were not issues in the hearing of the application.

[17] Also following the $68,500 payment in December 2012, the father's parents took steps which they describe as being for the purpose of recording the $68,500 loan they had made to him. First, in March 2013, they were added as joint owners/loss payees on the father's home insurance policy with Aviva Insurance. Second, in May/June their lawyer sent a letter to the father's lawyer, enclosing a draft promissory note in the amount of $68,500 and advising the parents "wish to secure their loan with a collateral mortgage once title to the property is transferred from [the mother] to [the father]". The father signed the promissory note in favor of his parents, but a mortgage was not completed. The father never made any payments under the promissory note. The mother disputes the funds advanced were a loan; she maintains they were the return of a portion of the sum of $118,000 the father had given to his own mother in order to hide that money.

[18] By the summer of 2013, the father's employment insurance benefits had run out and he and the parties' son went to Humboldt, Saskatchewan. He began working as an electrician on September 17, 2013.

[19] On October 23, 2013, counsel for the parties appeared before the application judge for a case conference. The father was in Saskatchewan. On consent, the judge ordered the application be scheduled for a one-day trial and the father "provide income information with respect to his employment in Saskatchewan forthwith or in any

event prior to the opening of the trial". The hearing of the application was scheduled for June 17, 2014.

[20] Since the father had not provided income information respecting his new employment, the mother requested another case conference. In March 2014 the application judge ordered both parties to provide income information and he ordered both parties to bring any outstanding requests for further and better disclosure to the next appearance.

[21] At the next appearance, on April 16, 2014, the first order for interim child support was made. Reflecting the receipt of the father's current income information (he was still in Saskatchewan), the order recites: the parties "stipulated for the purposes of the guidelines, the income of [the mother] is found to be $16,600 per annum, and the income of [the father] is found to be $156,000 from a period commencing in September 2013". The judge ordered the father to pay $9,480 no later than April 30, 2014, plus costs of $1,500. This represented interim child support, from September 1, 2012, and ongoing monthly support was set at $1,185 a month. The father paid $12,165 on April 30, 2014.

[22] On May 31, 2014, the father stopped working in Saskatchewan. He and the parties' son returned to New Brunswick for the hearing of the application.

[23] The live issues at the hearing were limited to the quantum of child and spousal support and the mother's claim for a division of property. They had agreed to a division of some property, including the father's RRSPs (as noted, the home had been addressed 18 months earlier). Regarding spousal support, the judge explained "[t]he parties have acknowledged that [the mother] is entitled to receive a form of spousal support and I agree…".

[24] The judge dismissed the mother's claim to an interest in the camp property and the $118,000 which she maintained the father had hidden prior to separation. He

concluded they had kept their finances separate and the mother had not established any interest in the father's property. He stated:

> It is ironic that the parties have confirmed in so much detail that their financial activities were kept separate and apart one from the other. Based upon the representations of [the father]'s counsel and the admissions of [the mother] it is clear that there is no basis to award [the mother] any portion of [the father]'s estate other than through the RRSPs that the parties have agreed to share. In this circumstance I accept that the definitive case that is mentioned by both counsel, *Kerr v Baranow*, 2011 S.C.C. 10, (CanLii) […] [para. 87]

[25] For the purposes of child support, the judge determined the father's income by relying on his income tax returns for 2012 and 2013, and his earnings in Saskatchewan for 2014. He determined the father's income to be:

- $121,254 in 2012 (income earned from the Point Lepreau refurbishment and EI),
- $56,520 in 2013 (EI and the income of $38,863 from his employment in Saskatchewan), and
- $156,000 in 2014 (the same income accepted in the April, 2014 interim order).

[26] After determining the child support payable each year from separation, on a split-custody basis, the judge fixed the amount due at $15,724 (less any payments made before June 24). Ongoing monthly child support, based on $156,000, was set at $1,185 commencing July 1, 2014. The judge also ordered that child support was to be re-calculated annually, based on the father's actual income, commencing June 30, 2015.

[27] For the purposes of the *Spousal Support Advisory Guidelines*, the application judge determined the father's income to be $138,500. Explaining how he arrived at this amount, he states:

> [the father's] income is fluctuating between the substantial reward that he had when working at Point Lepreau in 2011 and the reduced amount he earned in 2012. Because it is more reflective of his income for the past 4 to 5 years I will require that the [father's] income for the purposes of support […] be set at $138,500. This is his salary for 2012 added to the salary of 2013, out of the first of those is $121,254. The salary for 2013 is $156,000 divided by two and rounded to the nearest $500. Counsel for the applicant shall be required to prepare a divorce mate calculation sheet and after submitting it to counsel for the respondent for verification shall file with the court for incorporation of the data in the final order. [para. 79] [Emphasis added.]

[28] On its face, the amount of $138,500 is difficult to reconcile with the calculation described in the decision. The amount of $138,500 is the average of the father's income in 2012 and 2014. It is not, as described, the average of the income in 2012 and 2013. His income for 2012 was $121,254 and for 2013 it was $56,520. For 2014, it was determined to be $156,000. As a consequence, if the intention was to average the father's income for 2012 and 2013, his income for spousal support purposes would be $88,887.31; if the intention was to average all three years, the amount is $111,258.20. There is no expressed rationale for averaging 2012 and 2014, which produces $138,500.

[29] To calculate the spousal support payable, the judge directed the parties to prepare Divorce Mate summaries under the *Guidelines* using income of $138,500, as well as the additional inputs determined by him, including the mother's income, range and duration. The judge rejected the father's submission that income should be imputed to the mother. The judge stated he was doing so based on the father's conduct:

> I recognize that further training might be a financial benefit to this 40-year-old woman. It might result in her obtaining a better position. However, given the conduct of the

> respondent throughout this hearing will not penalize [the mother] for her failure to seek a better paying job. [para. 75]

[30] Also reflecting the father's conduct, the judge determined support should be set at the high end of the range of the *Guidelines*. He stated:

> […] Again, [the father's] conduct throughout this process gives me no hesitation in setting out that the range for the determination of support should be the high range as set out in the guidelines. The term of the support should be 14 years. The claim for such support should be retroactive to the month following the filing of the notice of application or September 1, 2012. [para. 77]

[31] As a final consequence of the application judge's assessment of the father's conduct, he ordered the father pay solicitor-client costs:

> Counsel for [the mother] requested that I award costs of not less than $25,000. With respect I have no basis to accurately or fairly assess whether such an amount would be an appropriate one in this matter. Having said this I am convinced that but for [the father's] subterfuge and his intentional attempts to avoid having this matter resolved fairly and honestly, it would have been accomplished far more quickly and with much less expense and anguish for [the mother]. [para. 89]

[32] While all arrears of child and spousal support were ordered to be paid in full within 30 days, the June 24 order did not quantify spousal support or solicitor-client costs. As noted, the spousal support calculations directed by the judge were yet to be prepared and solicitor and client costs would not be assessed until February 2015.

[33] A written order, issued on September 2, 2014, provided for a monthly spousal support obligation of $2,719, payable for 14 years commencing September 1, 2012, and it set the amount of spousal support due at $59,818, as of June 30, 2014. The ongoing monthly obligation of $2,719 would continue for a further 12 years and 2 months.

[34] Finally, before leaving the June 24, 2014 decision, I will address one final order made by the application judge. It is an order which the mother characterizes, including in her submission on appeal, as a determination by the judge that the father intentionally misled the court regarding the $118,000 he withdrew from his account(s) before separation. This is inaccurate for a number of reasons; however, without a doubt, it reflects the application judge's assessment of the father's representations. The judge made, under Rule 76.04 of the *Rules of Court* – Contempt Proceedings, the following order:

> I do however consider that **[**the father's] statements to the court on December 3, 2012 seeking to avoid paying [the mother] her share of the family home did appear to constitute an attempt to intentionally mislead the court. For that reason, and pursuant to Rule 76(4) I am requiring that [the father] appear before me on a date to be set by the Supervisor of Client Services not more than 60 days hence to explain his conduct. [para. 88]

[35] The judge said the father's statements "did appear to constitute" an attempt to mislead the court and he gave the father an opportunity to explain. Additionally, the judge's reason for believing he may have been misled did not relate, as the mother claims, to the $118,000 at issue in the hearing. The judge concluded he may have been misled because it appeared to him the father had access to approximately $30,000 in December 2012, at the same time the father had represented to the judge he could not pay $68,500 to the mother for the home. This is plain from the judge's decision. The basis for the judge's concern is reflected in the following paragraphs of his decision:

> I note that in passing <u>on December 3, 2012 when [the father] testified he was desperately short of money. He borrowed $31,000 from the line of credit</u>. This resulted in his owing a total of $31,371.76 on the line of credit. From these withdrawals [the father] deposited $16,000 to his tax-free savings account and he used $15,000 to increase the amount in one of his RRSPs.

> On that same date, December 3, 2012, [the father] appeared before me self-represented seeking an adjournment of the contempt hearing in progress so that he could attempt to find some money to pay [the mother]. He told the court that he was having trouble getting a mortgage on the home property because the bank was requiring that he first pay off the line of credit […]. [paras. 53-54]
>
> [Emphasis added.]

[36] Significantly, the judge's basis for his belief, that the father had access to cash when he represented he could not pay the mother as provided in the Consent Order, turned out to be mistaken. The father had access to cash from the line of credit in November/December 2011 – not in December 2012, as the judge suggested. This is evident from another part of the decision where the judge noted that, in December 2011, the father had taken significant advances on the line of credit:

> […] The line of credit balance on the November 2011 statement was $6028.85 and this amount was paid in full by December 3, 2011. There were two withdrawals totaling $31,313 from the line of credit made on December 2 and 3 and recorded on the December 2011 statement. […]
>
> [para. 17]

[37] Also, the mistaken impression was later explained away by the uncontradicted evidence of the father – as the judge's order, directing him to "explain his conduct", contemplates could be the case. This is addressed in an affidavit later filed by the father to dispute the mother's allegation "it was found that [the father]'s statements to the court on December 3, 2012 were an attempt to intentionally mislead the Court" and the father had failed to appear before the judge as he had been ordered (allegations made in her motion for contempt and to set aside the property transfer). As the father explains:

> I state that I did reappear before Justice […] following the trial and he ultimately found that the Court had simply misconstrued the December 3, 2012 statements by noting them down incorrectly as to the date of a certain event that was the subject of the statements. I provided a copy of my banking ledger that showed the transaction in question occurred in December 2011 and not December 2012 as the Court had thought.

There is no dispute this was addressed before the motion judge.

[38] Despite all of this, the mother continued to maintain, even before this Court, that the father had been found to have misled the court on December 3, 2012 and that the application judge had ordered him to answer for his contempt.

B. *The Property Transfer and the Motions Appealed*

[39] In July 2014, the father transferred his home and camp to his parents. Not surprisingly, the mother viewed the transfer, less than a month after the June 24, 2014 order for support, as an attempt to put his assets beyond her reach. This continues to be her position. The father's position is the transfer had nothing to do with avoiding his obligations to the mother. He maintains that following the support order he was unemployed and, after previous unsuccessful attempts to sell his home, the transfer to his parents would allow him to satisfy all his debts – in particular, those due to his parents, the Bank of Nova Scotia and the mother. The line of credit due to the Bank and the debt due to his parents would be satisfied by the transfer of his properties; the significant arrears which had been recently ordered, but not quantified, in favour of the mother would be satisfied by cashing his share of the RRSPs he had agreed to divide with the mother.

[40] The mother applied by ex-parte Notice of Motion to set aside the transfers and for Certificates of Pending Litigation. The application judge directed the mother serve the father and his parents. On October 27, 2014, the judge ordered the parents be joined as respondents to the motion and that "[e]ach of the Respondents is ***entitled*** to file responding documents on or before November 28, 2014". I reproduce this language because the mother has claimed on a number of occasions the parents were "*ordered*" to file responding documents and they failed to do so. The father's parents filed a jointly sworn affidavit on November 20, 2014, which sets out the consideration for the transfer, namely, the satisfaction of the $68,500 loan they had made to the father in December

2012, the repairs of approximately $67,500 they had made to his home (and to a much lesser extent, the camp), and the approximately $50,000 they had paid to the Bank (to pay off the line of credit) and for property taxes, etc. They also claimed costs.

[41] The father filed a Motion to Change, on October 23, 2014, seeking to vary his child and spousal support claiming to be unable to work as a consequence of a major depressive disorder. The mother's position was and is that the father's circumstances have not changed since the June 2014 trial.

[42] The mother filed another Notice of Motion, dated July 16, 2015, claiming (i) a finding of contempt, as a consequence of the father failing to pay support and solicitor and client costs (assessed in February 2015); (ii) an order that the property transfer be declared void and set aside, and (iii) an order that $118,000 "transferred out of a joint account by [the father] prior to separation…be deemed family property" and the father be ordered to pay the mother "$59,000 in satisfaction of the same".

C. *The Motion Judge's Decision*

[43] The hearing of the motions occurred over 5 days (February 10, 11, July 13, 14 and 15, 2016). As a preliminary matter, the mother maintained the issue of the father's contempt should be addressed first, submitting his motion should not be heard while he is in contempt of an existing court order(s). Alternatively, and also as a preliminary matter, she submitted the father's motion should not be heard, claiming it was barred by *res judicata* since it sought to re-litigate issues previously determined by the application judge.

[44] The judge dismissed all of the claims for relief made in the mother's motion. In connection with her claim for a finding of contempt based on the father failing to pay the child and spousal support that arose on June 24, 2014 ($15,272 and $59,818), the judge found these amounts had been substantially paid by October 2014. The father had paid $12,165 on April 30, 2014, following the interim order made on April 16, 2014

(he also paid $440 on August 1, 2014, $440 on August 29, 2014, and on September 23, 2014, a further $1073.17 was taken at source from his EI). As well, he paid $60,000 toward spousal support in October 2014. In connection with the father's failure to meet his ongoing support obligations, the judge noted he had not worked since May 31, 2014, (he was receiving EI), and in October 2014, he had applied for CPP disability benefits. She concluded that by filing his Motion to Change in October 2014, the father demonstrated he wanted to address his ongoing support obligation. In relation to the claim of contempt for having failed to pay solicitor-client costs of approximately $25,000, the judge noted they had not been assessed until February 2015, months after he had filed his motion to vary because he was not able to work. Finally, in dismissing the motion for contempt and the request for the father's incarceration, the judge observed there was no evidence the remedies under the *Support Enforcement Act*, S.N.B. 2005, c. S-15.5, had been exhausted. As noted, the dismissal of the motion for contempt has not been appealed.

[45] In dismissing the mother's motion for an order setting aside the property transfer, the judge found there was consideration for the transfer and no intention to defeat or avoid creditors. This is the decision the mother appeals.

[46] Finally, the motion judge dismissed the mother's claim for a division of the $118,000 withdrawn by the father prior to separation since her claim to these funds had been previously denied by the application judge. At the hearing of the motion, the mother acknowledged the application judge had dismissed her claim. As the motion judge explains, the mother testified "she has no claim to the money and she was uncertain…as to why and on what basis she was making the claim again". A couple of observations are warranted. First, the funds were not transferred out of a joint account, as the mother's motion alleges. Second, she pursued the claim until she acknowledged she knew it had been previously dismissed by the application judge.

[47] The motion judge did not assess or determine the merits of the father's motion to vary; she dismissed it, concluding the issues raised were *res judicata* since he

had previously asserted, at the June 17, 2014 hearing, or he could have asserted, he was unable to work as a consequence of his major depressive disorder. Central to this decision is the judge's finding that evidence of the father's depression was available to him at that time.

[48] The motion judge decided the mother and father should bear their own costs; however, she did not address the father's parents' claim for costs.

III. Grounds of Appeal

[49] The mother's appeal asserts the motion judge made numerous errors in fact and law. In summary, she submits the motion judge failed to consider whether the property transfers were *bona fide*, claiming they were non-arm's length with no or inadequate consideration. In particular, she submits there was no proof (or at least there was contradictory evidence) of the parents spending their own money on repairs and renovations to the properties transferred and further, the judge erred in finding they had spent approximately $67,500 doing so. She submits the judge erred by failing to find the father was intentionally frustrating the enforcement of the judgment against him.

[50] The father's cross-appeal asserts the motion judge erred in her application of *res judicata* and she failed to consider whether there had been a material change in circumstances.

[51] The parents' cross-appeal asserts the judge erred in failing to address their claim for costs, despite dismissing entirely the mother's claim against them.

IV. Analysis

A. *The Mother's Appeal – Assignments and Preferences Act*

[52] It is not difficult to appreciate why the mother formed the opinion, at least initially, that the father transferred his home and camp to his parents with the intention to defeat her claim as a creditor. From her perspective, the road leading to the June 2014 order for support was long and shrouded with the perception that the father had hidden funds and had, with the assistance of his family, sought to avoid paying her anything. The mother's view is summed up by her allegation on the appeal: the father continues to avoid his support obligations with the complicity of his family; the transfer is only the latest manifestation of this conduct. The timing of the transfer, within a month of the order for him to pay substantial spousal and child support, gave the mother cause to be suspicious.

[53] However, after hearing the evidence and determining disputed allegations of fact regarding the circumstances surrounding the transfer, the motion judge was not persuaded the transfer was made with the intent of defeating, delaying or prejudicing the mother as a creditor. To succeed before the motion judge, the mother was required to establish the property transfer: (1) was made at a time when the father was in insolvent circumstances (or was unable to pay his debts in full or knew he was on the eve of insolvency); and (2) was done with the intent to defeat, delay or prejudice his creditors (s. 2(1)) or to give one of his creditors an unjust preference over his other creditors (s. 2(2)). The provisions are as follows:

Unjust preferences	**Préférences injustifiées**
2(1) Subject to the provisions of section 3, every gift, conveyance, assignment or transfer, delivery over or payment of goods, chattels or effects, or of bills, bonds, notes or securities, or of shares, dividends, premiums or bonus in any bank, company or corporation, or of any other property, real or	**2**(1) Sous réserve des dispositions de l'article 3, les donations, transferts, cessions, remises ou paiements, soit d'objets ou de biens personnels, soit de lettres, d'obligations, de billets ou de valeurs, soit d'actions, de dividendes, de primes ou de bonis d'une banque, d'une

personal, made by a person at a time when that person is in insolvent circumstances, or is unable to pay that person's debts in full, or knows that that person is on the eve of insolvency, **with intent to defeat, delay or prejudice that person's creditors**, or any one or more of them, is void, as against a creditor injured, delayed or prejudiced.

compagnie ou d'une personne morale, soit de tous autres biens réels ou personnels qu'effectue une personne qui se trouve en état d'insolvabilité ou dans l'impossibilité de payer intégralement ses dettes ou qui se sait sur le point d'être insolvable, **avec l'intention de frustrer, de tenir en suspens ou de léser ses créanciers** ou l'un quelconque ou plusieurs d'entre eux sont inopposables aux créanciers frustrés, tenus en suspens ou lésés.

2(2) Subject to the provisions of section 3, every gift, conveyance, assignment or transfer, delivery over or payment of goods, chattels or effects, or of bills, bonds, notes or securities, or of shares, dividends, premiums or bonus in any bank, company or corporation, or of any other property, real or personal, made by a person at a time when that person is in insolvent circumstances, or is unable to pay that person's debts in full, or knows that that person is on the eve of insolvency, to or for a creditor **with intent to give that creditor an unjust preference over the other creditors**, or over any of them, is void, as against a creditor injured, delayed, prejudiced or postponed.

[Emphasis added.]

2(2) Sous réserve des dispositions de l'article 3, les donations, transferts, cessions, remises ou paiements, soit d'objets ou de biens personnels, soit de lettres, d'obligations, de billets ou de valeurs, soit d'actions, de dividendes, de primes ou de bonis d'une banque, d'une compagnie ou d'une personne morale, soit de tous autres biens réels ou personnels, effectués à un créancier ou à son profit par une personne qui se trouve en état d'insolvabilité ou dans l'impossibilité de payer intégralement ses dettes ou qui se sait sur le point d'être insolvable **avec l'intention de lui procurer une préférence non justifiée sur les autres créanciers** ou sur l'un quelconque d'entre eux, sont inopposables aux créanciers frustrés, tenus en suspens, lésés ou rétrogradés. [Les caractères gras sont de moi.]

[54] In her motion, the mother claims the transfer is contrary to the *Assignments and Preferences Act*, without identifying whether she is relying on either ss. 2(1) or 2(2) or both. However, as she argued on appeal, either provision could apply – in view of the motion judge's finding the $68,500 the parents advanced to the father was a loan, and therefore, they were creditors. That said, the mother has consistently disputed the claim that the father was indebted to his parents and the focus of her submissions before the motion judge related to s. 2(1), a transfer to defeat or prejudice her claim as a creditor. The judge's decision explains her reasons for dismissing the mother's claim

primarily in the language of that section but, in my opinion, it is clear her findings and determinations are applicable to both.

[55] The mother's allegations of error relate largely to the motion judge's assessment of the evidence. Notwithstanding her submissions to the contrary, the motion judge was well aware of the circumstances which the mother maintains are suspect and irrefutable badges of fraud. The judge recognized the obvious relationship between the father and his parents and the suspect timing of the transfer. Importantly, she confronted directly the mother's assertions that the $68,500 advanced to the father was not a loan and that his parents had not "prove[n]" they had undertaken renovations to his home; she also addressed the mother's claim there was no or inadequate consideration for the transfer.

[56] The motion judge found as a fact the father was indebted to his parents for the $68,500 they gave him to pay the mother for her interest in the family home. She did not accept the mother's submission the $68,500 was simply the father's parents returning his own money, which the mother alleges he had hidden with their complicity. Important to the motion judge's finding the parents had loaned the father $68,500 was the *viva voce* evidence of the father's mother, who the judge found to be credible. Her evidence was consistent with the documentary evidence indicating the flow of funds. A few months after the parents advanced the $68,500, they were added as owners/loss payees to the father's home insurance policy and in June 2013, their legal counsel took steps to document the loan. The letter to the father's legal counsel, including the draft promissory note, expressed the intention to secure the note with a collateral mortgage. The mother was justified to emphasize the fact this had not occurred until almost six months after the funds were advanced and also that the father had not made any payments on the note. However, all of this was before the motion judge. Indeed the circumstances surrounding the $68,500 advance were very much a focus of the evidence and submissions in the motion, more so than at the hearing of the application where the father's mother had not testified. Quite simply, the evidentiary record allowed the motion judge's finding that the $68,500 was a loan. There is no palpable error in the judge's analysis.

[57] The judge did not accept the mother's submission that the evidence presented was inadequate to prove the parents had made repairs to the properties, as they claimed to have done, or that the quantum of the repairs was as they claimed. The judge's assessment of the evidence led her to a different conclusion and the mother does not identify a palpable error in this assessment. The judge found there had been a plan to renovate the father's home for sale and his parents had, at their own cost, undertaken considerable renovations, largely while the father was living and working in Saskatchewan. The motion judge accepted the uncontradicted evidence of the father's mother in this regard, including that about $67,500 had been spent. The mother submits the judge erred in finding the evidence of the father's mother credible on this issue. This assertion is without merit. There was simply nothing to contradict this evidence on either the extent of the renovations completed or their cost. In fact, the mother candidly acknowledged she simply did not know what work was done, and that she could not offer any evidence to suggest the work described was not done. Nor do the alleged "inconsistencies" in relation to the timing of when the work was performed preclude the judge's acceptance of this evidence without an exhaustive analysis and rationalization of each piece of evidence. In view of the entirety of this evidence, it was not necessary for the judge to address every minor imperfection before accepting it as credible. The mother has not established the judge erred in finding the parents made significant repairs to the properties, with a value of approximately $67,500.

[58] Finally, while the mother maintains the parents did not pay out the father's line of credit with the Bank on the same day the transfer took place, there is no dispute that his parents had paid this and other amounts within days of the transfer. It was not a stretch for the judge to find that the father's parents paid, as part of the property transfer, the line of credit of approximately $46,000 (which was secured by the home) as well as the outstanding property taxes and transaction fees of approximately $4,000. Her finding that the consideration for the property transfer included the payment of approximately $50,000 is beyond question.

[59] Based on these findings of disputed questions of fact, the motion judge concluded there was consideration for the transfer, which included: the satisfaction/repayment of the $68,500 loan; the recovery of the funds spent to repair the properties (approximately $67,500); and a fresh advance of approximately $50,000 at the time of transfer. Effectively, the consideration accepted by the judge exceeded $180,000. After acquisition, the home was rented by the parents and then sold in the spring of 2016 to the third party tenant. This occurred while the motions were in the process of being heard. Of the $150,000 sale proceeds, the net amount of $140,000 was paid into court, where the proceeds remain today. The parents continue to own the camp property. While the father has stayed at the camp on occasion, the evidence does not support the mother's submission that, despite the transfer of title, it continues to be treated as if it were still owned by the father.

[60] After considering all of the circumstances, including her finding there was consideration for the transfer, the motion judge rejected the mother's claim the transfer was contrary to the *Assignments and Preferences Act*; she concluded there was no intent to avoid or prefer creditors. The broader circumstances include the fact that the father had previously tried to sell the home, but had been unsuccessful, and the transfer to his parents was part of a plan to satisfy his debt to both the bank and his parents and he would satisfy the lump sum support payable to the mother from his RRSPs. The judge stated:

> The Court finds that there was consideration for the assets and that there is no evidence of any intent to frustrate creditors. The Court does not conclude that the transfer of the camp and house from the father to his parents (that was later sold to a third party) was to frustrate payment of his child and spousal support obligations. [para. 71]

[61] The mother submits on appeal the judge's finding there was consideration is inconsistent with the requirements of s. 3(1) of the *Act.* She submits consideration must be a "present actual payment in money" which reasonably reflects the value of the property. The mother's submission seeks to have us treat s. 3(1) as defining consideration

for the purposes of the *Act*. This is not the purpose or intent of s. 3(1). The provision "protects" certain transactions by specifically excluding them from the application of s. 2 – one of the requirements of which is the "present actual payment of money" as consideration. The other requirement is that it be made in good faith. The mother submits that if the requirements of s. 3(1) are not met, effectively, there is no consideration. I disagree. Section 3(1) provides:

Assignments and payments protected

3(1) **Nothing in section 2 applies** to any assignment made under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (Canada), nor to any sale or payment made in good faith in the ordinary course of trade or calling to innocent purchasers or parties, nor to any payment of money to a creditor, **nor to any genuine gift, conveyance, assignment, transfer**, or delivery over of any goods, securities or property of any kind as above mentioned, **that is made in consideration of any present actual payment in money made in good faith,** or by way of security for any present actual advance of money made in good faith, or in consideration of any present actual sale and delivery of goods or other property made in good faith, **if the money paid, or the goods or other property sold or delivered, bears a fair and reasonable relative value to the consideration for it**.

[Emphasis added.]

Protection des cessions et des paiements

3(1) **Les dispositions de l'article 2 ne s'appliquent** ni à une cession faite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Canada), ni aux ventes ou paiements faits de bonne foi, dans le cadre normal de l'exploitation d'une entreprise ou de l'exercice d'une activité, à des personnes ou parties de bonne foi, **ni au paiement d'une somme à un créancier, ni aux donations, transferts**, cessions ou remises d'objets, valeurs ou biens du genre susmentionné, **qui sont effectués en contrepartie du paiement actuel, effectif et de bonne foi d'une somme** ou en garantie du versement actuel, effectif et de bonne foi d'un acompte ou en contrepartie de la vente et de la livraison actuelles, effectives et de bonne foi d'objets ou autres biens, **s'il existait un rapport juste et raisonnable entre la somme payée, les objets ou les autres biens vendus ou livrés et la contrepartie**.

[Les caractères gras sont de moi.]

[62] Essentially, the mother submits s. 3 is not satisfied in this case since there is only a "present actual payment" of approximately $50,000, which does not bear "a fair and reasonable relative value" to the properties conveyed. She maintains the satisfaction of the $68,500 loan and the recovery of the $67,500 spent on renovations are not a "present actual payment in money" and do not amount to consideration.

[63] However, these submissions are of no consequence since the motion judge did not determine the transfer to the parents was a protected transaction under s. 3(1), excluding the application of s. 2. The burden of establishing the transaction was protected by s. 3(1) rested with the father and/or his parents. The judge did not decide s. 2 was rendered inoperative by the application of s. 3(1) and that it was therefore unnecessary to consider the mother's request to set aside the transfer under s. 2. The judge undertook an analysis under s. 2 and dismissed the mother's claim because s. 2 was not satisfied.

[64] More broadly, the mother submits the motion judge erred in her assessment of the circumstances by failing to consider whether the property transfers were *bona fide*. She maintains the judge failed to undertake a full and proper assessment of the badges of fraud, including: the transfer was non-arm's length, for no or inadequate consideration, made in haste and in secret and following an order that imposed a significant obligation which the father could not satisfy.

[65] There is no merit to any of these submissions. The judge determined disputed questions of fact – resolving the disagreement regarding the $68,500 loan, the renovations made by the parents and the timing of the payout of the line of credit. After having done so, she assessed the totality of the circumstances, including the fact that there was consideration for the transfer, and determined the mother did not establish the criteria under s. 2(1) and/or s. 2(2). She was not satisfied there was an intention to delay or prefer creditors. This was not a case where a presumption arose under s. 2(3). That provision creates a presumption that a transaction has been made with the intent to give a preference where it is established that the transaction has the effect of giving a preference. However, the presumption applies only if a proceeding is brought within 60 days of the impugned transfer. There is no suggestion the provision applies in the circumstances. Frankly, even if it did, the practical result of the judge's findings of fact, and her determination there was no intent to prefer, would rebut any such presumption.

[66] The mother's submissions invite the court to re-weigh the evidence without identifying a palpable error (leaving aside whether any such error would be

overriding). The motion judge was aware of all material circumstances identified by the mother. The judge made specific reference to the authorities relied on by the mother and distinguished them on the basis that, in those decisions, there was a transfer to a relative for no meaningful consideration (see *Monteith et al. v. Hayden et al.* (1987), 81 N.B.R. (2d) 273, [1987] N.B.J. No. 815 (C.A. (QL); and *Wuhr-Howe v. Wuhr et al.*, 2000 CanLII 9467 (NB QB)). Indeed, even in the mother's submission on appeal, the numerous additional cases relied upon similarly involve transactions where the circumstances were quite different from those of the present case and where there was no or little meaningful consideration (see *Bank of Montreal v. Vandine et al.*, 1952 CanLII 262 (NB CA); *Turfquip Inc. v. 033478 N.B. Ltd. et al.* (1997), 193 N.B.R. (2d) 165, [1997] N.B.J. No. 414 (QL), aff'ed (1998), 198 N.B.R. (2d) 90, [1998] N.B.J. No. 98 (C.A.) (QL); *Boudreau v. Marler*, [2004] O.J. No. 1543 (ONCA) (QL); *Pilot Insurance Co. v. Foulidis*, [2005] O.J. No. 2799 (ONCA) (QL); *Mutual Trust Co. v. Stornelli*, [1995] O.J. No. 4554 (ONCJ) (QL); and *Re Scantlebury*, [1996] P.E.I.J. No. 108 (C.A.) (QL)). This is not to suggest the presence of consideration is determinative of whether there is an intent to defeat or prefer creditors; however, the absence of consideration is often a compelling factor in establishing such an intent.

[67] In my opinion, there is no merit to the mother's appeal. The motion judge determined the facts, making unassailable findings of credibility in doing so, and after considering all of the circumstances she concluded the property transfer was not made with the intent to defeat or prefer creditors. How a less than full appreciation of the circumstances might strike a casual observer is of no relevance to the issues on appeal.

B. *The Father's Cross-Appeal – Res Judicata and Motion to Vary Child and Spousal Support*

[68] The father maintains his inability to work following the June 2014 order, due to a major depressive disorder, is a change in circumstances and the judge erred in dismissing his motion to vary based on the principle of *res judicata*. I agree the decision reflects error and his motion should have been determined on its merits. The application

of general principles of *res judicata* must give way to the legislated authority to vary support orders. Generally speaking, the statutory power to vary a prior support order is subject to the condition precedent that there has been a change in circumstances. In this case, the *res judicata* analysis was undertaken as though the support order sought to be varied is a final order for all purposes and it did not consider the unique character of support orders.

[69] In her response to the motion to vary, the mother maintained the father was seeking to re-litigate issues which have been previously decided by the application judge. She submitted the application judge rejected the father's oral testimony that depression impaired his ability to work and therefore the issue has been determined. She also submitted that when the father was before the application judge, he could have led corroborating evidence of his depression but he had failed to do so, and that much of the medical evidence he was now seeking to rely on had been available at the time the application was heard. Before the motion judge, the mother relied on *Nelson v. Nelson*, 2013 NBQB 359, 410 N.B.R. (2d) 388, to support her claim the father's motion is estopped by *res judicata*. In *Nelson*, Walsh J. considered principles of *res judicata* in connection with a claim respecting RRSPs. Quoting from Sopinka, *The Law of Evidence in Canada*, Walsh J. explained the principle that any action or issue "which has been litigated and upon which a decision has been rendered cannot be retried…[A] new action was permissible only if there was some new fact which totally changed the aspect of the case, and if that fact was not known before and could not have been known by reasonable diligence".

[70] The motion judge accepted the mother's position; she concluded the "evidence of the father is that he now suffers from major depressive disorder and cannot work" and in "order for the court to make this conclusion it must base its decision on new evidence that was not available at trial". The judge explained:

> I believe no new facts were presented to this Court in relation to the incapacity of the father to work and facts that were presented were known or should have been known by him at the time of what I will call the first trial. If paragraph

> 56 of his decision of the judge made the following comments:
>
> > "…I will not accept [the father's] testimony about his ability to work having been impaired by a medical problem; depression, nerves and a possible ulcer because he has provided no corroboration for this claim".
>
> The evidence of the father is that he now suffers from major depressive disorder and cannot work. In order for the court to make this conclusion it must base its decision on new evidence that was not available at trial. The evidence to support his present case was available to him and known by him during the first trial. Bringing forward corroborating evidence through a Motion to Change would be re-litigating this matter.
>
> […]
>
> It is clear the father knew about his medical condition and that he was diagnosed with major depressive disorder at the first trial. He himself testified that he suffered from depression at that time. He chose not to present any documentary evidence at that time or call any witness to support his claim. The evidence regarding his condition was ascertainable at the time of the first trial not only by Dr. O'Neil but also by Dr. Donihee. The exception to the application of the doctrine of *res judicata* is the awareness of new facts not known at the time of trial or that could not have been know[n] at the time of trial does not apply in this matter. The father knew of his condition and no new facts became known after. Dr. Satya's confirmation of Dr. O'Neil's diagnosis does not change anything. His Motion to Change is dismissed.
>
> [para 77, 78 and 82]
> [Emphasis added.]

[71] Focused on a *res judicata* analysis, the judge accepted the mother's position that nothing new was offered on the motion respecting the father's depression since the medical evidence proffered confirmed his condition existed prior to the June 2014 hearing and, with reasonable diligence, that medical evidence could have been made available at that hearing. On this basis, the judge concluded the new evidence

exception to the application of the principle of *res judicata* did not apply and the claim was barred.

[72] I pause to make two observations regarding *Nelson*. First, at issue in *Nelson* was an order respecting property, to which the principles of *res judicata* apply in the ordinary course. It was not an order that may be varied based on a change in circumstances, such as an order for support or an order respecting custody and/or access. Second, as *Nelson* identifies, an exception to the general application of *res judicata* arises when there are new facts which were not known or could not have been known with reasonable diligence. It appears the focus on this exception overtook the submissions and analysis at the hearing of the motion and this is where it went off track.

[73] While a change in circumstances analysis and a *res judicata* analysis may both require consideration of the last decision or order, including, depending on the case, evidence of what was decided at that hearing, the issue to be determined and the consequential analysis are quite different. The issue raised by the father's motion is whether his claim to be unable to work, as a consequence of his depression (which was first diagnosed in November 2012), is a change in circumstances. The focus of the inquiry is whether the father's claimed inability to work due to his condition, if established, constitutes a change in circumstances since the order sought to be varied. The issue is not, as it may be under a *res judicata* analysis, whether the claim currently made was or could have been adjudicated at the prior hearing. Nor is it whether the medical information/evidence sought to be relied on to prove the father's condition is new and was unavailable (through reasonable diligence) at the time of the last hearing. The distinction is significant.

[74] *Res judicata* is a defence which must be pled and proven. Before the motion judge, the issue was addressed only as *res judicata*, without identifying whether the plea relied on cause of action estoppel or issue estoppel. However, it is clear only issue estoppel might have had any application. A good summary of the principles grounding *res judicata,* and particularly issue estoppel, is provided by Binnie, J. in

Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc., [2001] 2 S.C.R. 460, [2001] S.C.J. No. 46 (QL).

He states:

> The law has developed a number of techniques to prevent abuse of the decision-making process. One of the oldest is the doctrine estoppel *per rem judicatem* with its roots in Roman law, the idea that a dispute once judged with finality is not subject to relitigation: *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553, at p. 558; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pp. 267-68. The bar extends both to the cause of action thus adjudicated (variously referred to as claim or cause of action or action estoppel), as well as precluding relitigation of the constituent issues or material facts necessarily embraced therein (usually called issue estoppel): G. S. Holmested and G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (loose-leaf), vol. 3 Supp., at 21 s. 17 *et seq*. Another aspect of the judicial policy favouring finality is the rule against collateral attack, i.e., that a judicial order pronounced by a court of competent jurisdiction should not be brought into question in subsequent proceedings except those provided by law for the express purpose of attacking it: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223.
>
> […]
>
> In this appeal the parties have not argued "cause of action" estoppel, apparently taking the view that the statutory framework of the ESA claim sufficiently distinguishes it from the common law framework of the court case. I therefore say no more about it. They have however, joined issue on the application of issue estoppel and the relevance of the rule against collateral attack.
>
> Issue estoppel was more particularly defined by Middleton J.A. of the Ontario Court of Appeal in *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, at p. 422:
>
> > When a question is litigated, the judgment of the Court is a final determination as between the parties and their privies. Any right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a Court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up, cannot

> be re-tried in a subsequent suit between the same parties or their privies, though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains.

This statement was adopted by Laskin J. (later C.J.), dissenting in *Angle*, *supra*, at pp. 267-68. This description of the issues subject to estoppel ("[a]ny right, question or fact distinctly put in issue and directly determined") is more stringent than the formulation in some of the older cases for cause of action estoppel (e.g., "all matters which were, or might properly have been, brought into litigation", *Farwell*, *supra*, at p. 558). Dickson J. (later C.J.), speaking for the majority in *Angle*, *supra*, at p. 255, subscribed to the more stringent definition for the purpose of issue estoppel. "It will not suffice" he said, "if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment". The question out of which the estoppel is said to arise must have been "fundamental to the decision arrived at" in the earlier proceeding. In other words, as discussed below, the estoppel extends to the material facts and the conclusions of law or of mixed fact and law ("the questions") that were necessarily (even if not explicitly) determined in the earlier proceedings.

The preconditions to the operation of issue estoppel were set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*, at p. 254:

> (1) that the same question has been decided;
> (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,
> (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

[para. 20, 23, 24 and 25]
[Emphasis added.]

[75] The authority to vary a support order, based on a change in circumstances, is provided, in this case, by s. 118(2) of the *Family Services Act*. It provides as follows:

118(2) Where an order for child support or an order for the support of a child at or over the age of majority has been made and the court is satisfied that a change of circumstances as provided for in the regulations respecting orders for child support has occurred since the making of the order under subsection 115(1) or since the making of the last order under this section, if any, in respect of the support of a child or a child at or over the age of majority, the court may, upon the application of any person named in the order or referred to in subsection 115(3) and subject to paragraph 113(2)(*b*), subsections 115(1.1) to (1.6) and the regulations respecting orders for child support, as the case may be,

(a) discharge, vary or suspend any term of the order, prospectively or retroactively,

(b) relieve the respondent from the payment of part or all of the arrears or any interest due thereon, and

(c) make any order for child support or any order for the support of a child at or over the age of majority that the court could make on an application under section 115 for the support of a dependant who is a child or a child at or over the age of majority.

[Emphasis added.]

118(2) Lorsqu'une ordonnance de soutien pour enfant ou pour enfant majeur a été rendue et que la cour est convaincue qu'un changement de situation prévu aux règlements concernant les ordonnances de soutien pour enfant s'est produit depuis qu'elle a rendu l'ordonnance en vertu du paragraphe 115(1) ou la dernière ordonnance en vertu du présent article, le cas échéant, relativement au soutien de l'enfant ou de l'enfant majeur, la cour peut, à la demande de toute personne nommée dans l'ordonnance ou visée par le paragraphe 115(3) et sous réserve de l'alinéa 113(2)*b*), des paragraphes 115(1.1) à (1.6) et des règlements concernant les ordonnances de soutien pour enfant, selon le cas,

a) révoquer, modifier ou suspendre toute condition énoncée dans l'ordonnance, pour l'avenir ou à titre rétroactif,

b) dégager le défendeur du paiement de tout ou partie des arriérés ou des intérêts moratoires y afférents, et

c) rendre toute ordonnance de soutien pour enfant ou pour enfant majeur que la cour pourrait rendre lorsqu'elle est saisie d'une demande en application de l'article 115 pour le soutien d'une personne à charge qui est un enfant ou qui est un enfant majeur.

[Le soulignement est de moi.]

[76] The application of principles of *res judicata* is subject to the exercise of the power to vary under s. 118(2). While this proposition requires little explanation, the Ontario Court of Appeal expressly addressed the intersection of the power to vary support obligations with the principles of *res judicata* in *DiFancesco v. Couto*, [2001]

O.J. No. 4307 (C.A.) (QL). The issue in dispute was a motion to rescind arrears; however, for our purpose, the observations are apposite. As Simmons J.A. explained:

> I do not, however, view the dismissal of an application to rescind arrears as an absolute bar to future rescission of those same arrears, provided there is a change in circumstances sufficient to warrant a variation.
>
> First, I note that the language of the provisions authorizing a variation is very broad. Although the *Divorce Act* stipulates that the change in circumstances necessary to trigger the right to seek a variation must occur after the date of the last variation order, there is no such language limiting the scope of variation available.
>
> Second, **the issues presented on succeeding motions for rescission of arrears lack the identity necessary to give rise to issue estoppel. The first issue for determination on an application for variation of support payments or arrears is whether there has been a change in circumstances sufficient to warrant the variation sought.** Once that threshold is met, the presenting issue is whether rescission is justified in the context of the changed circumstances. The fact that a prior application did not meet the threshold for variation does not, of necessity, determine the issue of whether rescission of those same arrears is justified in the context of subsequent changed circumstances.
>
> In *Setinas v. Setinas* (1984), 39 R.F.L. (2d) 43, 43 C.P.C. 44 (Ont. Prov. Ct.) at para. 18, **Main Prov. Ct. J. made the following comments about the application of issue estoppel to matrimonial litigation, and variation applications in particular**:
>
> > Fundamental to the doctrine of estoppel by record including issue estoppel is that it is in the public interest that there should be an end of litigation: *interest reipublicae ut sit finis litium* . . . **However, it must be borne in mind that matrimonial litigation, as it relates to the issue of ongoing support, both as to enforcement and variation, differs from ordinary litigation. Finality can be achieved only where a support obligation ceases and when all outstanding arrears are either paid**

> **or rescinded. Until that point is reached, s. 21 of the [*Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152] allows for applications to vary and to rescind. To that extent, the maxim must be modified**. This is not to say that frivolous or vexatious proceedings will be tolerated. The six-month limitation on applications to vary, without leave of the court, an award of costs on a solicitor and client basis and the power in the court to stay or dismiss as an abuse of process are sufficient to dissuade litigants from making such applications.

Setinas involved a question of whether findings made in an enforcement proceeding could give rise to issue estoppel in a subsequent application to vary made pursuant to the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152. **Although not directly applicable here, the comments are instructive in that they address a particular feature of family law legislation, namely the ability to seek a variation of a prior order based on changed circumstances**.

Finally, the requirement that there be a change in circumstances as a precondition to the right to seek a variation protects against abuse and signals that the scope of the variation available is very broad. Once the threshold of changed circumstances is met, the court's discretion to make the order that would have been appropriate, had those circumstances existed in the first instance is engaged. The fact that an order for rescission was inappropriate on an earlier date, may impact on the manner in which the discretion to grant a variation is exercised; for example, where a debtor was recalcitrant in fulfilling his obligations. It does not, however, bar the court's discretionary authority to make the appropriate order, based on the changed circumstances existing when a subsequent application is made.

The determination that issue estoppel does not bar subsequent rescission of arrears following an unsuccessful application to vary, is consistent with decisions relating to variation of orders for custody and access. Those decisions indicate that once the threshold of changed circumstances is met, the court must embark on a fresh inquiry into what is in the best interests of the child, not based on a presumption in favour of the custodial

> parent, but rather based on the findings of the judge who made the previous order, as well as the evidence of the new circumstances. Ultimately, the issue to be determined is the best interests of the child: *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, 19 R.F.L. (4th) 177. [paras. 26-32]
>
> [Emphasis added.]

[77] The limits of *res judicata* in connection with support orders was also addressed by the British Columbia Court of Appeal, in *B.G.D. v. R.W.D.*, 2003 BCCA 259, [2003] B.C.J. No. 1098 (QL). The court dismissed an appeal of a judge's decision which concluded that a claim for spousal support was not barred by *res judicata*. In the decision appealed, *Dorken v. Dorken*, 2002 BCSC 1136, [2002] B.C.J. No. 1767 (QL), the judge explained:

> Husband's counsel submits that the plaintiff's claim for spousal maintenance was dismissed by the court in 1991 and is now *res judicata*. He submits that the wife is now estopped from making this claim…
>
> […]
>
> In *Carl Zeiss Stiflung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 at p. 935, Lord Guest defined the requirements needed to constitute issue estoppel in the following way:
>
> > ... (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and, (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.
>
> It may well be said that in relation to the Order of Justice Dorgan that the same question, being that of spousal maintenance, was before the court and that the parties to the judicial decision are the same. In determining whether or not the court has jurisdiction to proceed it is necessary to determine whether or not that order said to create the estoppel was final. See: *Gessner v. Gessner* (1990), 24 R.F.L. (3d) 308 (Sask. Q.B.).

> In that regard it is necessary to turn to the provisions of the *Divorce Act*…
>
> […]
>
> In this proceeding the wife sought an order for spousal maintenance under s. 15 of the *Divorce Act*. She was granted both periodic and lump sum maintenance by the order which was made under s. 15.2. Section 17(1) gives the court the power to vary a support order. The issue is whether or not the power to vary survives an order that specifically sets out that after the payments are made, the petitioner's claim for maintenance is dismissed.
>
> **In my opinion the terms of the order do not oust the court's jurisdiction to entertain the present application. Given the provisions of s. 17(1) a spousal support order can never be truly final**. See *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801.
>
> **As the order is not final the doctrine of res judicata does not apply. For that reason the cases cited by the respondents are not applicable in the circumstances of a spousal support order.** Accordingly, this court has the jurisdiction to hear the application. Whether in the circumstances of this case, the plaintiff is entitled to the relief she seeks is for the judge hearing the application on its merits. The preliminary objection is dismissed with costs to the plaintiff in the cause. [paras. 7-13]

[78] Section 118(2) of the *Family Services Act* is a full answer to any effort to rely on *res judicata*, particularly in the form of cause of action estoppel. The issue of whether the father's depression disables him from employment was not in issue before or determined by the application judge, and therefore issue estoppel has no application, even in connection with collateral issues. This requires further explanation; it is important to be clear on what issues were before and decided by the application judge

[79] It is my opinion the application judge was not asked to determine, and he did not determine, whether the father was unable to work because of his depression. The father did not take that position at the hearing of the application, nor did the judge make

any other determination which would be estopped in a motion to vary based on issue estoppel. The father's position was summarized by the application judge as follows:

> [The father] also said that because of major problems in the mine in Saskatchewan it is not renewing labour contracts for the next year. It might never reopen again and he might never have access to that job. [The father] provided no record of employment to establish why his job terminated. He also did not provide any proof for his assertion that the big mine project was going to be shelved for at least a year.
>
> [The father] said he wanted to return to New Brunswick to be with his current partner. **He has, as a consequence, put his name in for work at several locations but he does not have any indication that he will have a job soon. He acknowledged that a good wage here would be $60,000 per year or less than 40% of his earnings at the job in Humboldt. He also said that if he wanted to remain in the West he probably could get a new job on some other project relatively quickly**.
>
> [The father] also said that the stress and depression he has suffered may have given him an ulcer and **his doctor in New Brunswick has told him that he will not be able to work for at least two months**. He did not have any documentation for this claim nor did he call the doctor to verify this diagnosis. [paras. 40-42]
>
> [Emphasis added.]

[80] While the application judge clearly rejected the father's evidence regarding depression, stress and possible ulcers, this assessment of his testimony came as part of his canvassing the father's evidence as a whole, which he did quite fully (at paras. 46 to 55). This summary of the father's evidence focused mainly on the father's use of the $118,000 he removed from his account before separation and the father's inability to pay the mother $68,500 for the family home. Summarizing this evidence, most of which he rejected, the judge stated:

> While I have not reviewed all of [the father]'s testimony in this fashion I think I've considered sufficient detail to establish that **I do not find** his testimony credible in any material particular with respect to the possession and

> disbursement of funds. Similarly and without going into any detail **I will not accept [**the father's] testimony about his ability to work having been impaired by a medical problem; depression, nerves and a possible ulcer because he has provided no corroboration for this claim. **I will not accept** that [the father] was laid off by his former employer effectively May 31 because of a major problem with the mine that will keep him off the job for as much as a year. Again there is no information to corroborate this statement.
>
> **I do accept** [the father]'s acknowledgement that he could have gainful employment in Saskatchewan or Alberta if he sought it. I conclude that such employment could be at the same or greater salary than that he most recently commanded. I acknowledge there is little or no chance of [the father] receiving a similar income in New Brunswick. Certainly the work at Point Lepreau will never be as lucrative again. I also note that [the father] has never had a problem in moving out West on the three or four occasions when he needed to become gainfully and profitably employed. [paras. 56 and 57]
>
> [Emphasis added.]

[81] Explaining he did not find the father's testimony credible, the application judge stated he did not accept the father's uncorroborated testimony that "his doctor in New Brunswick ha[d] told him that he will not be able to work for at least two months". This comment was from the father's meeting with his New Brunswick doctor on June 11, 2014, after he returned from Saskatchewan and less than six days prior to the hearing. However, the application judge's rejection of the father's testimony that "his ability to work [has] been impaired by a medical problem, depression, nerves and a possible ulcer…", cannot be viewed as a determination of a claim by the father that he is unable to work due to his depression. This was not the issue in the application. The father did not assert his depression disabled him from working. As the application judge's decision expressly recognized, the father admitted the mother was entitled to spousal support. He had been working full time until he returned from Saskatchewan and he testified he had sought work in New Brunswick, which he expected would be in the range of $60,000 a year. The application judge stated he accepted the father's evidence he could find employment out west if he sought it, albeit on a different project. All of this is consistent

with the father's unrefuted submission that he did not put his depression in issue; it arose only when he was questioned on cross examination. It was against this evidentiary background, including the judge's rejecting the father's testimony that he had been laid off from the mine in Saskatchewan but his accepting the father's acknowledgement he could have gainful employment in Saskatchewan or Alberta, that the application judge concluded the father could earn the same or more income than he had earned in Saskatchewan and he imputed income to the father. In summary, the decision on the application cannot be taken as a determination respecting either the father's depression or his ability to work as a consequence of depression. The judge's assessment of the father's testimony regarding the advice of his physician, while relevant to the credibility analysis, was at best an incidental finding.

[82] The adjudication of the father's motion to vary does not involve an inquiry into whether the evidence of his depression, or any evidence, was available at the time of the hearing of the application. The issue is whether there has been a change in the father's circumstances since the June 2014 order. That he had depression was not disputed; he was first diagnosed with it in November 2012. The father's position is that he has worked whilst having a severe depressive disorder and at the time of the last order he expected to return to work. More specifically, based on the claim as it has been framed to this point, the issue is whether, since the June 2014 order, he has become disabled from work, as he claims, by, for simplicity's sake, a worsening of his depression. The father led medical evidence to support the position that his condition had become worse, as he submits is evident from, for example, the suicidal ideation he experienced following the last order. On appeal, he maintains this is the crux of his motion to vary and, in very simple terms, this is the essence of the motion which, in my opinion, must be determined on the merits.

[83] For these reasons, I would allow the father's cross-appeal and direct that his motion be returned and heard with current information regarding, among other things, the father's condition and treatment since the hearing of the application.

[84] As a final issue, the father maintains that, even if his motion to vary was *res judicata*, as determined by the motion judge (or had been otherwise dismissed based on a finding that he could work), the motion judge should nevertheless have varied his child support obligation, as of June 2015, since the application judge ordered that the child support be calculated each year based on actual income. If I had not come to the conclusion his cross-appeal should be allowed and his motion heard, I would have either varied child support as of June 2015, or sent that issue back to be decided. However, in view of the fact his motion will be adjudicated, potentially affecting his child support obligation from the summer of 2014, I see no rational basis for now making a distinct order to vary support post June 2015, based on "actual income" – which would necessarily be subject to the outcome of the motion to vary.

[85] Both the mother and the father have requested that if any matter is to be returned to the Court of Queen's Bench, Family Division for adjudication, it be heard by a different judge. I would leave that to be determined at the Court of Queen's Bench level.

C. *Cross-Appeal of the Parents – Costs*

[86] The parents submit the motion judge erred by failing to address their request for costs against the mother.

[87] The motion judge did not address costs and I can see no obvious reason to stray from the general rule that costs should follow the event. However, as emphasized by the parents' counsel, there is more to it than that.

[88] As noted earlier, in November 2014, the parents responded in detail to the mother's claim regarding the transfers. Attached as exhibits to their affidavit were copies of documents respecting the $68,500 loan, evidence of the payout of the bank on transfer and a list of renovations undertaken to the properties. The judge accepted the circumstances surrounding the transfer were essentially as outlined by them.

Additionally, the motion to set aside the transfer was lengthened and complicated when the mother subsequently filed a new motion, in June 2015, which subsumed the earlier motion but added allegations of contempt and a claimed for an interest in the $118,000 – both of which were unsuccessful.

[89] Moreover, they emphasize the claims of impropriety and bad faith were found to be unsubstantiated. They do not request solicitor and client costs, quite rightly in my opinion; however, it is not possible to ignore the existence of factors of the type which weigh in favour of an order for solicitor and client costs. These include unsubstantiated or unproven allegations of impropriety, which amount to fraud, and/or unfounded, wanton and scandalous charges (see *Caspick v. Caspick* (1990), 106 N.B.R. (2d) 249, [1990] N.B.J. No. 551(C.A.) (QL)). There is little doubt about the mother's strong feelings about what she views as the father's efforts to avoid paying her, with the assistance of his family. However, there is also little doubt that the mother's entrenched views have resulted in exaggerated assertions which are more than mere hyperbole. Many have persisted in spite of prior decisions and clear evidence to the contrary.

[90] For these reasons, I would allow the cross-appeal and award costs to the parents of $2,500 on the dismissal of the mother's motion and $2,500 on their cross-appeal.

V. Disposition

[91] For these reasons, I would dismiss the mother's appeal and allow both cross-appeals. I would order costs payable by the mother to the father of $ 2,500 on the dismissal of her motion, and $ 2,500 on the dismissal of her appeal and for allowing the father's cross-appeal. These amounts may be set-off against unpaid costs ordered in favour of the mother by the application judge. I would order costs payable by the mother to the parents of $ 2,500 on the dismissal of her motion to set aside the property transfer, and $ 2,500 on their cross-appeal of that issue.

[92] The father's motion is to be returned for adjudication, which will no doubt begin with a case conference as soon as possible. In these circumstances, I would order the release of this decision in English, the language of the proceeding, with release in the French language to follow, pursuant to s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5.

The following are the concurring reasons delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction and Background

[93] I have read the reasons of my panel colleagues, and although we have substantial agreement concerning the result, I differ with respect to the remedy. For the reasons that follow, I would refer this case to the Court of Queen's Bench for an analysis on the question whether, or not, the father met the threshold test of material change.

[94] This is an appeal and two cross-appeals of a motion judge's decision which followed a five-day hearing in 2016. All parties assert the motion judge committed reversible errors in law. Engaged are the provisions of the *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.B. 2011, c. 115; the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F.-2.2 (*F.S.A.*); Rule 76 of the *Rules*; the *Support Enforcement Act*, S.N.B. 2005, c. S-15.5; the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 as amended (*Guidelines*); the *Spousal Support Advisory Guidelines* (*SSAG*), and the doctrine of *res judicata*. Although this is not an appeal of the final decision rendered in 2014, some limited background information is offered for context.

[95] The mother, C.B., and the father, H.H., cohabited between 1997 and 2012. Following separation, the mother filed a Notice of Application pursuant to the *F.S.A.*, in which she claimed custody of the two children, child and spousal support and exclusive possession of the marital home. On August 23, 2012, the Case Master issued an order requiring both C.B. and H.H. to file financial information as required by the *F.S.A.* and the *Guidelines*. In October 2012, an interim order issued which granted the mother custody of the children and gave her exclusive possession of the home. What followed was a Consent Order in which the father agreed to pay $68,500 for the mother's interest in the marital home. Using funds advanced by his parents, the father paid the agreed amount several weeks after the judge signed the order. On November 9, 2012, the judge

issued an interim order in which he required: "Neither party shall dispose of any of the assets at issue, including motor vehicles, four wheelers, ski-doos, real estate, RRSPs and generally any other assets identified as being in issue between the parties, without the express consent of the other party or further Order of the Court". In June 2013, the father executed a promissory note in which he agreed to reimburse his parents for the funds they advanced him, as noted, at the rate of $600 monthly. The mother submits the note is a sham as it was not executed properly. The father admits he has never made any payments to his parents. In paragraph 7 of his affidavit dated November 28, 2014, he states: "In June of 2013 my Parents [G] and [E.H.] talked to me about drawing up a Promissory Note so they could secure the funds they had lent me. A note was drawn up and sent to my lawyer at the time, Jamie Feenan. I did sign the document and my partner Melissa witnessed it, but it was never officially put in place as my circumstances had changed again...". Between September 14, 2012, and the hearing of the Application in June 2014, there were several court appearances, most of which dealt with issues concerning outstanding financial disclosure.

[96] It was not until June 24, 2014, that a final order issued. The application judge assessed the father's income as follows:

i) 2012 - $121,254;
ii) 2013 - $56,520;
iii) 2014 - $156,000.

The mother's income was assessed as:

i) 2012 - $19,240;
ii) 2013 - $16,638;
iii) 2014 - $16,638.

[97] The application judge ordered the father to pay child support commencing August 2012 in the amount of $896 monthly for the remainder of 2012; $345 monthly for the year 2013; and for 2014 to June 30th, the amount of $1,185 monthly.

[98] The judge found the mother was entitled to spousal support commencing September 1, 2012, to be paid at the high end of the range of the *SSAG*, for a period of fourteen years. For this purpose, the father's income was assessed at $138,500, and the mother's income was assessed at $19,240. Retroactive child support was fixed at $15,724, and retroactive spousal support was calculated to be $59,818, minus any payments made. All remaining assets were divided equally. Whether, or not, the application judge calculated the respective incomes correctly matters not, as this order was not appealed.

[99] What transpired following the rendering of the final order has added to the mother's belief that H.H. intentionally structured his financial affairs, and his life, in order to avoid his support obligations. In July 2014, a few weeks following the final decision, he transferred title to three parcels of land to his parents. The mother submits the transfers were made as a fraudulent attempt to avoid enforcement of the support arrears. Her suspicions in this regard are not without merit, in my opinion, as there was evidence that prior to the separation, the father withdrew $118,000 from a bank account registered in his name and gave the funds to his mother for safekeeping. She later returned them to him. He testified he spent the money over a short period of time on alcohol and gambling. The application judge concluded the mother was not entitled to share the $118,000; however, his reasons reveal he had concerns about the father's conduct and his credibility. There was evidence the father drained his bank accounts, and was not compliant with financial disclosure orders.

[100] As noted, less than 30 days following the application judge's oral decision, the father conveyed his properties to his parents, and, that same month, they retired the remaining line of credit outstanding against one of them. On September 25, 2014, the mother obtained and registered Certificates of Pending Litigation against the

properties. In the recital to that order, the application judge writes: "… And Upon Being Satisfied that the evidence discloses [that] the respondent may have acted with respect to the lands in a manner intended to delay and hinder the enforcement of the order of this Court…". In October 2014, the judge gave the father and his parents until November 28, 2014, to reply to the mother's allegations the transfers were made to avoid the enforcement of the outstanding court order. They filed a joint affidavit sworn November 20, 2014, requesting the mother's motion be dismissed, the Certificates of Pending Litigation be vacated, and they claimed costs.

[101] On October 23, 2014, shortly following the expiration of the appeal period, the father filed a Motion to Change seeking: an order terminating spousal support, both retroactively and prospectively; a prospective reduction in his child support payments, and a retroactive rescission of the arrears of both spousal and child support. In support, he filed an unsworn financial statement declaring his income would be $80,000 for 2014. An amended Motion to Change was later filed, in which the father reported his income from June 1, 2014, to year end was $24,804, and he sought a reduction of his child support payments retroactive to June 1, 2014. On October 24, 2014, he made a payment of $60,000 towards the arrears; therefore, by November 28, 2014, support arrears totaled $20,646.

[102] In July 2015, the mother filed a motion in which she claimed contempt relief against the father pursuant to Rule 76. She requested an order voiding the property transfers to his parents, and she asserted his motion and amended motion should be dismissed on the basis he was re-litigating matters previously decided. On September 25, 2015, the mother replied to the father's motion. On February 9, 2016, the father replied to the mother's Motion. In a joint affidavit, E.H. and G.H. deposed they invested significant sums in repair and maintenance work on one of the properties conveyed to them, they paid legal fees and property taxes, and they had an expectation of being re-paid. One of the properties was sold for $150,000 and the net proceeds were ordered held in trust by the court.

[103] H.H. did not fully comply with his financial disclosure obligations until the eve of the motion hearing in February 2016. His Income Tax Return, filed the morning of the hearing, recorded his income as $95,000 for 2014. By the time the motions proceeded to a five-day hearing in February, 2016, the Family Support Orders Service had recorded outstanding arrears of both child and spousal support in the amount of $78,649.83.

II. The Motion Judge's Decision

[104] In November 2016, both motions were dismissed without costs, the Certificates of Pending Litigation were vacated, and the funds paid into court were ordered released to E.H. and G.H. The motion judge concluded: "The Court finds that there was consideration for the assets and that there is no evidence of any intent to frustrate creditors. The Court does not conclude that the transfer of the camp and house from the father to his parents (that was later sold to a third party) was to frustrate payment of his child and spousal support obligations" (para.71). In short, the motion judge found there had been consideration for the transfers, there was no intent to avoid or prefer creditors, and the transfers were not contrary to the *Assignments and Preferences Act.* The motion judge dismissed the request to terminate spousal support, and she declined to vary spousal and child support either retroactively or prospectively, on the basis the father was re-litigating matters previously decided. The motion judge did not determine the father's motion on its merits, finding he introduced evidence which was available to him and could have been considered at the time of the application hearing, and she concluded the issue was *res judicata* on that basis.

III. Grounds of Appeal and Cross-Appeals

[105] C.B. asserts the motion judge made errors in fact and law. In summary, she contends:

1. the motion judge erred in failing to consider whether the property transfers were *bona fide*, on the grounds they were non-arm's length transactions, there was no or inadequate consideration, H.H. continued to avoid his support obligations with the complicity of his family, and his actions were contemptuous;

2. there was contradictory evidence, or no proof H.H.'s parents spent their own money on the repairs and renovations they made to the properties;

3. the motion judge's failure to find H.H. was intentionally frustrating the enforcement of the judgment against him was an error.

[106] In his cross-appeal, H.H. seeks either a "new hearing" before another "justice", or alternatively, the decision be varied so as to terminate spousal support, to recalculate child support and spousal support arrears retroactively, and to vary child support prospectively. He asserts the motion judge erred in her application of *res judicata*, she failed to consider s. 14(a) of the *Guidelines*, or erred in her consideration of a material change in circumstances when she did not consider his 2015 income for the purposes of reviewing the support obligations, and she should have ordered costs.

[107] E.H. and G.H. cross-appeal asserting they should receive their costs in the court below, and they seek costs on their cross-appeal.

IV. Standard of Review

[108] The standard of review in the context of family law was set out in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL). There, L'Heureux-Dubé J. states:

> Our Court has often emphasized the rule that appeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension

> of the evidence, or unless the award is clearly wrong. These principles were stated by Morden J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, at p. 154, and approved by the majority of this Court in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *per* Wilson J.; in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, *per* L'Heureux-Dubé J.; and in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 691, *per* Sopinka J., and at pp. 743-44, *per* L'Heureux-Dubé J.
>
> There are strong reasons for the significant deference that must be given to trial judges in relation to support orders. This standard of appellate review recognizes that the discretion involved in making a support order is best exercised by the judge who has heard the parties directly. It avoids giving parties an incentive to appeal judgments and incur added expenses in the hope that the appeal court will have a different appreciation of the relevant factors and evidence. This approach promotes finality in family law litigation and recognizes the importance of the appreciation of the facts by the trial judge. Though an appeal court must intervene when there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law, it is not entitled to overturn a support order simply because it would have made a different decision or balanced the factors differently. [paras. 11-12]

[109] The conclusions reached in *Hickey* have been followed and applied by the Court on numerous occasions. C.B. asserts the motion judge made numerous errors of law in her analysis concerning the badges of fraud and contempt, and she argues there were findings of fact not supported by the evidence. H.H. submits the motion judge erred when she found his motion was *res judicata*. Errors involving questions of law are reviewed on the standard of correctness. Findings of fact are reviewed on the standard of palpable and overriding error. On a pure question of law, an appellate court is free to replace the opinion of the trial judge with its own if there is an error, because the standard of review is correctness. Questions of fact require deference, and questions of mixed fact and law fall along a spectrum, where a correctness standard is applied if there is an extricable question of law and the palpable and overriding standard otherwise applies: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, para. 8 (see *Hill v. Pirie Potato*

Company (1973) Ltd., 2018 NBCA 35, [2018] N.B.J. No. 139 (QL), per Larlee J. at para. 8).

[110] In *Vaughan v. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 N.B.R. (2d) 286, Quigg J.A. observes:

> This Court does not re-try cases, nor does it substitute its views for those of the application judge. In family law matters we take the view that considerable deference must be shown to a judge's decision. Of course, we will intervene when there is an error of law, a significant misapprehension of the evidence or if the decision is clearly wrong. This principle has been restated often in our decisions, among them *LeBlanc v. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 401 N.B.R. (2d) 334; *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at paras. 8 and 9; *Smith v. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 N.B.R. (2d) 208, at para. 10; *Doiron v. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 N.B.R. (2d) 183, at paras. 9 to 11 and *C.M.H. v. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 N.B.R. (2d) 154, at para. 8. [para. 7]

[111] I conclude the standard of review in this case is that of correctness, and if there are errors in the motion judge's findings of fact, these will be reviewed on the standard of palpable and overriding error.

V. Analysis

A. *Contempt*

[112] The motion judge correctly found contempt had not been proven for the following reasons:

1. The order to pay solicitor and client costs was not free from ambiguity, as it did not specify a date when the costs would be paid;

2. An order for the payment of money is legally distinguishable from an order for the payment of child and spousal support arrears. See *Dickie v. Dickie* 2007 SCC 8, [2007] 1 S.C.R. 346; and *Lahanky v. Lahanky*, 2012 NBQB 30, 382 N.B.R. (2d) 397;

3. In October 2014, H.H. paid $60,000 towards the accumulated arrears;

4. C.B. had not exhausted all "remedies available under the *Support Enforcement Act*".

[113] In my view, the findings of the motion judge as they relate to contempt are unassailable, and I would not interfere with her reasons in this regard.

B. *Child Support*

[114] The application judge's order contemplated an annual "revision" of child support, consistent with the *Guidelines* (para.72 of reasons). H.H. submits the motion judge should have revised the child support payments to January 2014, on the basis his actual income in 2014 was $74,473.81, not $156,000 as was imputed by the application judge.

[115] On this issue the application judge states:

> While I have not reviewed all of Mr. [H.H.'s] testimony in this fashion I think I've considered sufficient detail to establish that I do not find his testimony credible in any material particular with respect to the possession and disbursement of funds. Similarly and without going into any detail I will not accept Mr. [H.H.'s] testimony about his ability to work having been impaired by a medical problem; depression, nerves and a possible ulcer because he has provided no corroboration for this claim. I will not accept that Mr. [H.H.] was laid off by his former employer effectively May 31st because of a major problem with the

> mine that will keep him off the job for as much as a year. Again there is no information to corroborate this statement.
>
> […]
>
> I will concede the child support for the periods from the date of separation to the 1st day of September must be based upon the actual incomes that Mr. [H.H.] has outlined. I am not willing to make the same concession for the year 2014. Mr. [H.H.] was gainfully employed at the beginning of the year and earning an amount that I concluded was equal to $156,000 per year. He tells the court that he was laid off on May 31st, that his position at the mill in Saskatchewan will not be available for him for at least one year and that he has been diagnosed with complaints that will incapacitate him for at least two months. He's provided no proof for any of these statements. Conversely, he has told the court he would like to work in New Brunswick at a job that will pay him considerably less than the western jobs because he wants to live in New Brunswick with his current partner. Finally, as noted, he acknowledges he would have no problem acquiring another job out West if he needed it. [paras. 56 and 59]

[116] During the subsequent motion hearing the father introduced medical reports and *viva voce* evidence from two physicians and a family counsellor as proof his health deteriorated following the application judge's decision, and therefore he could not work at that time. The motion judge observed some of the evidence pre-dated the original hearing, was available to the father, and could have been offered. She noted that, as he failed to substantiate his medical complaints at the previous hearing, income was imputed to him pursuant to s. 19 of the *Guidelines*, and the matter would not be revisited. In my view, the motion judge correctly declined to retroactively vary the child support order for the year 2014 on the basis the application judge's order was not appealed. The father's failure to appeal forecloses the possibility of retroactively varying the support order to a period of time that pre-dates the application judge's decision.

[117] We know an order for child support is made in consideration of the payor's sources of income in a calendar year (ss. 15-20 of the *Guidelines*). The father argued his health deteriorated following the hearing of the application, his income

dropped dramatically in 2015 and, by consequence, he was entitled to a "revision" of his child support payments. I agree. It is on this basis I conclude the child support order should be reviewed for the year 2015 and I would refer this portion of the motion judge's decision.

[118] H.H. has an ongoing obligation to provide financial disclosure by court order (s. 25 of the *Guidelines*). For the same reasons, I would refer the matter of the retroactive revision of his child support obligations, if any, for 2016. Both parties have the right to seek further reviews of the child support order on an ongoing basis (s. 14 of the *Guidelines*).

C. *Void Transfers*

[119] Before the motion judge, the mother submitted the property conveyances to his parents should be set aside pursuant to the *Assignments and Preferences Act*, and the arrears of child support be "converted" to an enforceable order of the court. The motion judge declined to grant the order, finding there was "consideration for the assets", and there was no evidence of "intent to frustrate creditors". Section 2(3) of the *Act* provides that, if any action or proceeding is brought within 60 days after a transaction with a creditor, and the transaction has the effect of giving the creditor a preference over other creditors, the transaction is presumed to have been made with the intent to give the creditor a preference over other creditors. The mother bore the onus to establish the property conveyances to his parents were made at a time when he was in insolvent circumstances, the parents were given preference as creditors, and the conveyances were done with the intent to avoid a judgment.

[120] The Court's decision in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. G.E. Cox Limited, Cox and Cox* (1985), 66 N.B.R. (2d) 374, [1985] N.B.J. No. 326 (QL), per Hoyt J.A. was applied in *Mawdsley v. Meshen*, 2012 BCCA 91, [2012] B.C.J. No. 377 (QL), where Newbury J.A. examined the evidentiary requirements to support the "badge of fraud". She states:

For the reasons that follow, it is my view that *Hossay* should not be disturbed and indeed, that given that the broad and uncertain consequences such a change would involve, it would be for the Legislature rather than a court of law to do so. With respect to the question of "intent" under the *FCA*, it is also my opinion that while a claimant need no longer show a "subjectively dishonest or fraudulent state of mind" on the part of the transferor, the claimant must prove an intention to defeat creditors or others as a matter of fact. Of course, such an intention may be inferred from all the circumstances, and the well-known "badges of fraud" are often resorted to for this purpose, creating a presumption of fraudulent intent. (See *Twyne's Case* (1601) 3 Co. Rep. 80b, 76 E.R. 809.) But the presumption is rebuttable, and merely proving that the effect of the transfer is to hinder or delay creditors or others is not, as a matter of law, sufficient.

[…]

Ballance J. referred briefly to *Abakhan & Associates Inc. v. Braydon Investments Ltd.* 2009 BCCA 521 *("Braydon"),* where this court endorsed the principle that a claimant under the *FCA* need no longer show a "dishonest" or "morally blameworthy" intent on the part of the transferor. All that is required, she observed, is an intention "to place the assets out of the reach of a creditor or other". (Para. 209.) She noted that intention is a question of fact to be determined in each case, but that courts have identified certain hallmarks that may support an inference of fraudulent intent within the meaning of the Act. She quoted this version of the "badges of fraud" formulated in *Frimer v. Lurcher* [1984] B.C.J. No. 728 (S.C.):

> (1) The state of the debtor's financial affairs at the time of the transaction, including his income, assets and debts;
>
> (2) The relationship between the parties to the transfer;
>
> (3) The effect of the disposition on the assets of the debtor, i.e. whether the transfer effectively divests the debtor of a substantial portion or all of his assets;

> (4) Evidence of haste in making the disposition;
>
> (5) The timing of the transfer relative to notice of the debts or claims against the debtor;
>
> (6) Whether the transferee gave valuable consideration for the transfer.
>
> There are other *indicia* or badges of fraud that include continuing to remain in possession following a conveyance and secrecy respecting the transactions. [paras. 23-24].
>
> As well, the trial judge noted that the modern view of the onus of proof in cases of this kind is that where the impugned transaction was made for no consideration, a presumption of fraud arises, but that it is rebuttable by evidence that the transferor did not act in furtherance of an improper purpose. […] [paras. 7 and 41]
>
> [Emphasis in original]

[121] The motion judge turned her mind to these criteria and, in my opinion, her conclusion the *Assignments and Preferences Act* did not apply, on the facts of this case, was correct. She was not satisfied the mother met the conditions for an order voiding the transfers on the basis of fraud. She found the conveyances were made in good faith and for valuable consideration, and not for the purpose of defeating, delaying or prejudicing the mother as a creditor. The motion judge accepted that the father's parents advanced him, by way of a loan, the funds he required to pay her interest in the former marital home, and to pay arrears in support. She accepted that, in addition to the original loan, his parents paid a line of credit of approximately $46,000, and taxes and fees of approximately $4,000. Implicit in her evidence is the mother's belief the father had, in reality, not borrowed money from his parents, and was paying for her interest in the marital home with funds that arguably may have been divided between them. This undercurrent of distrust permeated the proceedings. In the end, the motion judge accepted the evidence of H.H.'s parents, concluding the transfers were *bona fide* and were made for valuable consideration. This finding is devoid of palpable and overriding error that

might have justified appellate interference. This is clearly a case where the judge applied the correct law and made credibility and factual findings.

[122] I add here, however, the *F.S.A.* provides that an interim preservation order can withstand a final order. As noted, there was an interim order restraining the parties from divesting themselves of any of the assets in issue, pending a final decision. Both parties claimed a division of cohabitation property. Cohabitation property was listed in the mother's financial statements, and included real estate, bank accounts, RRSPs, and, generally, all assets acquired by them during cohabitation. As a result of the application judge's decision, the father was obligated to pay significant arrears in both spousal and child support. Arguably, the preservation order could have continued post-trial had it been requested. Section 119 of the *F.S.A.* reads:

In or pending an application under section 115 or section 33 of the *Support Enforcement Act*, or where an order for support has been made, the court may make such interim or final order as it considers necessary for restraining the disposition or wasting of assets that would impair or defeat the claim or order for the payment of support. [Emphasis added.]	Lorsqu'il y a demande en application de l'article 115 ou l'article 33 de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien* ou en attendant cette demande ou cette comparution, ou lorsqu'une ordonnance de soutien a été rendue, la cour peut rendre toute ordonnance provisoire ou définitive qu'elle estime nécessaire pour empêcher une aliénation ou une dissipation de biens qui compromettrait la réclamation ou l'ordonnance de soutien ou y ferait échec. [C'est moi qui souligne.]

[123] I observe as well, that s. 116(1)(n) of the *F.S.A.* grants authority to make an order securing the payment of support by a charge against property, or otherwise. This relief was not requested by the mother.

[124] There is an evolving body of jurisprudence concerning the intersection between creditors' rights and support enforcement. In *Schreyer v. Schreyer*, 2011 SCC 35, [2011] 2 S.C.R. 605, LeBel J. commented with respect to the clash between family law and creditors' rights in Canada, writing:

> This appeal concerns a perceived clash between family law and bankruptcy law. The appellant sharply challenges the outcome of the litigation in this case, which results from her separation and divorce from the respondent: she has been denied recovery of an equalization payment owed after the division of the family assets, whereas the respondent has retained ownership of the family farm after being discharged from bankruptcy, as the farm is exempt from seizure under Manitoba law. I would uphold the judgment of the Manitoba Court of Appeal, which dismissed the appellant's claim. I find no error in law and would thus dismiss the appeal. However, the result calls for some comments about the interplay of bankruptcy law and family law and about how they can be made to work together rather than at cross-purposes. [para. 1]

[125] Although the case at bar does not involve insolvency, nor bankruptcy rights *per se*, there is an overarching question at play, and that is how do, or how should, creditors' rights intersect in family litigation, particularly when support issues are at stake? In this case, approximately four years passed between the date of separation and the order which set out the payments of support which were assessed retroactively, as noted. A further four years have passed, with the uncertainties which exist concerning the payment of both child and spousal support.

D. *Time Limited Spousal Support*

[126] Once entitlement is found, a judge has the authority to make a time-limited support order when there is evidence the spouse can be fully compensated for the economic disadvantage arising from the relationship, within a specific period of time, and when the court concludes economic self-sufficiency is realistic within that time frame. In this case, the application judge agreed the mother was entitled to spousal support on the basis of both compensatory and non-compensatory factors, and he ordered spousal support to be paid for a period of 14 years. He applied the *SSAG*, and he fixed the monthly payment at the high end of the range. This order was not appealed.

[127] I conclude the motion judge correctly decided not to vary the order retroactively. The application judge's order was not appealed, thereby foreclosing a retroactive variation. In my opinion, the material change of circumstances submission is attenuated when there has been an order for time-limited spousal support. Once a trial judge determines to compensate a dependent spouse on the basis of a time-limited award, he or she is signaling this sum certain will be paid, arguably, without interest over a period of time, in satisfaction of the criteria set out in s. 115 of the *F.S.A.* In my view, the material change of circumstances argument must "fall on deaf ears", particularly when the award has not been appealed.

[128] There is a difference in the analyses as between claims for retroactive and prospective variations of child and spousal support. Cromwell J. observes this difference in *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, when he writes:

> While *D.B.S.* was concerned with child as opposed to spousal support, I agree with the Court of Appeal that similar considerations to those set out in the context of child support are also relevant to deciding the suitability of a "retroactive" award of spousal support. Specifically, these factors are the needs of the recipient, the conduct of the payor, the reason for the delay in seeking support and any hardship the retroactive award may occasion on the payor spouse. However, in spousal support cases, these factors must be considered and weighed in light of the different legal principles and objectives that underpin spousal as compared with child support. I will mention some of those differences briefly, although certainly not exhaustively.
>
> [para. 207]

[129] The father sought a retroactive reduction of his spousal support payments which would have reduced the outstanding arrears. In *Earle v. Earle*, 1999 BCSC 283, [1999] B.C.J. No. 383 (QL), Martinson J. concludes termination of arrears is in reality a form of variation, requiring the payor to establish that a long-lasting material change has occurred and there is no prospect for payment in the future. An unexpected material change in circumstances is the starting point. The court must then conduct a holistic analysis, and as stated in *P.M.B. v. M.L.B.*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323, the

recipient must be able to cling to the "faint hope" of payment, unless it is determined there is no prospect of payment at any time in the future. Earle was referred to by the Court in *P.M.B.* The Supreme Court acknowledged this principle in *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775, at para. 35. Abella and Rothstein J.J. write: "In general, a material change must have some degree of continuity, and not merely be a temporary set of circumstances (see *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, at para. 49) […]". See also *Gray v. Gray*, 2014 ONCA 659, 122 O.R. (3d) 337. Even if a court determines there is sufficient evidence to do so, a retroactive variation does not necessarily lead to the rescission of arrears, because the court may decide to suspend the enforcement of them to see if they can be paid in the future. In this case, the father provided no proof of a permanent change in his health or his financial circumstances that would have supported such an order.

[130] It is my view that to simply terminate spousal support payments based on the here and now analysis, in the absence of a finding the material change is permanent, does not meet the objectives of s. 115 of the *F.S.A.* The alternative is to order a review as was discussed in *Arsenault v. Arsenault*, 2002 NBCA 101, 254 N.B.R. (2d) 190 and *Bourque v. Bourque*, 2004 NBCA 60, 274 N.B.R. (2d) 72, to be held within a specified time frame. Once entitlement is found, and a spousal support award is made, a motion to vary is grounded in material change as set out in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, [1994] S.C.J. 94 (QL); however, in my opinion, this analysis is not helpful, nor is it applicable in those cases where the moving party seeks a retroactive reduction in his or her support payments, which would result in the rescission of arrears, as claimed by the father in this case.

[131] In my view, a court may suspend, not vary or terminate, the payments, until such time as the payor's financial circumstances improve, or child support payments are either reduced or terminated (s. 118(1) of the *F.S.A.*), thus freeing up income for spousal support. The result is fact driven. For termination to occur, the onus rests with the moving party to establish the change upon which they rely is permanent, and there would be no possibility of payment in the future. Whether it was the result of a layoff, or for

health reasons, the father provided no evidence that his inability to work was permanent. The suspension of spousal support awards is contemplated in the *SSAG*, and was discussed by this Court in *M.R. v. J.R.*, 2018 NBCA 12:

> The *SSAG* acknowledge an alternative to a straight income driven approach to retroactive orders for spousal support. In the "*Revised User's Guide*" ("RUG"), the authors recognize that in some cases, the court could postpone the enforcement of the arrears or, alternatively, set a date for a reconsideration of the arrears. The latter approach is taken when the existing child support obligation expires on a given date in relative proximity, thus permitting the court to address the arrears question. At p. 32, the authors observe that once the child support obligations diminish, then s. 15.3(3) of the *Divorce Act* (and the provincial equivalents) will resuscitate or increase the amount of the spousal support payments and lengthen the duration, so as to balance the competing interests as between child support and spousal support, in recognition of the compensatory and non-compensatory entitlement to spousal support. In my opinion, to simply terminate and/or to retroactively vary the support payments based on income alone does not meet the objectives set out in s. 15. [para. 88]

See also the Department of Justice Canada: *Spousal Support Advisory Guidelines: The Revised User's Guide* (Ottawa: April 2016).

[132] In his cross-appeal, the father submits the motion judge erred when she found he had not met the material change threshold, and that he was re-litigating matters previously determined. I agree with this submission, in part. This was a five-day hearing with significant *viva voce* evidence. The motion judge determined there was insufficient evidence to support a termination of spousal support; however, in doing so, she failed to decide the motion on its merits. Her analysis is silent concerning the question whether, or not, the father's financial and medical circumstances changed following the application judge's decision, and applying s. 118 of the *F.S.A.*, rather than simply dismissing the motion, she could have ordered a review within a specified period of time. Recall, the father filed his motion within days of the application judge's order. It is for this reason I conclude the motion judge did not err when she dismissed the father's motion to

terminate or to retroactively vary the spousal support award, and I would dismiss the father's cross-appeal on this ground. I would, however, refer the issue of whether, or not, H.H. experienced a material change in either his medical or his financial circumstances following the application judge's order to a judge of the Court of Queen's Bench as a question of mixed fact and law.

E. *Res Judicata*

[133] As stated by the Supreme Court in *Angle v. Canada (Minister of National Revenue - M.N.R.)*, [1975] 2 S.C.R. 248, 47 D.L.R. (3d) 544 (S.C.C.), the same issue cannot be re-litigated when it has been determined in earlier proceedings. The overriding policy concern is the "finality and conclusiveness of judicial decisions; and …the right of the individual to be protected from vexatious multiplication of suits and prosecutions…" (*Angle* at p. 267).

[134] In *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board*), 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125, LeBel and Abella J.J., dissenting for other reasons, write:

> The foundational importance of finality to the judicial system and the individual parties was emphatically explained by Doherty J. A. in *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), at pp. 264-65, leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. xiv:
>
> > Finality is an important feature of our justice system, both to the parties involved in any specific litigation and on an institutional level to the community at large. For the parties, it is an economic and psychological necessity. For the community, it places some limitation on the economic burden each legal dispute imposes on the system and it gives decisions produced by the system an authority which they could not hope to have if they were subject to constant reassessment and variation: J.I. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Hamlyn Lectures 1987, at pp. 23-24.
>
> [para. 90]

[135] In *Hill v. Hill*, 2016 ABCA 49, [2016] A.J. No. 180 (QL), Paperny J.A. dealt with the new evidence exception to the doctrine of *res judicata* as follows:

> The doctrine of *res judicata* has developed to maintain respect for the administration of justice. It is a cornerstone of our legal system. The system depends on finality, the guiding principle being: "*interest rei publicae ut finis sit litium*"; it is in the interest of the public that litigation come to an end. Public policy dictates that, once the right of appeal has been exhausted, judicial decisions should be conclusive. The law requires that parties to litigation put forward their entire and best case once. Parties should not be called upon a second time to answer the same claim because legal ingenuity has revealed a new or revised version of the case. [para. 27]

[136] Thus, for the father to successfully challenge the motion judge's decision on this issue, he was required to prove the evidence upon which he relied was not available at the time of the hearing, and it would have altered the result. The motion judge concluded the doctrine of *res judicata* applied. She stated:

> I believe no new facts were presented to this Court in relation to the incapacity of the father to work and facts that were presented were known or should have been known by him at the time of what I will call the first trial. At paragraph 56 of his decision the judge made the following comments:
>
> > "… I will not accept [the father's] testimony about his ability to work having been impaired by a medical problem; depression, nerves and a possible ulcer because he has provided no corroboration for this claim".
>
> [para. 77]

[137] The motion judge canvassed the medical evidence and concluded:

> […] The evidence to support his present case was available to him and known by him during the first trial. Bringing forward corroborating evidence through a motion to change would be re-litigating this matter. [para. 78]

[138] With respect, and for the reasons noted, it is my view the doctrine of *res judicata* does not apply. I have stated my reasons for concluding the "revision" of child support, as contemplated in the original order, can proceed, and I have, for different reasons, concluded why the father's motion to vary spousal support both retroactively and prospectively should fail; however, the issue of the remedy, should it be found the father experienced a material change in his financial or medical circumstances between the date of the application judge's decision and the date of the motion judge's decision is referred as noted.

F. *Cross-Appeal of E.H. and G.H.*

[139] Although they did not file a motion, the father's parents filed a joint affidavit in which they provided an explanation for the transfers of the properties. They were joined as respondents by court order effective October 2014, and they were "entitled" to file responding documents by November 28, 2014. Responding documents are governed by Rule 81 (Form 81F), in which the statutory relief requested is to be particularized, along with the supporting affidavit evidence. They were both represented by counsel for the application hearing as well as the motion hearing. The father's mother testified she and her husband advanced sums of money to their son as a loan, with the expectation of being paid. In essence, they secured a right of preference over the mother as creditors, which they were entitled to do in the absence of an order or a filed Certificate pursuant to s. 124 of the *F.S.A.* to the contrary. This was a common-law relationship; therefore, the rebuttable presumption of an equal sharing of property accumulated during the relationship, set out in the *Marital Property Act*, R.S.N.B. 2012, c. 107, does not apply.

[140] In their cross-appeal, the father's parents seek an order for costs in the court below, as well as on their cross-appeal. Although we are reluctant to interfere with cost awards, the motion judge overlooked the fact they were parties to the proceedings and they had requested costs. Her order did not address their claim. As they were successful, at the very least, they should have been awarded costs, or, if costs were not

ordered, the motion judge was required to provide reasons why not. The decision is silent either way. I would order costs to the father's parents in the amount of $750, in the court below, and I would order costs in the amount of $2,000 on their cross-appeal, to be paid by the mother.

G. *Correction to Original Order*

[141] In passing, I observe the original order dated September 3, 2014, was flawed. The paragraph with respect to the payment of spousal support reads:

> The Court finds that for the purposes of calculation of spousal support the Respondent's income is found to be reflective of his past income and determined to be $138,500.00 annually and the Applicant is found to be able to earn $19,240.00 and therefore the Respondent shall pay the Applicant $2,719.00 commencing September 1, 2012 for a period of 14 years or until further order of the Court.
>
> [para. 11]

[142] The order does not specify the frequency of the payments. Clearly this was an oversight, which was not corrected through the slip rule (see Rule 60.03(5) (a)).

[143] The application judge ordered a payment of $2,719 commencing September 1, 2012, with no terms. An ambiguously worded order creates problems with enforcement. The error was noted in the father's brief; however, it was not corrected by the motion judge. I would refer this portion of the order as well.

VI. Disposition

[144] I would dismiss the mother's appeal. I would allow the father's cross-appeal in part. I would refer the issue of retroactive child support commencing January 1, 2015, to the Court of Queen's Bench. I would refer the material change analysis with respect to any variation to the spousal support order from the date of the application

judge's decision as noted. I would allow the father's parents' cross-appeal with respect to costs. I would refer paragraph 11 of the application judge's order for correction.

[145] I would award costs to the father in the amount of $2,500 to be paid by the mother. I would award costs to the father's parents in the amount of $2,750 to be paid by the mother. Like my colleagues, I would invoke s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, and order the release of this decision in the English language with the French version to follow in due course.

Version française du jugement des juges French et Green, rendu par

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

[1] Le présent appel est malheureusement le fruit d'une querelle prolongée faisant suite à la séparation des parents de deux enfants en 2012. Le père et la mère cohabitaient depuis 1997. Leur séparation a donné lieu à une requête initiale à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, qui a abouti entre autres à une ordonnance en juin 2014 enjoignant au père de payer une pension alimentaire au profit des enfants et de l'épouse. Moins d'un mois plus tard, le père a transféré à ses parents sa maison et son camp. La mère a présenté une demande pour que le transfert soit déclaré nul et annulé, soutenant que le transfert avait été effectué dans l'intention de la frustrer dans sa demande comme créancière, comme le prévoit la *Loi sur les cessions et préférences*, L.R.N.-B. 2011, ch. 115. Il a été ordonné à la mère d'ajouter les parents du père comme intimés dans sa motion. Avant que cette motion soit entendue, le père a déposé une motion en modification de l'ordonnance alimentaire de juin 2014 au motif qu'il était devenu incapable de travailler depuis à cause de son trouble dépressif majeur. Avant que l'une ou l'autre motion soit entendue, la mère a déposé une autre motion, en juin 2015, qui a été fusionnée à sa première motion et par laquelle elle demandait aussi une ordonnance voulant que le père soit déclaré coupable de violation de l'ordonnance alimentaire et soit tenu de payer la moitié des 118 000 $ qu'il avait, selon elle, retirés et cachés avant la séparation.

[2] La juge saisie des motions a rejeté toutes les demandes de mesures réparatoires de la mère. En particulier, la juge a conclu qu'une contrepartie avait été donnée pour le transfert des biens et qu'il n'y avait eu aucune intention de frustrer la mère dans sa demande comme créancière. La mère interjette appel du rejet de sa demande d'annulation du transfert. Pour les motifs qui suivent, je rejetterais son appel.

[3] La juge saisie des motions a également rejeté la motion en modification du père, concluant qu'elle était irrecevable en raison du principe de la chose jugée, et elle n'a pas déterminé, sur le fond, qu'il y avait eu un changement de situation important depuis le prononcé de la dernière ordonnance, comme le prévoit le par. 118(2) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (« la *Loi* »). Par voie d'appel reconventionnel, le père appelle de cette conclusion. Je suis d'avis d'accueillir cet appel.

[4] La juge saisie des motions n'a pas répondu à la demande de dépens faite par les parents en raison du succès de leur défense contre la motion de la mère en annulation des transferts de biens, et ils soutiennent, par appel reconventionnel, que la juge a commis une erreur en n'y répondant pas. J'accueillerais leur appel reconventionnel.

II. Contexte

[5] La décision rendue le 24 juin 2014 relativement à la requête initiale est un élément important du contexte des appels. Tout d'abord, elle a donné lieu à l'ordonnance que le père demande de modifier, et la juge saisie des motions s'est appuyée sur cette ordonnance quand elle a conclu que la motion du père était irrecevable en raison du principe de la chose jugée. Deuxièmement, la décision décrit la situation des parties et relate leur conduite, y compris les actes sur lesquels la mère s'appuie pour soulever des allégations d'inconduite grave et d'outrage de la part du père. Elle expose également les conclusions de la juge au sujet de ces allégations, conclusions que la mère a répétées et sur lesquelles elle a insisté pendant l'audition des motions et en appel, comme preuves d'irrégularités de la part du père, allégations qui sont parfois exactes et parfois pas. En conséquence, et afin de mieux comprendre le contexte de ces assertions, j'estime nécessaire de présenter de façon assez détaillée les faits et l'historique des procédures.

B. *La requête et l'ordonnance du 24 juin 2014 dont la modification est demandée*

[6] Quand leur relation a commencé, la mère avait 24 ans et le père 22 ans. Leur fils est né en février 1997, et ils ont commencé à cohabiter à Sussex en décembre 1997. Leur fille est née en octobre 2001. Ils ne se sont pas mariés, et, pendant toute la durée de leur relation, les deux ont travaillé et ont tenu leurs finances séparément.

[7] Les deux parties ont travaillé pendant toute la durée de leur relation. Après avoir obtenu son diplôme d'études secondaires, la mère a travaillé au Zellers, puis au Canadian Tire. Son revenu a varié au cours des années; il a été d'environ 19 000 $ en 2012, l'année de leur séparation.

[8] Le père est électricien après avoir suivi quatre années de formation vers le début de la relation des parties. Dans sa décision du 24 juin, le juge saisi de la requête a conclu que la formation du père comme électricien, ainsi que sa capacité de manœuvrer de l'équipement lourd, [TRADUCTION] « ont généralement été lucratifs pour lui, bien qu'il y ait eu des périodes pendant lesquelles [il] a dû avoir recours à l'assurance-chômage pendant quelque temps ». À plus d'une occasion, il s'est rendu dans l'ouest du Canada pour travailler. Il a connu ses meilleures années pendant la remise à neuf de la centrale nucléaire de Point Lepreau. Le père a été licencié de ce projet en juin 2012, le mois précédant sa séparation d'avec la mère, et il a reçu des prestations d'assurance-emploi pendant l'année suivante.

[9] Après la séparation, survenue le 19 juillet 2012, les procédures judiciaires ont avancé rapidement au début. Dans sa requête, la mère a soutenu que le père avait un revenu annuel de 256 000 $ et a demandé une pension alimentaire provisoire de 1 830 $ par mois pour les deux enfants et de 1 000 $ pour elle-même. Dans sa réponse, le père a déclaré qu'il recevait des prestations d'assurance-emploi de 485 $ par semaine (ou de 25 220 $ par année); il a soutenu que son obligation alimentaire envers les enfants était de 186 $ par mois en fonction d'une garde partagée, un enfant chez chaque parent. Les deux parties ont réclamé la possession exclusive de la maison.

[10] Le 23 août 2012, la conseillère-maître chargée de la gestion des causes a ordonné que la garde principale des enfants demeure inchangée, un enfant chez chaque parent, et elle a ordonné des droits d'accès. La conseillère-maître a également ordonné qu'une audience d'une demi-journée devant un juge soit fixée avant le 1er octobre [TRADUCTION] « si possible », afin de régler les questions de la garde et de la possession exclusive provisoire du foyer matrimonial.

[11] Il convient de noter qu'il n'y a pas eu d'ordonnance provisoire concernant la pension alimentaire au profit soit des enfants, soit de l'épouse, même pas pour le petit montant que le père a reconnu dans sa réponse qu'il devrait payer au profit d'un enfant. Même si le dossier n'est pas clair à ce sujet, il en a été ainsi peut-être parce que l'affaire a été ajournée afin que la question de la garde soit tranchée par un juge. De plus, le père recevait de l'assurance-emploi à l'époque, et il était prévu qu'il retournerait au travail. Quoi qu'il en soit, la première ordonnance alimentaire provisoire concernant les enfants a été rendue à peine deux mois avant l'audition de la requête le 17 juin 2014. Aucune ordonnance alimentaire provisoire au profit de l'épouse n'a été rendue à quelque moment que ce soit.

[12] Les comparutions de la fin de l'année 2012 sont pertinentes pour ce qui est du présent appel. Le 17 octobre 2012, les parties ont comparu à une conférence préalable à l'instance devant un juge, le même qui entendrait les parties à toutes les comparutions ultérieures, jusqu'à l'audition de la requête en juin 2014 inclusivement. Lors de cette comparution, les parties en sont venues à un accord au sujet du foyer matrimonial. Leur accord, formulé dans une ordonnance par consentement datée du 25 octobre 2012, prévoyait que la maison serait évaluée et que le père paierait à la mère la moitié de la valeur d'évaluation (le 9 novembre 2012 ou avant). Ensuite, la maison serait la [TRADUCTION] « propriété exclusive [du père], à l'abri de toute revendication de [la mère] ». Cette ordonnance et le défaut du père de payer jusque après le 19 décembre 2012 tiennent une grande place dans les observations de la mère devant la juge saisie des motions et en appel.

[13] D’autres observations de la mère en appel ont porté sur les conclusions tirées par le juge à la suite de cette comparution au sujet de ses allégations selon lesquelles le père avait utilisé des fonds de façon irrégulière ou les avait cachés. Ces allégations sont examinées dans la décision du 24 juin 2014 du juge saisi de la requête lorsqu’il explique que, lors de la comparution du 17 octobre 2012, il a entendu un témoignage de vive voix non convaincant au sujet de l’utilisation de ces fonds par le père, ou du moins il a commencé à entendre ce témoignage. L’interrogatoire d’une personne, qui avait témoigné que le père l’avait payé pour des travaux de construction effectués au foyer matrimonial, n’a pas été terminé. Au cours d’une pause pendant l’interrogatoire de ce témoin, les parties ont conclu leur accord au sujet du foyer matrimonial. Après la pause, elles ont informé la Cour de leur accord, et l’interrogatoire de ce témoin n’a pas continué; la comparution et l’audience ont pris fin. Bien que l’audience ait été ajournée avant d’être menée à bonne fin, le juge saisi de la requête en avait entendu assez pour conclure que l’explication du père sur l’utilisation des fonds en question et le témoignage du témoin n’étaient pas convaincants. De fait, dans sa décision de juin 2014, le juge a rejeté l’explication du père, et cette preuve a pesé lourd dans sa conclusion voulant que la preuve du père ne soit pas crédible. Compte tenu du fait que la conseillère-maître avait ordonné la tenue d’une audience au sujet de la garde, notamment, on ne voit pas au juste comment il se fait que ce témoignage en est venu à être entendu et le dossier n’est pas utile à cet égard; on peut présumer qu’une motion orale pour outrage avait été présentée.

[14] Le 3 décembre 2012, les parties ont comparu parce que le père n’avait pas payé à la mère la somme de 68 500 $, somme reconnue comme étant due aux termes de l’ordonnance par consentement à la suite de l’évaluation du foyer matrimonial. Dans sa décision de juin 2014, le juge saisi de la requête a expliqué que le père se représentait lui-même et [TRADUCTION] « demand[ait] l’ajournement de l’audience en cours pour outrage afin qu’il puisse trouver de l’argent pour payer [la mère] ». Le juge a également expliqué : [TRADUCTION] « Il a dit à la Cour qu’il avait de la difficulté à obtenir une hypothèque sur la maison parce que la banque exigeait qu’il paie d’abord la marge de crédit. » Les parties sont revenues le 19 décembre. Lors de cette comparution, le nouvel

avocat du père a déclaré que le père ne pouvait pas emprunter de la banque jusqu'à ce que la marge de crédit soit éliminée, mais que le père pouvait emprunter 68 500 $ à ses parents pour payer la mère si une partie de la somme pouvait être consignée à la Cour. Décrivant sa réponse à cette assertion, le juge explique : [TRADUCTION] « J'ai ordonné [au père] de payer 68 500 $ à [la mère], […] sans quoi nous continuerons l'audience pour outrage qui est en suspens. [Le père] s'est arrangé pour obtenir cette somme de sa mère. » Les parents du père lui ont avancé 68 500 $, et il a payé la mère.

[15] Les allégations de mauvais usage des fonds de la part du père (examinées au départ lors de l'audience du 17 octobre) et son défaut de payer les 68 500 $ ont été invoqués par la mère dans le contexte du fondement factuel de ses demandes, non seulement dans la requête, mais aussi dans ses motions ultérieures pour outrage et pour annulation des transferts de biens, ainsi qu'en appel. De fait, comme on le verra, la conduite du père à cet égard a été un facteur qui a pesé dans la décision du juge saisi de la requête concernant certains éléments de la pension alimentaire au profit de l'épouse ainsi que dans son ordonnance de paiement des dépens sur la base des frais entre avocat et client.

[16] Après que le père a payé la somme de 68 500 $, la requête n'a pas progressé, et ce jusqu'en octobre 2013, lorsqu'il a été ordonné qu'elle soit mise au rôle pour une audience d'une journée. Cela ne veut pas dire qu'il ne s'est rien passé entre-temps. Il y a eu une brève comparution en mai 2013; à cette occasion, il a été ordonné aux deux parties de présenter des renseignements sur leur revenu. De plus, les questions de la garde et de l'accès ont fait l'objet de l'attention des parties, du moins jusqu'à ce que le père s'en aille en Saskatchewan pour travailler à l'été 2013. Il n'y a pas grand-chose au dossier, mais il est clair qu'il y a eu des conflits au sujet d'allégations de harcèlement concernant les enfants; on a également soutenu qu'on avait entravé l'exercice du droit d'accès. Il a été nécessaire de procéder à une évaluation relative à la parole des enfants et de faire appel à une aide extérieure pour encourager l'accès. Nous ne dirons rien de plus au sujet de ces différends, car ils n'ont pas été des questions en litige pendant l'audition de la requête.

[17] Également après le paiement de 68 500 $ en décembre 2012, les parents du père ont pris des mesures dans le but, selon leurs dires, d'enregistrer le prêt de 68 500 $ qu'ils lui avaient consenti. Tout d'abord, en mars 2013, ils ont été ajoutés comme copropriétaires et bénéficiaires de la police d'assurance habitation souscrite par le père auprès d'Aviva, Compagnie d'assurance. Deuxièmement, en mai ou juin, leur avocat a envoyé une lettre à l'avocat du père, accompagnée de la version préliminaire d'un billet de 68 500 $ et donnant avis que les parents [TRADUCTION] « désirent exiger une hypothèque accessoire pour garantir le paiement de leur prêt une fois que le titre du bien aura été transféré de [la mère au père]. » Le père a signé le billet en faveur de ses parents, mais un acte d'hypothèque n'a jamais été signé. Le père n'a jamais fait aucun paiement pour honorer le billet. La mère nie que la somme avancée soit un prêt; elle soutient qu'elle était le remboursement d'une partie de la somme de 118 000 $ que le père avait donnée à sa propre mère afin de la dissimuler.

[18] À l'été 2013, les prestations d'assurance-emploi du père étaient épuisées, et il est allé s'établir à Humboldt, en Saskatchewan, avec le fils des parties. Il a commencé à travailler comme électricien le 17 septembre 2013.

[19] Le 23 octobre 2013, les avocats des parties ont comparu devant le juge saisi de la requête pour une conférence préalable à l'instance. Le père était en Saskatchewan. Sur consentement, le juge a ordonné que la requête soit mise au rôle pour un procès d'une journée et que le père [TRADUCTION] « fournisse des renseignements sur le revenu relatifs à son emploi en Saskatchewan immédiatement, ou à tout le moins avant le début du procès ». La requête devait être entendue le 17 juin 2014.

[20] Le père n'ayant pas fourni les renseignements sur le revenu tiré de son nouvel emploi, la mère a demandé une autre conférence préalable à l'instance. En mars 2014, le juge saisi de la requête a ordonné aux deux parties de fournir des renseignements sur leur revenu et de présenter pendant leur prochaine comparution toute demande de communication additionnelle qui n'aura pas alors été satisfaite.

[21] Lors de la comparution suivante, le 16 avril 2014, la première ordonnance de pension alimentaire provisoire au profit de l'enfant a été rendue. L'ordonnance, qui rend compte des renseignements à jour reçus sur le revenu du père (qui était encore en Saskatchewan), indique que les parties [TRADUCTION] « ont conclu, pour l'application des *Lignes directrices*, que le revenu de [la mère] était de 16 600 $ par année et que le revenu [du père] était de 156 000 $ pour la période commençant en septembre 2013 ». Le juge a ordonné au père de payer 9 480 $ au plus tard le 30 avril 2014, plus des dépens de 1 500 $. Cette somme constituait la pension alimentaire provisoire au profit de l'enfant depuis le 1er septembre 2012, et la pension alimentaire régulière a été fixée à 1 185 $ par mois. Le père a payé 12 165 $ le 30 avril 2014.

[22] Le 31 mai 2014, le père a cessé de travailler en Saskatchewan. Le fils des parties et lui sont revenus au Nouveau-Brunswick pour l'audition de la requête.

[23] Les questions débattues pendant l'audience se sont limitées au montant de la pension alimentaire au profit de l'enfant et de l'épouse et à la demande de répartition des biens matrimoniaux faite par la mère. Les parties s'étaient entendues sur une répartition de certains biens, y compris les REER du père (comme je l'ai indiqué, la question de la maison avait été réglée 18 mois auparavant). Au sujet de la pension alimentaire au profit de l'épouse, le juge a expliqué : [TRADUCTION] « Les parties ont reconnu que [la mère] a le droit de recevoir une certaine pension alimentaire à son profit, et je suis d'accord. »

[24] Le juge a rejeté la demande d'intérêt sur le camp faite par la mère et sa demande d'intérêt sur les 118 000 $ que le père, selon ses dires, avait cachés avant la séparation. Il a conclu qu'ils avaient tenu leurs finances séparément et que la mère n'avait établi l'existence d'aucun intérêt sur les biens du père. Voici ce qu'il a dit :

> [TRADUCTION]
> Il est ironique que les parties aient confirmé avec tant de détails que leurs activités financières avaient été tenues

> séparément. D'après les arguments de l'avocat [du père] et les aveux de [la mère], il est clair qu'il n'y a aucune raison d'accorder à [la mère] une partie quelconque des biens [du père], à l'exception des REER que les parties ont convenu de partager. Dans les circonstances, j'admets que le précédent faisant autorité est celui mentionné par les deux avocats, *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10 (CanLII) […]. [par. 87]

[25] Aux fins du calcul de la pension alimentaire pour enfants, le juge a déterminé le revenu du père en s'appuyant sur ses déclarations de revenus de 2012 et de 2013 et sur sa rémunération en Saskatchewan en 2014. Il a déterminé que les revenus du père étaient les suivants :

- 121 254 $ en 2012 (revenu gagné pendant la remise à neuf de Point Lepreau et assurance-emploi);
- 56 520 $ en 2013 (assurance-emploi et revenu de 38 863 $ tiré de son emploi en Saskatchewan);
- 156 000 $ en 2014 (le même revenu qui a été admis dans l'ordonnance provisoire d'avril 2014).

[26] Après avoir déterminé la pension alimentaire payable au profit de l'enfant chaque année après la séparation, compte tenu de la garde partagée, le juge a fixé le montant à payer à 15 724 $ (moins les paiements effectués avant le 24 juin). La pension alimentaire mensuelle régulière au profit de l'enfant, compte tenu d'un revenu de 156 000 $, a été fixée à 1 185 $ à compter du 1er juillet 2014. Le juge a également ordonné que la pension alimentaire au profit de l'enfant soit recalculée annuellement, en fonction du revenu réel du père, à compter du 30 juin 2015.

[27] Pour l'application des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, le juge a déterminé que le revenu du père était de 138 500 $. En expliquant comment il en est arrivé à ce montant, il affirme ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> […] [L]e revenu [du père] fluctue entre le montant considérable qu'il gagnait quand il travaillait à Point Lepreau en 2011 et le montant réduit qu'il a gagné en 2012. Comme il correspond davantage à son revenu pour les 4 ou 5 dernières années, je prescris que le revenu [du père] pour la détermination de la pension alimentaire […] soit fixé à 138 500 $. Il s'agit de la somme de son salaire pour 2012 et de son salaire pour 2013 (pour la première de ces années, le salaire est de 121 254 $; et le salaire pour 2013 est de 156 000 $) que l'on divise ensuite par 2 puis on arrondit au plus proche multiple de 500 $. L'avocat de la requérante sera tenu de préparer une feuille de calcul générée par DivorceMate et, après l'avoir présentée à l'avocat de l'intimé pour qu'elle soit vérifiée, la déposera auprès de la Cour pour que ses données soient incluses dans l'ordonnance finale. [par. 79] [C'est moi qui souligne.]

[28] À première vue, le montant de 138 500 $ est difficile à concilier avec le calcul décrit dans la décision. Ce montant est la moyenne du revenu du père en 2012 et en 2014. Il n'est pas, comme le juge l'a dit, la moyenne du revenu en 2012 et en 2013. Son revenu pour 2012 a été de 121 254 $, et il a été de 56 520 $ pour 2013. Pour 2014, il a été établi qu'il était de 156 000 $. En conséquence, si l'intention était de faire la moyenne du revenu du père pour 2012 et 2013, son revenu pour la détermination de la pension alimentaire au profit de l'épouse serait de 88 887,31 $; si l'intention était de faire la moyenne des trois ans, le montant serait de 111 258,20 $. Aucune explication n'est donnée pour justifier la moyenne de 2012 et de 2014, qui est de 138 500 $.

[29] Pour calculer la pension alimentaire payable à l'épouse, le juge a prescrit aux parties de préparer des sommaires générés par DivorceMate conformément aux *Lignes directrices* en prenant un revenu de 138 500 $, ainsi que les données additionnelles déterminées par le juge, y compris le revenu de la mère, l'échelle et la durée. Le juge a rejeté l'assertion du père selon laquelle un revenu devrait être attribué à la mère. Le juge a déclaré qu'il agissait ainsi en raison de la conduite du père :

> [TRADUCTION]
> Je reconnais qu'une formation additionnelle pourrait

> bénéficier financièrement à cette femme de 40 ans. Elle pourrait lui permettre d'obtenir un meilleur emploi. Toutefois, étant donné la conduite de l'intimé pendant toute la durée de l'audience, je ne pénaliserai pas [la mère] pour le fait de ne pas avoir cherché un emploi mieux rémunéré. [par. 75]

[30] Également compte tenu de la conduite du père, le juge a déterminé que la pension alimentaire devrait se situer dans la partie supérieure de l'échelle des *Lignes directrices*. Voici ce qu'il a dit :

> [TRADUCTION]
> […] Ici encore, étant donné la conduite [du père] pendant toute la durée des procédures, je n'hésite aucunement à déclarer que la pension alimentaire devrait se situer dans la partie supérieure de l'échelle établie dans les *Lignes directrices*. La durée de la pension alimentaire devrait être de 14 ans. Le droit à ces aliments devrait être rétroactif au mois suivant le dépôt de l'avis de requête, soit au 1er septembre 2012. [par. 77]

[31] Comme conséquence finale de son évaluation de la conduite du père, le juge saisi de la requête a ordonné au père de payer des dépens sur la base des frais entre avocat et client :

> [TRADUCTION]
> L'avocat de [la mère] m'a demandé de lui accorder des dépens d'au moins 25 000 $. Avec égards, je n'ai aucun moyen d'évaluer de façon exacte ou équitable si un tel montant serait approprié en l'espèce. Cela dit, je suis convaincu que n'eût été le subterfuge [du père] et ses tentatives intentionnelles pour éviter que l'affaire soit réglée de façon équitable et honnête, celle-ci aurait été réglée beaucoup plus rapidement et avec beaucoup moins de dépenses et d'angoisse pour [la mère]. [par. 89]

[32] Bien qu'elle ait prescrit le paiement intégral de l'arriéré de pension alimentaire au profit de l'enfant et de l'épouse dans un délai de 30 jours, l'ordonnance du 24 juin n'a pas précisé le montant de la pension alimentaire au profit de l'épouse ni des dépens sur la base des frais entre avocat et client. Comme je l'ai indiqué, les calculs de la

pension alimentaire au profit de l'épouse prescrits par le juge n'avaient pas encore été effectués, et les dépens sur la base des frais entre avocat et client ne seraient pas évalués avant février 2015.

[33] Une ordonnance écrite, rendue le 2 septembre 2014, prévoyait le versement d'une pension alimentaire mensuelle au profit de l'épouse de 2 719 $, payable pendant 14 ans à compter du 1er septembre 2012, et fixait le montant des aliments matrimoniaux exigibles à 59 818 $ au 30 juin 2014. L'obligation mensuelle régulière de 2 719 $ se poursuivrait pendant encore 12 ans et 2 mois.

[34] Enfin, avant de conclure la question de la décision du 24 juin 2014, je vais traiter d'une ordonnance finale rendue par le juge saisi de la requête. C'est une ordonnance que la mère décrit, y compris dans son mémoire en appel, comme une conclusion du juge selon laquelle le père a intentionnellement trompé la Cour au sujet de la somme de 118 000 $ qu'il a retirée de ses comptes avant la séparation. Son assertion est inexacte pour plusieurs raisons; toutefois, il ne fait pas de doute qu'elle concorde avec l'évaluation du juge saisi de la requête au sujet des déclarations du père. Le juge a rendu l'ordonnance suivante en vertu de la règle 76.04 des *Règles de procédure*, « Mesures pour outrage » :

> [TRADUCTION]
> J'estime toutefois que les déclarations faites à la Cour par [le père] le 3 décembre 2012 dans le but d'éviter de payer [à la mère] sa part du foyer matrimonial ont bien semblé constituer une tentative de tromper intentionnellement la Cour. Pour cette raison, en vertu de la règle 76.04, j'exige que [le père] comparaisse devant moi pour expliquer sa conduite à une date, dans pas plus de 60 jours, qui sera fixée par le surveillant du service à la clientèle. [par. 88]

[35] Le juge a dit que les déclarations du père ont [TRADUCTION] « bien semblé constituer » une tentative de tromper la Cour, et il a donné au père la possibilité de s'expliquer. De plus, la raison qu'avait le juge de croire qu'on l'avait peut-être trompé n'avait rien à voir, contrairement à ce que prétend la mère, avec les 118 000 $ en litige à

l'audience. Le juge a conclu qu'on l'avait peut-être trompé parce qu'il lui semblait que le père avait eu accès à environ 30 000 $ en décembre 2012, au même moment où il avait affirmé au juge qu'il ne pouvait pas payer 68 500 $ à la mère pour la maison. Cela ressort clairement de la décision du juge. Les motifs de la préoccupation du juge sont exprimés dans les paragraphes suivants de sa décision :

> [TRADUCTION]
> Je signale en passant que le 3 décembre 2012, lorsque [le père] a témoigné qu'il était désespérément à court d'argent, il a emprunté 31 000 $ sur sa marge de crédit. En conséquence, il devait un total de 31 371,76 $ sur la marge de crédit. Grâce à ces retraits, [le père] a déposé 16 000 $ dans son compte d'épargne libre d'impôt et a utilisé 15 000 $ pour augmenter le montant de l'un de ses REER.
>
> Le même jour, le 3 décembre 2012, [le père] a comparu devant moi, en se représentant lui-même, et a demandé l'ajournement de l'audience pour outrage qui était en cours afin de pouvoir essayer de trouver de l'argent pour payer [la mère]. Il a dit à la Cour qu'il avait de la difficulté à obtenir une hypothèque sur la maison parce que la banque exigeait qu'il paie d'abord la marge de crédit […]. [par. 53 et 54]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[36] Chose importante, le motif qu'avait le juge de croire que le père avait accès à de l'argent lorsqu'il a déclaré qu'il ne pouvait pas payer la mère comme le prévoyait l'ordonnance par consentement s'est trouvé être une erreur. Le père a eu accès à l'argent de la marge de crédit en novembre ou décembre 2011, et non en décembre 2012 comme le juge l'a indiqué. Cela ressort clairement d'une autre partie de la décision, dans laquelle le juge a indiqué que, en décembre 2011, le père avait pris des avances considérables sur sa marge de crédit :

> [TRADUCTION]
> […] Le solde de la marge de crédit, dans le relevé de novembre 2011, était de 6 028,85 $, et cette somme avait été entièrement payée au 3 décembre 2011. Il y a eu deux retraits de la marge de crédit, totalisant 31 313 $, effectués les 2 et 3 décembre et inscrits sur le relevé de décembre 2011. […]

[37] De plus, la fausse impression a été expliquée plus tard par le témoignage non contredit du père, comme l'ordonnance du juge, qui lui demandait [TRADUCTION] d'« expliquer sa conduite », envisageait que cela pourrait arriver. La question est abordée dans un affidavit déposé plus tard par le père pour contester l'allégation de la mère selon laquelle [TRADUCTION] « les déclarations faites à la Cour par [le père] le 3 décembre 2012 ont constitué une tentative de tromper intentionnellement la Cour » et selon laquelle le père avait omis de comparaître devant le juge comme celui-ci le lui avait ordonné (allégations portées dans sa motion pour outrage et pour annulation du transfert de biens). Comme l'explique le père :

> [TRADUCTION]
> Je déclare que j'ai de nouveau comparu devant le juge […] après le procès et qu'il a finalement conclu que la Cour avait simplement mal interprété les déclarations du 3 décembre 2012 en les notant incorrectement pour ce qui est de la date d'un certain événement qui était le sujet des déclarations. J'ai fourni une copie de mon relevé de banque, qui a montré que la transaction en question avait eu lieu en décembre 2011 et non en décembre 2012 comme l'avait pensé la Cour.

Il n'est pas contesté que ce point a été discuté devant la juge saisie des motions.

[38] Malgré tout cela, la mère a continué de soutenir, même devant notre Cour, qu'on avait conclu que le père avait trompé la Cour le 3 décembre 2012 et que le juge saisi de la requête lui avait ordonné de répondre de son outrage.

C. *Le transfert de biens et les motions faisant l'objet de l'appel*

[39] En juillet 2014, le père a transféré sa maison et son camp à ses parents. Il n'est guère surprenant que la mère ait considéré le transfert, effectué moins d'un mois après l'ordonnance alimentaire du 24 juin 2014, comme une tentative de mettre ses actifs hors de sa portée. Elle maintient cette position. Le père affirme que le transfert ne

constituait aucunement une tentative d'éviter ses obligations envers la mère. Il affirme qu'après l'ordonnance alimentaire, il était sans emploi, et, après ses tentatives infructueuses de vendre la maison, le transfert à ses parents lui permettrait d'éteindre toutes ses dettes, et particulièrement celles à ses parents, à la Banque de Nouvelle-Écosse et à la mère. La marge de crédit auprès de la banque et la dette contractée auprès de ses parents seraient éteintes par le transfert des biens; il paierait l'arriéré considérable qu'il lui avait récemment été ordonné de payer à la mère, mais dont le montant n'était pas fixé, en liquidant sa part du REER qu'il s'était engagé à partager avec la mère.

[40] La mère a demandé, par avis de motion *ex parte*, à la fois l'annulation des transferts et la délivrance de certificats d'affaire en instance. Le juge saisi de la requête a prescrit à la mère de signifier l'avis au père et à ses parents. Le 27 octobre 2014, le juge a ordonné que les parents soient ajoutés comme intimés dans la motion et a déclaré : [TRADUCTION] « Chacun des intimés *a le droit* de déposer des documents en réponse au plus tard le 28 novembre 2014. » Je reproduis ces propos parce que la mère a prétendu à maintes occasions qu'il avait été « *ordonné* » aux parents de déposer des documents en réponse et qu'ils ont omis de le faire. Les parents du père ont déposé un affidavit fait conjointement sous serment le 20 novembre 2014, qui décrit la contrepartie du transfert, à savoir le règlement du prêt de 68 500 $ qu'ils avaient consenti au père en décembre 2012, les réparations d'environ 67 500 $ qu'ils avaient faites à sa maison (et, dans une bien moindre mesure, au camp) et la somme d'environ 50 000 $ qu'ils avaient payée à la banque (pour rembourser la marge de crédit) ainsi que pour l'impôt foncier, entre autres choses. Ils ont également sollicité les dépens.

[41] Le père a déposé une motion en modification le 23 octobre 2014 pour demander la modification de la pension alimentaire au profit de l'enfant et de l'épouse, soutenant qu'il était incapable de travailler par suite d'un trouble dépressif majeur. La position de la mère était, et continue d'être, que la situation du père n'a pas changé depuis le procès de juin 2014.

[42] La mère a déposé un autre avis de motion, daté du 16 juillet 2015, réclamant : (i) une déclaration d'outrage par suite du défaut du père de payer la pension alimentaire et les dépens sur la base des frais entre avocat et client (évalués en février 2015); (ii) une ordonnance déclarant la nullité du transfert des biens; et (iii) une ordonnance portant que les 118 000 $ [TRADUCTION] « transférés hors d'un compte conjoint par [le père] avant la séparation […] soient réputés être un bien familial » et qu'il soit ordonné au père de payer à la mère [TRADUCTION] « 59 000 $ en règlement de cette dette ».

D. *La décision de la juge saisie des motions*

[43] L'audition des motions a duré cinq jours (les 10 et 11 février et les 13, 14 et 15 juillet 2016). Comme question préliminaire, la mère a soutenu que la question de l'outrage de la part du père devrait être discutée en premier, affirmant que sa motion ne devrait pas être entendue pendant qu'il est coupable d'outrage relativement à une ou des ordonnances judiciaires en vigueur. Subsidiairement, également comme question préliminaire, elle a soutenu que la motion du père ne devrait pas être entendue parce que, selon elle, le principe de la chose jugée y faisait obstacle puisqu'elle visait à débattre de nouveau des questions déjà tranchées par le juge saisi de la requête.

[44] La juge a rejeté toutes les demandes de mesures réparatoires présentées dans la motion de la mère. Relativement à sa demande de déclaration d'outrage fondée sur le défaut du père de payer la pension alimentaire au profit de l'enfant et de l'épouse devenue exigible le 24 juin 2014 (15 272 $ et 59 818 $), la juge a conclu que ces sommes avaient été payées pour l'essentiel en octobre 2014. Le père avait payé 12 165 $ le 30 avril 2014 à la suite de l'ordonnance provisoire rendue le 16 avril 2014 (il avait également payé 440 $ le 1er août 2014 et 440 $ le 29 août 2014, et, le 23 septembre 2014, une somme de 1 073,17 $ avait été retenue à la source de son assurance-emploi). De plus, il avait payé 60 000 $ au titre de la pension alimentaire au profit de l'épouse en octobre 2014. Relativement au défaut du père de s'acquitter de ses obligations alimentaires courantes, la juge a signalé qu'il ne travaillait plus depuis le 31 mai 2014 (il

recevait de l'assurance-emploi) et que, en octobre 2014, il avait fait une demande de prestations d'invalidité du RPC. Elle a conclu qu'en déposant sa motion en modification en octobre 2014, le père avait démontré qu'il voulait régler la question de son obligation alimentaire courante. Relativement à la demande de déclaration d'outrage pour défaut de payer des dépens sur la base des frais entre avocat et client d'environ 25 000 $, la juge a indiqué qu'ils n'avaient pas été calculés avant février 2015, plusieurs mois après qu'il a déposé sa motion en modification parce qu'il était incapable de travailler. Enfin, en rejetant la motion pour outrage et la demande d'incarcération du père, la juge a indiqué qu'il n'y avait aucune preuve que les recours prévus dans la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien*, L.N.-B. 2005, ch. S-15.5, avaient été épuisés. Comme je l'ai indiqué, il n'y a pas eu appel du rejet de la motion pour outrage.

[45] En rejetant la motion de la mère dans laquelle elle sollicitait une ordonnance d'annulation du transfert de biens, la juge a conclu qu'une contrepartie avait été donnée pour le transfert et qu'il n'y avait pas eu d'intention de frustrer ou d'éviter les créanciers. C'est de cette décision que la mère interjette appel.

[46] Enfin, la juge saisie des motions a rejeté la demande de la mère visant le partage des 118 000 $ retirés par le père avant la séparation, puisque sa demande visant ces fonds avait déjà été rejetée par le juge saisi de la requête. Pendant l'audition de la motion, la mère a reconnu que le juge saisi de la requête avait rejeté sa demande. Comme l'explique la juge saisie des motions, la mère a témoigné que [TRADUCTION] « elle n'avait pas droit à cet argent et elle ne savait pas au juste […] pourquoi et à quel titre elle faisait de nouveau cette demande ». Quelques observations sont de mise. Tout d'abord, les fonds n'ont pas été transférés à partir d'un compte conjoint comme le prétend la mère dans sa motion. Deuxièmement, elle a plaidé la demande jusqu'à ce qu'elle reconnaisse savoir qu'elle avait déjà été rejetée par le juge saisi de la requête.

[47] La juge saisie des motions n'a pas examiné la motion en modification du père et n'en a pas déterminé le bien-fondé; elle l'a rejetée, concluant que les questions soulevées étaient chose jugée puisqu'il avait déjà affirmé, ou aurait pu affirmer, à

l'audience du 17 juin 2014, qu'il était incapable de travailler par suite de son trouble dépressif majeur. Un facteur essentiel de cette conclusion de la juge est qu'il était alors possible au père de présenter la preuve de sa dépression.

[48] La juge saisie des motions a décidé que la mère et le père devraient assumer leurs propres frais; toutefois, elle n'a rien dit de la demande de dépens des parents du père.

III. Moyens d'appel

[49] Dans son appel, la mère soutient que la juge saisie des motions a commis de nombreuses erreurs de fait et de droit. En résumé, elle soutient que la juge saisie des motions n'a pas examiné si les transferts de biens avaient été faits de bonne foi, affirmant qu'il s'agissait de transferts entre parties ayant un lien de dépendance et que la contrepartie était nulle ou insuffisante. En particulier, elle soutient qu'il n'y avait pas de preuve (ou du moins qu'il y avait des contradictions dans la preuve) indiquant que les parents ont dépensé leur propre argent pour des réparations ou des rénovations aux biens transférés et que, de plus, la juge a commis une erreur en concluant qu'ils avaient dépensé environ 67 500 $ pour ce faire. Elle soutient que la juge a commis une erreur en ne concluant pas que le père faisait intentionnellement obstacle à l'exécution du jugement rendu contre lui.

[50] Dans son appel reconventionnel, le père soutient que la juge saisie des motions a commis une erreur dans son application du principe de la chose jugée et qu'elle a omis d'examiner s'il y avait eu changement de situation important.

[51] Les parents, dans leur appel reconventionnel, soutiennent que la juge a commis une erreur en ne tranchant pas leur demande de dépens, même si elle avait entièrement rejeté la demande de la mère contre eux.

IV. Analyse

A. *L'appel de la mère – La Loi sur les cessions et préférences*

[52] Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi la mère a formé l'opinion, du moins au début, que le père avait transféré sa maison et son camp à ses parents dans l'intention de frustrer sa demande en tant que créancière. Selon son point de vue, le chemin qui avait abouti à l'ordonnance alimentaire de juin 2014 avait été long et embrouillé par l'impression que le père avait caché des fonds et, avec l'aide de sa famille, avait cherché à éviter de lui payer quoi que ce soit. L'allégation de la mère en appel résume son opinion : le père continue d'éviter ses obligations alimentaires avec la complicité de sa famille; le transfert n'est que la plus récente manifestation de cette conduite. Le moment où le transfert a eu lieu, moins d'un mois après l'ordonnance lui enjoignant de payer une pension alimentaire considérable au profit de l'épouse et de l'enfant, donnait à la mère des motifs de soupçon.

[53] Toutefois, après avoir entendu la preuve et avoir statué sur les allégations de fait contestées au sujet des circonstances du transfert, la juge saisie des motions n'a pas été persuadée que le transfert avait été effectué dans l'intention de frustrer, de tenir en suspens ou de léser la mère en tant que créancière. Pour avoir gain de cause devant la juge saisie des motions, la mère était tenue d'établir que le transfert des biens 1) avait été effectué à un moment où le père se trouvait en état d'insolvabilité (ou était dans l'impossibilité de payer intégralement ses dettes ou se savait sur le point d'être insolvable) et 2) avait été effectué avec l'intention de frustrer, de tenir en suspens ou de léser ses créanciers (par. 2(1)) ou de procurer à un créancier une préférence non justifiée sur les autres créanciers (par. 2(2)). Les dispositions sont les suivantes :

Unjust preferences	**Préférences injustifiées**
2(1) Subject to the provisions of section 3, every gift, conveyance, assignment or transfer, delivery over or payment of goods, chattels or effects, or of bills, bonds, notes	**2**(1) Sous réserve des dispositions de l'article 3, les donations, transferts, cessions, remises ou paiements, soit d'objets ou de biens personnels, soit de

or securities, or of shares, dividends, premiums or bonus in any bank, company or corporation, or of any other property, real or personal, made by a person at a time when that person is in insolvent circumstances, or is unable to pay that person's debts in full, or knows that that person is on the eve of insolvency, **with intent to defeat, delay or prejudice that person's creditors**, or any one or more of them, is void, as against a creditor injured, delayed or prejudiced.	lettres, d'obligations, de billets ou de valeurs, soit d'actions, de dividendes, de primes ou de bonis d'une banque, d'une compagnie ou d'une personne morale, soit de tous autres biens réels ou personnels qu'effectue une personne qui se trouve en état d'insolvabilité ou dans l'impossibilité de payer intégralement ses dettes ou qui se sait sur le point d'être insolvable, **avec l'intention de frustrer, de tenir en suspens ou de léser ses créanciers** ou l'un quelconque ou plusieurs d'entre eux sont inopposables aux créanciers frustrés, tenus en suspens ou lésés.
2(2) Subject to the provisions of section 3, every gift, conveyance, assignment or transfer, delivery over or payment of goods, chattels or effects, or of bills, bonds, notes or securities, or of shares, dividends, premiums or bonus in any bank, company or corporation, or of any other property, real or personal, made by a person at a time when that person is in insolvent circumstances, or is unable to pay that person's debts in full, or knows that that person is on the eve of insolvency, to or for a creditor **with intent to give that creditor an unjust preference over the other creditors**, or over any of them, is void, as against a creditor injured, delayed, prejudiced or postponed. [Emphasis added.]	**2**(2) Sous réserve des dispositions de l'article 3, les donations, transferts, cessions, remises ou paiements, soit d'objets ou de biens personnels, soit de lettres, d'obligations, de billets ou de valeurs, soit d'actions, de dividendes, de primes ou de bonis d'une banque, d'une compagnie ou d'une personne morale, soit de tous autres biens réels ou personnels, effectués à un créancier ou à son profit par une personne qui se trouve en état d'insolvabilité ou dans l'impossibilité de payer intégralement ses dettes ou qui se sait sur le point d'être insolvable **avec l'intention de lui procurer une préférence non justifiée sur les autres créanciers** ou sur l'un quelconque d'entre eux, sont inopposables aux créanciers frustrés, tenus en suspens, lésés ou rétrogradés. [Les caractères gras sont de moi.]

[54] Dans sa motion, la mère soutient que le transfert viole la *Loi sur les cessions et préférences*, sans indiquer si elle invoque le par. 2(1), le par. 2(2) ou les deux. Toutefois, comme elle l'a soutenu en appel, les deux dispositions pourraient s'appliquer, étant donné que la juge saisie des motions a conclu que les 68 500 $ avancés par les parents au père étaient un prêt et qu'ils étaient donc des créanciers. Cela dit, la mère a constamment contesté l'assertion selon laquelle le père avait une dette envers ses parents,

et l'essentiel de ses observations devant la juge saisie des motions se rapportait au par. 2(1), un transfert visant à la frustrer ou à la léser dans sa demande comme créancière. La décision de la juge explique les motifs de son rejet de la demande de la mère en reprenant surtout les termes employés dans ce paragraphe, mais, à mon avis, il est clair que ses conclusions et ses décisions sont fondées sur ces deux paragraphes.

[55] Les allégations d'erreur de la mère se rapportent en grande partie à l'évaluation de la preuve faite par la juge saisie des motions. En dépit des affirmations contraires de la mère, la juge saisie des motions était bien consciente des circonstances que la mère persiste à décrire comme suspectes et comme constituant des signes distinctifs de fraude irréfutables. La juge a reconnu la relation évidente entre le père et ses parents et le moment suspect où le transfert a eu lieu. Chose importante, elle s'est attaquée directement aux assertions de la mère selon lesquelles les 68 500 $ avancés au père n'étaient pas un prêt et ses parents n'avaient pas [TRADUCTION] « prouvé » qu'ils avaient entrepris des travaux de rénovation dans sa maison; elle a aussi répondu à l'assertion de la mère voulant qu'aucune contrepartie n'ait été donnée pour le transfert ou que la contrepartie donnée ait été insuffisante.

[56] La juge saisie des motions a considéré comme un fait établi que le père avait une dette envers ses parents du fait des 68 500 $ qu'ils lui avaient donnés pour payer à la mère son intérêt sur le foyer matrimonial. Elle n'a pas accepté l'assertion de la mère selon laquelle les parents du père, en lui avançant 68 500 $, lui rendaient simplement son propre argent, qu'il avait caché avec leur complicité aux dires de la mère. Le témoignage de vive voix de la mère du père, que la juge a trouvé crédible, a joué un rôle important dans la conclusion de la juge saisie des motions voulant que les parents aient prêté 68 500 $ au père. Son témoignage concordait avec la preuve documentaire indiquant les transferts de fonds. Quelques mois après que les parents ont avancé les 68 500 $, ils ont été ajoutés comme copropriétaires et bénéficiaires de la police d'assurance habitation du père, et, en juin 2013, leur conseiller juridique a pris des mesures pour consigner le prêt par écrit. La lettre au conseiller juridique du père, y compris la version préliminaire du billet, exprimait l'intention de garantir le billet au

moyen d'une hypothèque accessoire. La mère était bien fondée à insister sur le fait que cela ne s'est produit que près de six mois après l'avance des fonds, et aussi sur le fait que le père n'avait fait aucun paiement sur le billet. Toutefois, toute cette preuve avait été présentée à la juge saisie des motions. Le fait est que les circonstances de l'avance de 68 500 $ étaient dans une large mesure au centre de la preuve et des plaidoiries présentées lors de l'audition de la motion, plus que lors de l'audition de la requête, pendant laquelle la mère du père n'avait pas témoigné. C'est très simple : le dossier de la preuve permettait à la juge saisie des motions de conclure que la somme de 68 500 $ était un prêt. Il n'y a aucune erreur manifeste dans l'analyse de la juge.

[57] La juge n'a pas accepté l'assertion de la mère selon laquelle la preuve présentée était insuffisante pour prouver que les parents avaient effectué les réparations aux biens qu'ils affirmaient avoir faites ou que le montant des réparations était celui qu'ils affirmaient. L'évaluation de la preuve faite par la juge l'a amenée à une conclusion différente, et la mère ne signale pas d'erreur manifeste dans cette évaluation. La juge a conclu qu'il y avait eu un projet de rénovation de la maison du père en vue de sa vente et que ses parents, à leurs propres frais, y avaient entrepris des rénovations considérables, surtout lorsque le père vivait et travaillait en Saskatchewan. La juge saisie des motions a accepté la preuve non contredite de la mère du père à ce sujet, y compris sur le fait que des dépenses d'environ 67 500 $ avaient été effectuées. La mère soutient que la juge a commis une erreur en concluant que le témoignage de la mère du père était crédible à ce sujet. Cette assertion est dénuée de fondement. Il n'y avait absolument rien pour contredire cette preuve, soit quant à l'ampleur des rénovations effectuées, soit quant à leur coût. En fait, la mère a franchement reconnu qu'elle ne savait tout simplement pas quels travaux avaient été effectués et qu'elle ne pouvait offrir aucune preuve indiquant que les travaux décrits n'avaient pas été effectués. Et les [TRADUCTION] « incohérences » présumées concernant le moment où les travaux ont été effectués n'empêchent pas non plus la juge d'accepter cette preuve sans une analyse exhaustive et une justification de chaque élément de preuve. Eu égard à la totalité de cette preuve, il n'était pas nécessaire que la juge discute chaque imperfection mineure avant d'admettre qu'elle était crédible. La mère n'a pas établi que la juge a commis une erreur en

concluant que les parents avaient effectué d'importantes réparations aux biens, d'une valeur d'environ 67 500 $.

[58] Enfin, bien que la mère soutienne que les parents n'ont pas payé la marge de crédit du père à la banque le jour même où le transfert a eu lieu, il n'est pas contesté que ses parents ont payé cette somme et d'autres montants quelques jours après le transfert. Il n'était pas irréaliste pour la juge de conclure que les parents du père ont payé, dans le cadre du transfert de biens, la marge de crédit d'environ 46 000 $ (qui était garantie par la maison) ainsi que l'impôt foncier impayé et les frais de transaction d'environ 4 000 $. Sa conclusion selon laquelle le paiement d'environ 50 000 $ faisait partie de la contrepartie donnée pour le transfert des biens est incontestable.

[59] À partir de ces conclusions sur les questions de fait contestées, la juge saisie des motions a conclu qu'une contrepartie avait été donnée pour le transfert, qui incluait le règlement et le remboursement du prêt de 68 500 $, le recouvrement des sommes dépensées pour réparer les biens (environ 67 500 $) et une nouvelle avance d'environ 50 000 $ au moment du transfert. En pratique, la contrepartie reconnue par la juge dépassait 180 000 $. Après l'acquisition, la maison a été louée par les parents, puis vendue au printemps 2016 au tiers locataire. Cela s'est produit pendant que les motions étaient en voie d'être entendues. Sur le produit de la vente, soit 150 000 $, un montant net de 140 000 $ a été consigné à la Cour, où il se trouve encore aujourd'hui. Les parents continuent d'être propriétaires du camp. Bien que le père ait séjourné au camp à l'occasion, la preuve n'appuie pas l'assertion de la mère voulant que, malgré le transfert du titre, le camp continue d'être traité comme si le père en était toujours le propriétaire.

[60] Après avoir examiné toutes les circonstances, y compris sa conclusion voulant qu'une contrepartie ait été donnée pour le transfert, la juge saisie des motions a rejeté la prétention de la mère selon laquelle le transfert violait la *Loi sur les cessions et préférences*; elle a conclu qu'il n'y avait pas intention d'éviter des créanciers ou de donner une préférence à certains créanciers. Les circonstances plus larges incluent le fait que le père avait essayé de vendre la maison auparavant, mais sans succès, et que le

transfert à ses parents faisait partie d'un plan selon lequel il réglerait à la fois sa dette à la banque et celle à ses parents et il paierait par un versement unique la pension alimentaire payable à la mère au moyen de ses REER. La juge a déclaré :

> [TRADUCTION]
> La Cour conclut qu'il y a eu contrepartie pour les éléments d'actif et qu'il n'existe aucune preuve d'intention de frustrer les créanciers. La Cour ne conclut pas que le transfert du camp et de la maison (laquelle a été vendue plus tard à un tiers) du père à ses parents visait à éviter le paiement des aliments au profit de son enfant et de son épouse. [par. 71]

[61] La mère soutient en appel que la conclusion de la juge selon laquelle il y a eu contrepartie est incompatible avec les dispositions du par. 3(1) de la *Loi*. Elle soutient que la contrepartie doit être un « paiement actuel, effectif […] d'une somme » qui correspond raisonnablement à la valeur du bien. La plaidoirie de la mère nous demande de traiter le par. 3(1) comme définissant la contrepartie pour l'application de la *Loi*. Tel n'est pas l'objet ni l'intention du par. 3(1). Cette disposition « protège » certaines transactions en les soustrayant expressément à l'application de l'art. 2, dont l'une des exigences est le « paiement actuel, effectif […] d'une somme » en contrepartie. L'autre exigence est que le paiement soit effectué de bonne foi. La mère soutient que si les exigences du par. 3(1) ne sont pas satisfaites, en réalité, il n'y a pas de contrepartie. Je ne suis pas de cet avis. Le paragraphe 3(1) est libellé comme suit :

Assignments and payments protected	**Protection des cessions et des paiements**
3(1) **Nothing in section 2 applies** to any assignment made under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (Canada), nor to any sale or payment made in good faith in the ordinary course of trade or calling to innocent purchasers or parties, nor to any payment of money to a creditor, **nor to any genuine gift, conveyance, assignment, transfer**, or delivery over of any goods, securities or property of any kind as above mentioned, **that is made in consideration of any present actual**	**3**(1) **Les dispositions de l'article 2 ne s'appliquent** ni à une cession faite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Canada), ni aux ventes ou paiements faits de bonne foi, dans le cadre normal de l'exploitation d'une entreprise ou de l'exercice d'une activité, à des personnes ou parties de bonne foi, **ni au paiement d'une somme à un créancier, ni aux donations, transferts**, cessions ou remises d'objets, valeurs ou biens du genre susmentionné, **qui sont effectués en**

payment in money made in good faith, or by way of security for any present actual advance of money made in good faith, or in consideration of any present actual sale and delivery of goods or other property made in good faith, **if the money paid, or the goods or other property sold or delivered, bears a fair and reasonable relative value to the consideration for it**.

[Emphasis added.]

contrepartie du paiement actuel, effectif et de bonne foi d'une somme ou en garantie du versement actuel, effectif et de bonne foi d'un acompte ou en contrepartie de la vente et de la livraison actuelles, effectives et de bonne foi d'objets ou autres biens, **s'il existait un rapport juste et raisonnable entre la somme payée, les objets ou les autres biens vendus ou livrés et la contrepartie**.

[Les caractères gras sont de moi.]

[62] Essentiellement, la mère soutient que l'art. 3 n'est pas respecté en l'espèce parce qu'il y a seulement un « paiement actuel, effectif » d'environ 50 000 $ qui n'a aucun « rapport juste et raisonnable » avec les biens transférés. Elle soutient que le règlement du prêt de 68 500 $ et le recouvrement des 67 500 $ dépensés pour les rénovations ne sont pas un « paiement actuel, effectif […] d'une somme » et ne constituent pas une contrepartie.

[63] Toutefois, ces arguments n'ont aucune conséquence, puisque la juge saisie des motions n'a pas conclu que le transfert aux parents était une transaction protégée au titre du par. 3(1) et donc soustraite à l'application de l'art. 2. La charge d'établir que la transaction était protégée par le par. 3(1) incombe au père et à ses parents. La juge n'a pas décidé que l'art. 2 était rendu inopérant du fait de l'application du par. 3(1) et qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner la demande de la mère d'annuler le transfert en vertu de l'art. 2. La juge a entrepris une analyse en application de l'art. 2 et a rejeté la demande de la mère parce que les conditions de l'art. 2 n'étaient pas remplies.

[64] De façon plus large, la mère soutient que la juge saisie des motions a commis une erreur dans son évaluation des circonstances en ne se demandant pas si les transferts de biens avaient été effectués de bonne foi. Elle soutient que la juge a omis d'effectuer une évaluation entière et correcte des signes distinctifs de fraude, notamment le fait que le transfert a été effectué entre des parties ayant un lien de dépendance et pour une contrepartie nulle ou insuffisante, en hâte et en secret, à la suite d'une ordonnance qui imposait au père une lourde obligation à laquelle il ne pouvait pas satisfaire.

[65] Toutes ces assertions sont dénuées de fondement. La juge a statué sur les questions de fait contestées : elle a tranché les désaccords concernant le prêt de 68 500 $, les travaux de rénovation effectués par les parents et le moment où la marge de crédit a été payée. Cela fait, elle a évalué l'ensemble des circonstances, y compris le fait qu'une contrepartie a été donnée pour le transfert, et elle a déterminé que la mère n'avait pas prouvé que les critères énoncés aux par. 2(1) et 2(2) s'appliquaient. Elle n'a pas été convaincue qu'il y avait eu intention de tenir en suspens certains créanciers ou de donner de préférence à des créanciers. Ce n'est pas un cas où une présomption prendrait naissance par application du par. 2(3). Cette disposition crée la présomption qu'une opération a été faite dans l'intention de procurer une préférence s'il est établi que l'opération a eu l'effet de procurer une préférence. Toutefois, cette présomption s'applique seulement si une procédure est intentée dans les 60 jours qui suivent le transfert contesté. Rien n'indique que cette disposition s'applique dans les circonstances. Franchement, même si elle s'appliquait, le résultat pratique des conclusions de fait de la juge et de sa conclusion qu'il n'y avait pas d'intention de donner une préférence à certains créanciers réfuterait toute présomption du genre.

[66] Les observations de la mère invitent la Cour à apprécier de nouveau la preuve sans indiquer une erreur manifeste (et sans indiquer non plus qu'une telle erreur serait dominante). La juge saisie des motions était consciente de toutes les circonstances importantes signalées par la mère. Elle a renvoyé expressément aux précédents invoqués par la mère et les a déclarés inapplicables au motif que, dans ces décisions, il y avait eu transfert à un membre de la parenté sans contrepartie valable (voir *Monteith et autres c. Hayden et autres* (1987), 81 R.N.-B. (2e) 273, [1987] A.N.-B. no 815 (C.A.) (QL), et *Wuhr-Howe c. Wuhr*, 2000 CanLII 9467 (C.B.R.N.-B.)). De fait, même dans le mémoire de la mère en appel, les nombreux précédents additionnels invoqués ont pareillement trait à des opérations dont les circonstances étaient tout à fait différentes de celles de l'espèce et où la contrepartie était absente ou de peu de valeur (voir *Bank of Montreal c. Vandine et al.*, 1952 CanLII 262 (C.A.N.-B.), *Turfquip Inc. c. 033478 N.B. Ltd. et al.* (1997), 193 R.N.-B. (2e) 165, [1997] A.N.-B. no 414 (QL), confirmé à (1998), 198 R.N.-B. (2e)

90, [1998] A.N.-B. n^{o} 98 (C.A.) (QL), *Boudreau c. Marler*, [2004] O.J. No. 1543 (C.A. Ont.) (QL), *Pilot Insurance Co. c. Foulidis*, [2005] O.J. No. 2799 (C.A. Ont.) (QL), *Mutual Trust Co. c. Stornelli*, [1995] O.J. No. 4554 (C.J. Ont.) (QL), et *Re Scantlebury*, [1996] P.E.I.J. No. 108 (C.A.) (QL)). Ce n'est pas dire que l'existence d'une contrepartie est décisive pour savoir s'il y a intention de frustrer certains créanciers ou de donner une préférence à des créanciers; toutefois, l'absence de contrepartie est souvent un facteur convaincant pour démontrer une telle intention.

[67] À mon avis, l'appel de la mère est sans fondement. La juge saisie des motions a établi les faits, tirant en cours de route des conclusions inattaquables concernant la crédibilité, et, après avoir soupesé toutes les circonstances, elle a conclu que le transfert des biens n'avait pas été effectué dans l'intention de frustrer les créanciers ou de donner une préférence à des créanciers. Ce que cela pourrait sembler à un observateur peu averti après un examen superficiel des circonstances n'a aucune pertinence pour ce qui est des questions en litige en appel.

B. *L'appel reconventionnel du père – Le principe de la chose jugée et la motion en modification de la pension alimentaire au profit de l'enfant et de l'épouse*

[68] Le père soutient que son incapacité de travailler après l'ordonnance de juin 2014, imputable à un trouble dépressif majeur, constitue un changement de situation et que la juge a commis une erreur en rejetant sa motion en modification en raison du principe de la chose jugée. Je conviens que cette décision constitue une erreur et que sa motion aurait dû être jugée quant au fond. L'application des principes généraux relatifs à la chose jugée doit céder le pas au pouvoir d'origine législative de modifier les ordonnances de soutien. De façon générale, le pouvoir d'origine législative de modifier une ordonnance de soutien antérieure est subordonné à la condition préalable qu'il y ait eu changement de situation. En l'espèce, l'analyse relative à la chose jugée a été entreprise comme si l'ordonnance de soutien dont la modification était demandée était une ordonnance finale à toutes fins et n'a pas tenu compte du caractère unique des ordonnances de soutien.

[69] Dans sa réponse à la motion en modification, la mère a soutenu que le père demandait à débattre de nouveau des questions qui avaient déjà été tranchées par le juge saisi de la requête. Elle a soutenu que le juge saisi de la requête avait rejeté le témoignage oral du père selon lequel sa dépression avait compromis sa capacité de travailler et que la question avait donc été réglée. Elle a également soutenu que lorsque le père a comparu devant le juge saisi de la requête, il aurait pu présenter une preuve corroborante de sa dépression, mais a omis de le faire et qu'une grande partie de la preuve médicale qu'il demandait maintenant à invoquer était à sa disposition lorsque la requête a été entendue. Devant la juge saisie des motions, la mère a invoqué la décision *Nelson c. Nelson*, 2013 NBBR 359, 410 R.N.-B. (2e) 388, à l'appui de son assertion voulant que la motion du père soit précluse parce qu'il s'agit d'une chose jugée. Dans l'affaire *Nelson*, le juge Walsh a examiné les principes relatifs à la chose jugée à l'occasion d'une demande visant des REER. Citant l'ouvrage de Sopinka intitulé *The Law of Evidence in Canada*, le juge Walsh a expliqué le principe selon lequel l'action ou la question [TRADUCTION] « qui a fait l'objet d'un litige et d'une décision ne peut être jugée à nouveau […] [U]ne nouvelle action pouvait être permise seulement si quelque fait nouveau avait totalement changé l'aspect du litige et si ce fait n'était pas connu auparavant et n'aurait pas pu être connu moyennant une diligence raisonnable ».

[70] La juge saisie des motions a accepté la position de la mère, concluant que le [TRADUCTION] « témoignage du père veut qu'il souffre maintenant d'un trouble dépressif majeur et ne puisse pas travailler » et que [TRADUCTION] « [p]our que la Cour tire cette conclusion, elle doit fonder sa décision sur une nouvelle preuve qui n'était pas accessible au procès ». La juge a expliqué :

> [TRADUCTION]
> Je crois qu'aucun fait nouveau n'a été présenté à notre Cour relativement à l'incapacité de travailler du père et que les faits qui ont été présentés étaient connus ou auraient dû être connus de lui au moment de ce que j'appellerai le premier procès. Au paragraphe 56 de sa décision, le juge a fait les observations suivantes :

> [TRADUCTION]
> [J]e n'admettrai pas le témoignage [du père] indiquant que sa capacité de travailler a été compromise par un problème médical, la dépression, la nervosité et un ulcère possible, car il n'a présenté aucune corroboration de cette assertion.
>
> Le témoignage du père veut qu'il souffre maintenant d'un trouble dépressif majeur et ne puisse pas travailler. Pour que la Cour tire cette conclusion, elle doit fonder sa décision sur une nouvelle preuve qui n'était pas accessible au procès. La preuve à l'appui de sa cause actuelle lui était accessible et était connue de lui pendant le premier procès. La présentation d'une preuve corroborante dans le contexte d'une motion en modification équivaudrait à débattre l'affaire de nouveau.
>
> […]
>
> Il est clair que le père était au courant de sa condition médicale et qu'il avait eu un diagnostic de trouble dépressif majeur lors du premier procès. Il a lui-même témoigné qu'il souffrait alors de dépression. Il a choisi de ne présenter aucune preuve documentaire à cette occasion et de n'appeler aucun témoin pour appuyer son assertion. La preuve concernant son état pouvait être établie au premier procès non seulement par le D^r^ O'Neil, mais aussi par le D^r^ Donihee. L'exception à l'application de la doctrine de la chose jugée est la connaissance de faits nouveaux qui étaient inconnus au moment du procès ou qui n'auraient pas pu être connus au moment du procès; elle ne s'applique pas en l'espèce. Le père était au courant de son état, et aucun fait nouveau n'a été connu par la suite. Le fait que le D^r^ Satya a confirmé le diagnostic du D^r^ O'Neil ne change rien. Sa motion en modification est rejetée.
>
> [par. 77, 78 et 82]
> [C'est moi qui souligne.]

[71] La juge, s'étant concentrée sur la doctrine de la chose jugée, a accepté l'assertion de la mère selon laquelle rien de nouveau n'avait été présenté, dans le cadre de la motion, concernant la dépression du père, puisque la preuve médicale présentée a confirmé qu'il était dans cet état avant l'audience de juin 2014 et que, avec une diligence raisonnable, la preuve médicale aurait pu être présentée pendant cette audience. Pour ce

motif, la juge a conclu que l'exception à l'application du principe de la chose jugée qui est fondée sur une nouvelle preuve ne s'appliquait pas et que la demande était précluse.

[72] Je m'arrête pour faire deux observations sur la décision *Nelson*. Tout d'abord, la réparation sollicitée dans cette affaire était une ordonnance visant les biens, à laquelle le principe de la chose jugée s'applique en temps ordinaire. Ce n'était pas une ordonnance qui pouvait être modifiée pour motif de changement de situation, comme c'est le cas d'une ordonnance de soutien ou d'une ordonnance concernant la garde ou l'accès. En deuxième lieu, comme l'indique la décision *Nelson*, il y a une exception à l'application générale du principe de la chose jugée lorsqu'il y a des faits nouveaux qui n'étaient pas connus ou n'auraient pas pu être connus malgré une diligence raisonnable. Il semble que l'attention portée à cette exception a supplanté les observations et les analyses lors de l'audition de la motion, et c'est là que les choses ont déraillé.

[73] Bien qu'une analyse du changement de situation et une analyse du principe de la chose jugée exigent toutes deux un examen de la dernière décision ou de la dernière ordonnance, y compris, selon l'affaire, la preuve sur ce qui a été décidé à cette audience, la question à trancher et l'analyse qui s'ensuit sont fort différentes. La question soulevée par le père dans sa motion est celle de savoir si l'incapacité de travailler par suite de sa dépression (qui a d'abord été diagnostiquée en novembre 2012) qu'il allègue constitue un changement de situation. L'analyse est axée sur la question de savoir si l'incapacité de travailler déclarée par le père en raison de sa condition, si elle est établie, constitue un changement de situation survenu depuis l'ordonnance dont la modification est demandée. La question n'est pas, comme elle pourrait l'être dans une analyse du principe de la chose jugée, celle de savoir si la demande présentée actuellement a été tranchée ou aurait pu l'être lors de l'audience précédente. La question n'est pas non plus de savoir si l'information ou la preuve médicale que l'on cherche à présenter à l'appui de la condition du père est nouvelle et n'était pas accessible (moyennant une diligence raisonnable) lors de la dernière audience. La distinction est importante.

[74] Le principe de la chose jugée est un moyen de défense qui doit être plaidé et prouvé. Devant la juge saisie des motions, la question a été examinée uniquement à titre de chose jugée, sans qu'on indique si l'argument se fondait sur la préclusion pour même cause d'action ou la préclusion pour même question en litige. Toutefois, il est clair que seule la préclusion pour même question en litige aurait pu s'appliquer. Le juge Binnie donne un bon résumé des fondements du principe de la chose jugée, et particulièrement de la préclusion pour même question en litige, dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, [2001] A.C.S. n^{o} 46 (QL). Il affirme ce qui suit :

> Le droit s'est doté d'un certain nombre de moyens visant à prévenir les recours abusifs. L'un des plus anciens est la doctrine de la préclusion *per rem judicatam*, qui tire son origine du droit romain et selon laquelle, une fois le différend tranché définitivement, il ne peut être soumis à nouveau aux tribunaux : *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553, p. 558, et *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 267-268. La doctrine est opposable tant à l'égard de la cause d'action ainsi décidée (on parle de préclusion fondée sur la demande, sur la cause d'action ou sur l'action) que des divers éléments constitutifs ou faits substantiels s'y rapportant nécessairement (on parle alors généralement de préclusion découlant d'une question déjà tranchée) : G. S. Holmested et G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (feuilles mobiles), vol. 3 suppl., 21§17 et suiv. Un autre aspect de la politique établie par les tribunaux en vue d'assurer le caractère définitif des instances est la règle qui prohibe les contestations indirectes, c'est-à-dire la règle selon laquelle l'ordonnance rendue par un tribunal compétent ne doit pas être remise en cause dans des procédures subséquentes, sauf celles prévues par la loi dans le but exprès de contester l'ordonnance : *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223.
>
> […]
>
> Dans le présent pourvoi, les parties n'ont pas plaidé la préclusion fondée sur la « cause d'action », estimant apparemment que le cadre législatif de la demande fondée sur la LNE distingue suffisamment cette demande du cadre

juridique de common law de l'instance judiciaire. Je n'en dirai par conséquent pas davantage à ce sujet. Les parties ont cependant lié contestation quant à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et à la pertinence de la règle prohibant les contestations indirectes.

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été définie de façon précise par le juge Middleton de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, p. 422 :

> [TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal, le jugement de la cour devient une décision définitive entre les parties et leurs ayants droit. Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu'on met de l'avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure.

Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a souscrit à cet énoncé dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 267-268. Cette description des aspects visés par la préclusion (« [l]es droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés ») est plus exigeante que celle utilisée dans certaines décisions plus anciennes à l'égard de la préclusion fondée sur la cause d'action (par exemple [TRADUCTION] « toute question ayant été débattue ou qui aurait pu à bon droit l'être », *Farwell*, précité, p. 558). S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 255, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a également fait sienne la définition plus exigeante de l'objet de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. « Il ne suffira pas », a-t-il dit, « que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement. » La question qui est censée donner naissance à la préclusion doit avoir été « fondamentale à la décision à laquelle on est

> arrivé » dans l'affaire antérieure. En d'autres termes, comme il est expliqué plus loin, la préclusion vise les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit (« les questions ») à l'égard desquels on a nécessairement statué (même si on ne l'a pas fait de façon explicite) dans le cadre de l'instance antérieure.
>
> Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ont été énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 254 :
>
> > (1) que la même question ait été décidée;
> > (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant [la préclusion] soit finale;
> > (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où [la préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit.
>
> [par. 20, 23, 24 et 25]
> [C'est moi qui souligne.]

[75] Le pouvoir de modifier une ordonnance de soutien en raison d'un changement de situation est établi, en l'espèce, par le par. 118(2) de la *Loi sur les services à la famille*. Il est libellé comme suit :

118(2) Where an order for child support or an order for the support of a child at or over the age of majority has been made and the court is satisfied that a change of circumstances as provided for in the regulations respecting orders for child support has occurred since the making of the order under subsection 115(1) or since the making of the last order under this section, if any, in respect of the support of a child or a child at or over the age of majority, the court may, upon the application of any person named in the order or referred to in subsection 115(3) and subject to paragraph 113(2)(*b*), subsections 115(1.1) to (1.6) and the regulations respecting orders for child support, as the case may be,	**118**(2) Lorsqu'une ordonnance de soutien pour enfant ou pour enfant majeur a été rendue et que la cour est convaincue qu'un changement de situation prévu aux règlements concernant les ordonnances de soutien pour enfant s'est produit depuis qu'elle a rendu l'ordonnance en vertu du paragraphe 115(1) ou la dernière ordonnance en vertu du présent article, le cas échéant, relativement au soutien de l'enfant ou de l'enfant majeur, la cour peut, à la demande de toute personne nommée dans l'ordonnance ou visée par le paragraphe 115(3) et sous réserve de l'alinéa 113(2)*b*), des paragraphes 115(1.1) à (1.6) et des règlements concernant les ordonnances de soutien pour enfant, selon le cas,

(a) discharge, vary or suspend any term of the order, prospectively or retroactively,	a) révoquer, modifier ou suspendre toute condition énoncée dans l'ordonnance, pour l'avenir ou à titre rétroactif,
(b) relieve the respondent from the payment of part or all of the arrears or any interest due thereon, and	b) dégager le défendeur du paiement de tout ou partie des arriérés ou des intérêts moratoires y afférents, et
(c) make any order for child support or any order for the support of a child at or over the age of majority that the court could make on an application under section 115 for the support of a dependant who is a child or a child at or over the age of majority.	c) rendre toute ordonnance de soutien pour enfant ou pour enfant majeur que la cour pourrait rendre lorsqu'elle est saisie d'une demande en application de l'article 115 pour le soutien d'une personne à charge qui est un enfant ou qui est un enfant majeur.
[Emphasis added.]	[Le soulignement est de moi.]

[76] L'application du principe de la chose jugée est subordonnée à l'exercice du pouvoir de modification prévu au par. 118(2). Bien que cette proposition ne nécessite guère d'explication, la Cour d'appel de l'Ontario a traité expressément du point de rencontre entre le pouvoir de modifier les obligations alimentaires et le principe de la chose jugée dans l'arrêt *DiFancesco c. Couto*, [2001] O.J. No. 4307 (C.A.) (QL). Il s'agissait d'une motion en annulation de l'arriéré; toutefois, pour les fins qui nous occupent, les observations sont pertinentes. Comme l'a expliqué la juge d'appel Simmons :

> [TRADUCTION]
> Toutefois, je ne considère pas le rejet d'une demande d'annulation de l'arriéré comme un obstacle absolu à l'annulation future de ce même arriéré, pourvu qu'il y ait un changement de situation suffisant pour justifier une modification.
>
> Tout d'abord, je remarque que le libellé des dispositions autorisant une modification est très large. Bien que la *Loi sur le divorce* prescrive que le changement de situation nécessaire pour faire naître le droit de demander une modification doive avoir eu lieu après la date de la dernière ordonnance modificative, elle ne dit rien qui limiterait l'étendue des modifications possibles.

Deuxièmement, **les questions en litige soulevées à l'occasion des motions successives en annulation de l'arriéré ne sont pas suffisamment identiques pour donner lieu à la préclusion pour même question en litige. La première question à trancher lors d'une demande de modification des paiements alimentaires ou d'arriéré est celle de savoir s'il y a eu un changement de situation suffisant pour justifier la modification demandée.** Une fois que cette condition est satisfaite, la question à trancher est celle de savoir si l'annulation est justifiée dans le contexte de la situation différente. Le fait qu'une demande antérieure n'a pas satisfait à la condition préalable à une modification ne tranche pas nécessairement la question de savoir si l'annulation du même arriéré est justifiée dans le contexte d'une situation ultérieure différente.

Dans la décision *Setinas c. Setinas* (1984), 39 R.F.L. (2d) 43, 43 C.P.C. 44 (C. prov. Ont.), au par. 18, **le juge Main, de la Cour provinciale, a tenu les propos suivants au sujet de l'application de la préclusion pour même question en litige dans le cas de litiges matrimoniaux, et en particulier de demandes de modification :**

> [TRADUCTION]
> Le point essentiel de la doctrine de la préclusion pour chose jugée, y compris la préclusion pour même question en litige, est qu'il est de l'intérêt de l'État qu'il y ait une fin aux litiges : *interest reipublicae ut sit finis litium* […] **Toutefois, on doit se souvenir que les litiges matrimoniaux, pour ce qui concerne la question des aliments continus, tant pour leur exécution que pour leur modification, diffèrent des litiges ordinaires. On peut parvenir à quelque chose de final seulement lorsque l'obligation alimentaire cesse et que tous les arriérés en suspens sont soit payés, soit annulés. Tant qu'on n'est pas arrivé à ce point, l'art. 21 de la [*Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, ch. 152] permet les demandes de modification et d'annulation. Dans cette mesure, le principe doit être modifié**. Ce n'est pas dire que les procédures frivoles ou vexatoires seront tolérées. Le délai maximal de six mois applicable aux demandes de modification,

> sans autorisation de la Cour, l'attribution de dépens sur la base des frais entre avocat et client et le pouvoir de la Cour de surseoir ou de rejeter pour cause d'abus de procédure sont suffisants pour dissuader les plaideurs de faire de telles demandes.

Dans l'affaire *Setinas*, il était question de savoir si les conclusions tirées dans une procédure d'exécution pouvaient faire naître la préclusion pour même question en litige lors d'une demande de modification ultérieure présentée conformément à la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, ch. 152. **Bien qu'elles ne soient pas directement applicables ici, les observations sont instructives en ce qu'elles traitent d'un aspect particulier de la législation en matière de droit de la famille, à savoir la capacité de demander la modification d'une ordonnance antérieure en raison d'un changement de situation.**

Enfin, l'exigence d'un changement de situation comme condition préalable au droit de demander une modification protège contre les abus et démontre que l'étendue des modifications possibles est très large. Une fois que la condition préalable du changement de situation est satisfaite, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance qui aurait été appropriée si ces circonstances avaient prévalu lors de la première instance. Le fait qu'une ordonnance d'annulation était inappropriée à une date antérieure peut avoir une incidence sur la manière dont le pouvoir discrétionnaire d'accorder une modification est exercé, par exemple si un débiteur a été récalcitrant dans l'exécution de ses obligations. Ce fait n'est toutefois pas un obstacle au pouvoir discrétionnaire de la Cour de rendre l'ordonnance appropriée en fonction de la situation différente qui prévaut lorsqu'une demande ultérieure est présentée.

La déclaration selon laquelle la préclusion pour même question en litige n'empêche pas l'annulation ultérieure d'un arriéré à la suite du rejet d'une demande de modification est en harmonie avec les décisions relatives à la modification d'ordonnances de garde et d'accès. Ces décisions indiquent qu'une fois que le critère du changement de situation est rempli, la Cour doit entreprendre une nouvelle analyse de ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, fondée non sur la

> présomption en faveur du parent gardien, mais plutôt sur les conclusions du juge qui a rendu l'ordonnance précédente ainsi que sur la preuve de la nouvelle situation. En fin de compte, la question à trancher est l'intérêt supérieur de l'enfant : voir *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, 19 R.F.L. (4th) 177. [par. 26 à 32]
>
> [C'est moi qui souligne et ajoute les caractères gras.]

[77] Les limites du principe de la chose jugée relativement aux ordonnances de soutien ont également été examinées par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *B.G.D. c. R.W.D.*, 2003 BCCA 259, [2003] B.C.J. No. 1098 (QL). La Cour a rejeté un appel à l'encontre de la décision d'un juge qui avait conclu qu'une demande d'aliments au profit de l'épouse n'était pas précluse en raison du principe de la chose jugée. Dans la décision portée en appel, *Dorken c. Dorken*, 2002 BCSC 1136, [2002] B.C.J. No. 1767 (QL), le juge a expliqué :

> [TRADUCTION]
> L'avocat du mari soutient que la demande d'aliments de la demanderesse a été rejetée par la Cour en 1991 et est maintenant chose jugée. Il soutient que l'épouse est maintenant précluse de faire cette demande […]
>
> […]
>
> Dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiflung c. Rayner & Keeler Ltd. (No.2)*, [1967] 1 A.C. 853, à la p. 935, lord Guest a défini comme suit les exigences requises pour donner lieu à la préclusion pour même question en litige :
>
> > [TRADUCTION]
> > [...] (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir [la préclusion] soit finale; et, (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir [la préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit[.]
>
> On peut bien dire, relativement à l'ordonnance de la juge Dorgan, que la Cour était saisie de la même question, celle des aliments en faveur de l'épouse, et que les parties à

> la décision de la Cour sont les mêmes. Pour déterminer si la Cour a compétence pour instruire l'affaire, il est nécessaire de déterminer si l'ordonnance invoquée comme créant la préclusion est finale. Voir *Gessner c. Gessner* (1990), 24 R.F.L. (3d) 308 (C.B.R. Sask.).
>
> Pour ce faire, il est nécessaire d'examiner les dispositions de la *Loi sur le divorce* […]
>
> […]
>
> Dans cette instance, l'épouse a demandé une ordonnance alimentaire à son profit en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce*. Elle a obtenu des aliments périodiques et un paiement unique d'aliments aux termes de l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2. Le paragraphe 17(1) confère à la Cour le pouvoir de modifier une ordonnance de soutien. La question est celle de savoir si le pouvoir de modifier existe encore après que soit rendue une ordonnance qui précise expressément qu'une fois les paiements effectués, la demande d'aliments de la demanderesse est rejetée.
>
> **À mon avis, les conditions de l'ordonnance n'annulent pas la compétence de la Cour d'examiner la présente demande. Étant donné les dispositions du par. 17(1), une ordonnance alimentaire au profit de l'épouse ne peut jamais être vraiment finale**. Voir *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801.
>
> **Puisque l'ordonnance n'est pas finale, la doctrine de la chose jugée ne s'applique pas. Pour cette raison, la jurisprudence invoquée par les intimés est inapplicable dans le cas d'une ordonnance alimentaire au profit de l'épouse.** Par conséquent, la Cour a compétence pour entendre la demande. Quant à la question de savoir si la demanderesse, dans les circonstances de l'espèce, a droit à la mesure réparatoire qu'elle demande, elle devra être tranchée par le juge qui entendra la demande quant au fond. L'objection préliminaire est rejetée, et les dépens de la cause sont accordés à la demanderesse. [par. 7 à 13]

[78] Le paragraphe 118(2) de la *Loi sur les services à la famille* réfute entièrement toute tentative d'invoquer le principe de la chose jugée, particulièrement sous forme de préclusion pour même cause d'action. La question de savoir si la dépression du

père le rend incapable de travailler n'a pas été plaidée devant le juge saisi de la requête et n'a pas été tranchée par lui; en conséquence, la préclusion pour même question en litige ne s'applique pas, même en ce qui concerne les questions connexes. Cet énoncé nécessite des explications additionnelles; il est important de voir clairement quelles questions ont été soumises au juge saisi de la requête et ont été tranchées par lui.

[79] À mon avis, on n'a pas demandé au juge saisi de la requête de déterminer, et il n'a pas déterminé, si le père était incapable de travailler à cause de sa dépression. Le père n'a pas adopté cette position pendant l'audition de la requête, et le juge n'a rendu aucune autre décision dont la révision serait empêchée dans une motion en modification pour motif de préclusion pour même question en litige. La position du père a été résumée comme suit par le juge saisi de la requête :

> [TRADUCTION]
> [Le père] a ajouté qu'en raison de problèmes majeurs dans la mine en Saskatchewan, la direction de celle-ci ne renouvellera pas les contrats de travail pour l'année prochaine. La mine ne rouvrira peut-être jamais, et il pourrait ne jamais avoir accès à cet emploi. [Le père] n'a fourni aucun relevé d'emploi pour démontrer pourquoi son emploi a pris fin. Il n'a fourni non plus aucune preuve relativement à son assertion selon laquelle le grand projet minier serait mis en veilleuse pour au moins un an.
>
> [Le père] a dit qu'il voulait revenir au Nouveau-Brunswick pour être avec sa partenaire actuelle. **En conséquence, il a donné son nom pour travailler à plusieurs endroits, mais il n'a aucune indication qu'il aura un emploi prochainement. Il a reconnu qu'un bon salaire ici serait de 60 000 $ par année, soit moins de 40 % du revenu de son emploi à Humboldt. Il a ajouté que s'il voulait demeurer dans l'Ouest, il pourrait probablement obtenir assez rapidement un nouvel emploi dans un autre projet.**
>
> [Le père] a également dit que le stress et la dépression dont il souffre lui ont peut-être donné un ulcère et que **son médecin au Nouveau-Brunswick lui a dit qu'il ne pourrait pas travailler pendant au moins deux mois**. Il n'avait aucune documentation à l'appui de cette assertion et

> n’a pas appelé le médecin pour vérifier ce diagnostic. [par. 40 à 42]
>
> [C’est moi qui souligne et qui ajoute les caractères gras.]

[80] Bien que le juge saisi de la requête ait clairement rejeté le témoignage du père au sujet de la dépression, du stress et des ulcères possibles, cette évaluation de son témoignage s’est inscrite dans son examen de l’ensemble de la preuve du père, examen qui a été fort exhaustif (aux par. 46 à 55). Ce résumé de la preuve du père s’est concentré surtout sur la façon dont le père a utilisé les 118 000 $ qu’il a retirés de son compte avant la séparation et sur son incapacité de payer 68 500 $ à la mère pour le foyer matrimonial. En résumant cette preuve, dont il a rejeté la majeure partie, le juge a affirmé :

> [TRADUCTION]
> Bien que je n’aie pas étudié tout le témoignage [du père] de cette façon, je pense que je l’ai examiné assez en détail pour établir que **je ne trouve** son témoignage crédible en aucun détail important concernant la possession et la dépense des fonds. Pareillement, et sans entrer dans les détails, **je n’admettrai pas** le témoignage [du père] indiquant que sa capacité de travailler a été compromise par un problème médical, la dépression, la nervosité et un ulcère possible, car il n’a apporté aucune corroboration de cette assertion. **Je n’admettrai pas** que [le père] a été mis à pied par son ancien employeur le 31 mai à cause d’un problème majeur dans la mine qui le privera de l’emploi pendant pas moins d’une année. Là encore, il n’y a aucune information pour corroborer cette déclaration.
>
> **J’accepte** l’aveu [du père] qu’il pourrait avoir un emploi rémunérateur en Saskatchewan ou en Alberta s’il en cherchait un. Je conclus qu’un tel emploi pourrait lui rapporter le même salaire ou un salaire plus élevé que celui qu’il gagnait tout récemment. Je reconnais que les chances sont faibles ou nulles que [le père] obtienne un revenu semblable au Nouveau-Brunswick. Il est certain que le travail à Point Lepreau ne sera plus jamais aussi lucratif. Je remarque aussi que [le père] n’a jamais eu de problèmes à déménager dans l’Ouest lors des trois ou quatre occasions où il avait besoin de trouver un emploi bien rémunéré. [par. 56 et 57]
>
> [C’est moi qui souligne et qui ajoute les caractères gras.]

[81] En expliquant qu'il ne trouvait pas le témoignage du père crédible, le juge saisi de la requête a affirmé qu'il n'acceptait pas le témoignage non corroboré du père selon lequel [TRADUCTION] « son médecin au Nouveau-Brunswick lui a[vait] dit qu'il ne pourrait pas travailler pendant au moins deux mois ». Cette remarque faisait suite à la rencontre du père avec son médecin au Nouveau-Brunswick le 11 juin 2014, après son retour de la Saskatchewan et moins de six jours avant l'audience. Toutefois, le fait que le juge saisi de la requête a rejeté le témoignage du père selon lequel [TRADUCTION] « sa capacité de travailler est compromise par un problème médical, la dépression, la nervosité et un ulcère possible » ne peut être interprété comme une décision relative à une déclaration du père voulant qu'il soit incapable de travailler à cause de sa dépression. Ce n'était pas la question en litige dans la requête. Le père n'a pas affirmé que sa dépression le rendait incapable de travailler. Comme le juge saisi de la requête l'a expressément reconnu dans sa décision, le père a admis que la mère avait droit à une pension alimentaire à son profit. Il avait travaillé à plein temps jusqu'à son retour de la Saskatchewan, et il a témoigné qu'il avait cherché du travail au Nouveau-Brunswick, s'attendant à un salaire de l'ordre de 60 000 $ par année. Le juge saisi de la requête a déclaré qu'il acceptait le témoignage du père selon lequel il pourrait trouver un emploi dans l'Ouest s'il cherchait, quoique dans un projet différent. Tout cela concorde avec l'assertion non réfutée du père selon laquelle il n'a pas mis sa dépression en cause; il en a été question seulement quand il a été contre-interrogé. C'est dans ce contexte de preuve, y compris le fait que le juge a rejeté le témoignage du père voulant qu'il ait été mis à pied par la mine en Saskatchewan mais a accepté la reconnaissance du père qu'il pourrait obtenir un emploi rémunérateur en Saskatchewan ou en Alberta, que le juge saisi de la requête a conclu que le père pourrait gagner un revenu égal ou supérieur à celui qu'il avait gagné en Saskatchewan et qu'il a imputé un revenu au père. Pour résumer, la décision concernant la requête ne peut pas être considérée comme une déclaration concernant soit la dépression du père, soit sa capacité de travailler par suite de la dépression. L'évaluation du juge concernant le témoignage du père au sujet des conseils de son médecin, bien qu'elle soit pertinente pour l'analyse de la crédibilité, était tout au plus une conclusion accessoire.

[82] La décision à rendre sur la motion en modification du père ne nécessite pas une analyse visant à déterminer si la preuve de sa dépression, ou toute autre preuve, était accessible lors de l'audition de la requête. La question est celle de savoir s'il y a eu un changement dans la situation du père depuis l'ordonnance de juin 2014. Le fait qu'il a eu une dépression n'est pas contesté; il en a eu le premier diagnostic en novembre 2012. Le père soutient qu'il a travaillé tout en souffrant d'un trouble dépressif grave et que, au moment de la dernière ordonnance, il s'attendait à retourner au travail. Plus précisément, d'après la demande telle qu'elle a été formulée jusqu'à maintenant, la question consiste à savoir si, depuis l'ordonnance de juin 2014, il est devenu incapable de travailler, comme il le soutient, à cause, pour simplifier les choses, d'une aggravation de sa dépression. Le père a présenté une preuve médicale à l'appui de l'assertion voulant que sa condition ait empiré, comme il soutient que cela ressort manifestement, par exemple, des idées suicidaires qu'il a eues à la suite de la dernière ordonnance. En appel, il soutient que c'est l'élément crucial de sa motion en modification, et, en termes très simples, c'est l'essentiel de la motion qui, à mon avis, doit être tranchée quant au fond.

[83] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel reconventionnel du père et j'ordonnerais que sa motion soit renvoyée et instruite avec une information à jour concernant, entre autres, l'état du père et son traitement depuis l'audition de la requête.

[84] Comme question finale, le père soutient que, même si sa motion en modification était chose jugée comme l'a déclaré la juge saisie des motions (ou si elle était rejetée par ailleurs en raison de la conclusion qu'il pourrait travailler), cette dernière aurait quand même dû modifier son obligation alimentaire envers l'enfant à partir de juin 2015, puisque le juge saisi de la requête avait ordonné que la pension alimentaire au profit de l'enfant soit calculée chaque année en fonction de son revenu effectif. Si je n'en étais pas venu à la conclusion que son appel reconventionnel devrait être accueilli et que sa motion devrait être entendue, j'aurais modifié la pension alimentaire au profit de l'enfant à compter de juin 2015, ou encore j'aurais renvoyé l'affaire pour qu'elle soit décidée par le tribunal d'instance inférieure. Toutefois, étant donné que sa motion fera l'objet d'une décision susceptible de modifier son obligation alimentaire envers l'enfant à

compter de l'été 2014, je ne vois aucun motif rationnel de rendre maintenant une ordonnance distincte modifiant l'obligation alimentaire après juin 2015 en fonction du « revenu effectif », ce qui dépendrait nécessairement du résultat de la motion en modification.

[85] La mère et le père ont tous deux demandé que dans le cas où toute question doit être renvoyée à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, en vue d'une décision, elle soit entendue par un autre juge. Je laisserais à la Cour du Banc de la Reine le soin de trancher cette question.

C. *Appel reconventionnel des parents – Dépens*

[86] Les parents soutiennent que la juge saisie des motions a commis une erreur en n'examinant pas leur demande de dépens contre la mère.

[87] La juge saisie des motions n'a pas traité des dépens, et je ne vois aucune raison évidente de m'écarter de la règle générale voulant que les dépens suivent l'issue de l'affaire. Toutefois, comme l'a bien souligné l'avocate des parents, il y a autre chose à considérer.

[88] Comme je l'ai déjà indiqué, en novembre 2014, les parents ont répondu en détail à la demande de la mère au sujet des transferts. Ils ont joint comme pièces à leur affidavit des copies de documents concernant le prêt de 68 500 $ comme preuves du paiement intégral du prêt bancaire lors du transfert et une liste des travaux de rénovation entrepris sur les biens. Le juge a admis que les circonstances du transfert étaient conformes pour l'essentiel à leur description. De plus, la motion en annulation du transfert a été prolongée et compliquée lorsque la mère a déposé par la suite une nouvelle motion, en juin 2015, qui subsumait la motion antérieure mais ajoutait des allégations d'outrage et réclamait un intérêt sur les 118 000 $, et elle a été déboutée sur ces deux points.

[89] De plus, ils soulignent que les allégations d'irrégularités et de mauvaise foi ont été déclarées sans fondement. Ils ne demandent pas les dépens sur la base des frais entre avocat et client, et ils ont bien raison à mon avis; toutefois, il n'est pas possible de ne pas tenir compte de l'existence de facteurs qui militent en faveur d'une ordonnance de dépens sur la base des frais entre avocat et client. Ce sont notamment les allégations sans fondement ou sans preuve d'irrégularités équivalant à de la fraude, ainsi que les accusations sans fondement, déréglées et scandaleuses (voir *Caspick c. Caspick* (1990), 106 R.N.-B. (2e) 249, [1990] A.N.-B. no 551(C.A.) (QL)). On ne peut guère douter des vifs sentiments de la mère au sujet de ce qu'elle considère comme les efforts du père pour éviter de la payer, avec l'aide de sa famille. Toutefois, il n'est guère douteux non plus que les opinions ancrées de la mère l'ont entraînée à des assertions exagérées qui vont plus loin que de simples hyperboles. Elle a persisté pour beaucoup d'entre elles, malgré les décisions antérieures et les preuves claires du contraire.

[90] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel reconventionnel et j'accorderais aux parents des dépens de 2 500 $ pour le rejet de la motion de la mère et de 2 500 $ pour leur appel reconventionnel.

V. Dispositif

[91] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel de la mère et j'accueillerais les deux appels reconventionnels. J'ordonnerais à la mère de payer au père des dépens de 2 500 $ pour le rejet de sa motion et de 2 500 $ pour le rejet de son appel et l'accueil de l'appel reconventionnel du père. Ces sommes pourront être déduites des dépens impayés accordés à la mère par la juge saisie des motions. J'ordonnerais à la mère de payer aux parents des dépens de 2 500 $ pour le rejet de sa motion en annulation des transferts de biens et de 2 500 $ pour leur appel reconventionnel sur cette question.

[92] La motion du père devra être renvoyée en vue d'une décision, ce qui commencera sans doute par la tenue d'une conférence préalable à l'instance le plus tôt possible. Dans les circonstances, j'ordonnerais la publication de la présente décision en

anglais, la langue de l'instance, suivie plus tard de la publication en français, conformément au par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5.

Version française des motifs concordants rendus par

LA JUGE BAIRD

I. Introduction et contexte

[93] J'ai lu les motifs de mes deux collègues, et, bien que nous soyons d'accord pour l'essentiel sur l'issue de l'affaire, je suis d'un autre avis au sujet des mesures réparatoires. Pour les motifs qui suivent, je renverrais l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour une analyse de la question de savoir si le père a satisfait ou non au critère préliminaire du changement important.

[94] Il s'agit d'un appel et de deux appels reconventionnels à l'encontre de la décision de la juge saisie des motions, qui a suivi une audience de cinq jours en 2016. Toutes les parties affirment que la juge saisie des motions a commis des erreurs de droit justifiant l'infirmation de sa décision. Les dispositions applicables sont celles de la *Loi sur les cessions et préférences*, L.R.N.-B. 2011, ch. 115, de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, de la règle 76 des *Règles de procédure*, de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien*, L.N.-B. 2005, ch. S-15.5, des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, dans leur version modifiée (les *Lignes directrices*), et des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* (les *Lignes directrices facultatives*) ainsi que la doctrine de la chose jugée. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un appel à l'encontre de la décision finale rendue en 2014, des renseignements généraux seront donnés ici pour préciser le contexte.

[95] La mère, C.B., et le père, H.H., ont cohabité de 1997 à 2012. Après la séparation, la mère a déposé un avis de requête en vertu de la *Loi sur les services à la famille*, dans laquelle elle a réclamé la garde des deux enfants, une pension alimentaire au profit des enfants et de l'épouse et la possession exclusive du foyer matrimonial. Le 23 août 2012, la conseillère-maître chargée de la gestion des causes a rendu une

ordonnance enjoignant à C.B. et H.H. de déposer l'information financière requise par la *Loi sur les services à la famille* et les *Lignes directrices*. En octobre 2012, une ordonnance provisoire a été rendue; elle accordait à la mère la garde des enfants ainsi que la possession exclusive du foyer matrimonial. Une ordonnance par consentement a été rendue ensuite, aux termes de laquelle le père s'engageait à payer 68 500 $ pour l'intérêt de la mère sur le foyer matrimonial. Au moyen de fonds avancés par ses parents, le père a payé la somme convenue plusieurs semaines après que le juge a signé l'ordonnance. Le 9 novembre 2012, le juge a rendu une ordonnance provisoire dans laquelle il a prescrit ceci : [TRADUCTION] « Aucune des deux parties ne disposera d'éléments d'actif en litige, y compris les véhicules à moteur, les véhicules tout-terrain, les motoneiges, les biens réels, les REER et, de façon générale, tous les autres éléments d'actif désignés comme étant en litige entre les parties, sans le consentement exprès de l'autre partie ou une nouvelle ordonnance de la Cour ». En juin 2013, le père a signé un billet dans lequel il s'engageait à rembourser à ses parents les fonds qu'ils lui avaient avancés, comme je l'ai indiqué, à raison de 600 $ par mois. La mère soutient que le billet est une façade et qu'il n'a pas été signé comme il se doit. Le père admet qu'il n'a jamais fait aucun paiement à ses parents. Au paragraphe 7 de son affidavit, daté du 28 novembre 2014, il affirme : [TRADUCTION] « En juin 2013, mes parents, [G.] et [E.H.], m'ont parlé de rédiger un billet pour qu'ils aient une garantie du remboursement des fonds qu'ils m'avaient prêtés. Un billet a été rédigé et a été envoyé à M^{e} Jamie Feenan, mon avocat à l'époque. J'ai bien signé le document et ma partenaire Melissa en a été témoin, mais il n'a jamais été rendu officiel parce que ma situation avait changé de nouveau ». Entre le 14 septembre 2012 et l'audition de la requête en juin 2014, il y a eu plusieurs comparutions, dont la plupart ont porté sur des questions relatives à des éléments de divulgation financière en suspens.

[96] Ce n'est que le 24 juin 2014 qu'une ordonnance finale a été rendue. Le juge saisi de la requête a évalué comme suit le revenu du père :

i. 2012 – 121 254 $;
ii. 2013 – 56 520 $;

iii. 2014 – 156 000 $.

Le revenu de la mère a été évalué comme suit :

i. 2012 – 19 240 $;
ii. 2013 – 16 638 $;
iii. 2014 – 16 638 $.

[97] Le juge saisi de la requête a ordonné au père de payer une pension alimentaire au profit de l'enfant à raison de 896 $ par mois, à compter d'août 2012 et pour le reste de l'année 2012, de 345 $ par mois pour l'année 2013, et de 1 185 $ par mois pour l'année 2014 jusqu'au 30 juin.

[98] Le juge a conclu que la mère avait droit à une pension alimentaire à son profit, à compter du 1er septembre 2012, fixée dans la partie supérieure de l'échelle des *Lignes directrices facultatives*, à être versée pendant une période de 14 ans. À cette fin, le revenu du père a été évalué à 138 500 $, et celui de la mère, à 19 240 $. La pension alimentaire rétroactive au profit de l'enfant a été fixée à 15 724 $, et la pension alimentaire rétroactive au profit de l'épouse a été évaluée à 59 818 $ moins les paiements déjà faits. Tous les autres éléments d'actif ont été divisés à parts égales. Il importe peu que le juge saisi de la requête ait calculé les revenus respectifs correctement ou non, car cette ordonnance n'a pas été portée en appel.

[99] Ce qui s'est produit après le prononcé de l'ordonnance finale a renforcé la croyance de la mère que H.H. avait intentionnellement structuré ses affaires financières, ainsi que sa vie, dans le but d'éviter ses obligations alimentaires. En juillet 2014, quelques semaines après la décision finale, il a transféré à ses parents le titre sur trois parcelles de terrain. La mère soutient que les transferts constituaient une tentative frauduleuse d'éviter l'exécution du paiement de l'arriéré de pension alimentaire. Ses soupçons à cet égard ne sont pas sans fondement, à mon avis, car des preuves montrent qu'avant la séparation, le père a retiré 118 000 $ d'un compte en banque enregistré en son

nom et a confié ces fonds à la garde de sa mère. Elle les lui a rendus plus tard. Il a témoigné avoir dépensé l'argent en peu de temps, à boire et à jouer. Le juge saisi de la requête a conclu que la mère n'avait pas droit à une part des 118 000 $; toutefois, ses motifs révèlent qu'il avait des préoccupations concernant la conduite du père et sa crédibilité. Des éléments de preuve indiquaient que le père avait vidé ses comptes en banque et ne se conformait pas aux ordonnances de divulgation financière.

[100] Comme il a été indiqué, moins de 30 jours après la décision orale du juge saisi de la requête, le père a transféré ses biens à ses parents et, le même mois, ceux-ci ont éteint la dernière marge de crédit grevant l'un de ces biens. Le 25 septembre 2014, la mère a obtenu et enregistré des certificats d'affaire en instance contre les biens. Dans le préambule introduisant cette ordonnance, le juge saisi de la requête écrit : [TRADUCTION] « Et ayant été convaincu que la preuve révèle que l'intimé a peut-être agi à l'égard des biens-fonds d'une manière ayant pour but de retarder et d'entraver […] l'exécution de l'ordonnance de notre Cour ». En octobre 2014, le juge a accordé au père et à ses parents jusqu'au 28 novembre 2014 pour répondre aux allégations de la mère voulant que les transferts aient été effectués pour éviter l'exécution de l'ordonnance en vigueur de la Cour. Ils ont déposé un affidavit conjoint fait sous serment le 20 novembre 2014 demandant le rejet de la motion de la mère et la suppression des certificats d'affaire en instance, et ils ont sollicité les dépens.

[101] Le 23 octobre 2014, peu après l'expiration du délai d'appel, le père a déposé une motion en modification demandant la cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse, rétroactivement et pour l'avenir, une réduction de ses paiements alimentaires pour l'enfant dans l'avenir, et une annulation rétroactive de l'arriéré des pensions alimentaires au profit de l'épouse et de l'enfant. Il a déposé à l'appui un état financier qui n'était pas fait sous serment et dans lequel il déclarait que son revenu pour 2014 serait de 80 000 $. Plus tard, une motion en modification modifiée a été déposée; le père y déclarait que son revenu du 1er juin 2014 à la fin de l'année était de 24 804 $, et il demandait la réduction de ses paiements alimentaires au profit de l'enfant, rétroactivement au 1er juin 2014. Le 24 octobre 2014, il a fait un paiement de 60 000 $ au

titre de l'arriéré; en conséquence, le 28 novembre 2014, l'arriéré de pension alimentaire totalisait 20 646 $.

[102] En juillet 2015, la mère a déposé une motion dans laquelle elle demandait une réparation pour outrage contre le père en vertu de la règle 76. Elle a demandé une ordonnance annulant les transferts de biens du père à ses parents, et elle a affirmé que la motion et la motion modifiée du père devraient être rejetées au motif qu'il débattait de nouveau des questions déjà tranchées. Le 25 septembre 2015, la mère a répondu à la motion du père. Le 9 février 2016, le père a répondu à la motion de la mère. Dans un affidavit conjoint, E.H. et G.H. ont affirmé qu'ils avaient investi des sommes importantes pour la réparation et l'entretien de l'un des biens qui leur avaient été transférés, avaient payé les honoraires juridiques et l'impôt foncier et s'attendaient à être remboursés. L'un des biens a été vendu 150 000 $, et il a été ordonné que le produit net de cette vente soit détenu en fiducie par la Cour.

[103] H.H. ne s'est pas entièrement conformé à ses obligations de divulgation financière jusqu'à la veille de l'audition de la motion, en février 2016. Sa déclaration de revenus, déposée le matin de l'audience, indiquait un revenu de 95 000 $ pour 2014. Au moment où les cinq jours d'audience sur les motions ont commencé en février 2016, le Service des ordonnances de soutien familial avait inscrit un arriéré impayé de 78 649,83 $ au titre de la pension alimentaire au profit de l'enfant et de l'épouse.

II. La décision de la juge saisie des motions

[104] En novembre 2016, les deux motions ont été rejetées sans dépens, les certificats d'affaire en instance ont été révoqués, et il a été ordonné que les sommes consignées à la Cour soient remises à E.H. et à G.H. La juge saisie des motions est arrivée à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « La Cour conclut qu'une contrepartie a été donnée pour les éléments d'actif et qu'il n'existe aucune preuve d'intention de frustrer les créanciers. La Cour ne conclut pas que le transfert du camp et de la maison (laquelle a été vendue plus tard à un tiers) du père à ses parents visait à

éviter le paiement des aliments au profit de son enfant et de son épouse. » (par. 71) Bref, la juge saisie des motions a conclu qu'une contrepartie avait été donnée pour les transferts, qu'il n'y avait pas eu intention d'éviter des créanciers ou de donner une préférence à certains créanciers et que les transferts ne violaient pas la *Loi sur les cessions et préférences*. La juge saisie des motions a rejeté la demande de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse et a refusé de modifier la pension alimentaire au profit de l'épouse et de l'enfant rétroactivement et pour l'avenir, au motif que le père débattait de nouveau des questions déjà tranchées. La juge saisie des motions n'a pas statué sur la motion du père quant au fond, déclarant qu'il avait déposé une preuve dont il disposait déjà et qui aurait pu être examinée lors de l'audition de la requête, et elle a conclu que l'affaire était chose jugée pour ce motif.

III. Moyens d'appel et d'appel reconventionnel

[105] C.B. soutient que la juge saisie des motions a commis des erreurs de fait et de droit. En résumé, elle soutient :

i. que la juge saisie des motions a commis une erreur en ne se demandant pas si les transferts de biens avaient été effectués de bonne foi, pour le motif que les transactions étaient effectuées entre personnes ayant un lien de dépendance, que la contrepartie était insuffisante ou nulle, que H.H. continuait d'éviter ses obligations alimentaires avec la complicité de sa famille et que ses actes constituaient un outrage;

ii. qu'il y avait des preuves contradictoires ou une absence de preuve quant à savoir si les parents de H.H. avaient dépensé leur propre argent pour les travaux de réparation et de rénovation qu'ils ont effectués sur les biens;

iii. que le défaut de la juge saisie des motions de conclure que H.H. faisait intentionnellement obstacle à l'exécution du jugement rendu contre lui constituait une erreur.

[106] Dans son appel reconventionnel, H.H. demande soit une [TRADUCTION] « nouvelle audience » devant un autre [TRADUCTION] « juge », soit, subsidiairement, la modification de la décision de façon à mettre fin à la pension alimentaire au profit de l'épouse, à recalculer rétroactivement l'arriéré de pension alimentaire au profit de l'enfant et de l'épouse et à modifier la pension alimentaire au profit de l'enfant pour l'avenir. Il affirme que la juge saisie des motions a commis une erreur dans son application du principe de la chose jugée, qu'elle n'a pas tenu compte de l'al. 14a) des *Lignes directrices* ou qu'elle a commis une erreur dans son analyse relative à un changement de situation important lorsqu'elle n'a pas tenu compte de son revenu pour 2015 dans sa révision des obligations alimentaires, et qu'elle aurait dû rendre une ordonnance de dépens.

[107] E.H. et G.H. forment un appel reconventionnel, affirmant qu'ils devraient obtenir une ordonnance leur accordant des dépens au tribunal d'instance inférieure, et ils demandent les dépens de leur appel reconventionnel.

IV. Norme de contrôle

[108] La norme de contrôle dans le contexte du droit de la famille a été établie dans l'arrêt *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n^{o} 9 (QL). La juge L'Heureux-Dubé y affirme :

> Notre Cour a souvent insisté sur la règle qui veut qu'une cour d'appel n'infirme une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée. Ces principes ont été énoncés par le juge Morden de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, à la p. 154, que les juges majoritaires de notre Cour ont approuvé dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, le juge Wilson; dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, le juge L'Heureux-Dubé; et dans l'arrêt *Willick c.*

> *Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, à la p. 691, le juge Sopinka, et aux pp. 743 et 744, le juge L'Heureux-Dubé.
>
> Il existe des raisons sérieuses de faire preuve d'une grande retenue envers les décisions rendues par les juges de première instance en matière d'aliments. Cette norme d'examen en appel reconnaît que le juge qui a entendu les parties est le mieux placé pour exercer le pouvoir discrétionnaire qu'implique le prononcé d'une ordonnance alimentaire. On dissuade ainsi les parties d'interjeter appel du jugement et d'engager des frais supplémentaires dans l'espoir que la cour d'appel appréciera différemment les facteurs pertinents et la preuve. Cette approche est de nature à promouvoir la finalité des affaires en matière familiale et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. Bien qu'une cour d'appel doive intervenir lorsqu'elle relève une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit, il ne lui est pas permis d'infirmer une ordonnance alimentaire pour le seul motif qu'elle aurait rendu une décision différente ou aurait soupesé les facteurs différemment. [par. 11 et 12]

[109] Les conclusions tirées dans l'arrêt *Hickey* ont été suivies et appliquées par la Cour à maintes occasions. C.B. affirme que la juge saisie des motions a commis de nombreuses erreurs de droit dans son analyse concernant les signes distinctifs de fraude et d'outrage, et elle soutient qu'elle a tiré des conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve. H.H. soutient que la juge saisie des motions a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que sa motion était chose jugée. Les erreurs concernant des questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte. Les conclusions de fait sont examinées d'après la norme de l'erreur manifeste et dominante. Dans le cas des pures questions de droit, les cours d'appel, en cas d'erreur, ont toute latitude pour substituer leur opinion à celle des juges de première instance, la norme de contrôle étant celle de la décision correcte. Les questions de fait exigent de la retenue, et les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre, où la norme de la décision correcte est appliquée s'il existe une question de droit isolable et si la norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique par ailleurs : voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33,

[2002] 2 R.C.S. 235, par. 8 (voir *Hill c. Pirie Potato Company (1973) Ltd.*, 2018 NBCA 35, [2018] A.N.-B. n^{o} 139 (QL), motifs de la juge Larlee, au par. 8).

[110] Dans l'arrêt *Vaughan c. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 R.N.-B. (2^{e}) 286, la juge d'appel Quigg fait les remarques suivantes :

> Notre Cour ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge saisi de la requête. En droit de la famille, notre Cour a adopté le point de vue selon lequel elle doit faire montre d'une grande déférence à l'égard de la décision d'un juge. Certes, elle interviendra en cas d'erreur de droit, d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée. Nous avons rappelé la pertinence de ce principe à maintes reprises, entre autres dans les arrêts *LeBlanc c. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 402 R.N.-B. (2^{e}) 334; *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^{e}) 100, aux par. 8 et 9; *Smith c. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 R.N.-B. (2^{e}) 208, au par. 10; *Doiron c. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 R.N.-B. (2^{e}) 183, aux par. 9 à 11; et *C.M.H. c. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 R.N.-B. (2^{e}) 154, au par. 8. [par. 7]

[111] Je conclus que la norme de contrôle en l'espèce est celle de la décision correcte et que, s'il y a des erreurs dans les conclusions de fait de la juge saisie des motions, elles seront examinées d'après la norme de l'erreur manifeste et dominante.

V. Analyse

A. *Outrage*

[112] La juge saisie des motions a conclu avec raison que l'outrage n'avait pas été prouvé, pour les motifs suivants :

> 2. L'ordonnance de paiement des dépens sur la base des frais entre avocat et client n'était pas sans ambiguïté, car elle ne précisait pas la date où les dépens seraient payés.

3. En droit, une ordonnance de paiement d'une somme d'argent est traitée différemment d'une ordonnance de paiement de l'arriéré de pension alimentaire au profit d'enfants ou d'un conjoint. Voir *Dickie c. Dickie*, 2007 CSC 8, [2007] 1 R.C.S. 346, et *Lahanky c. Lahanky*, 2012 NBBR 30, 382 R.N.-B. (2e) 397.

4. En octobre 2014, H.H. a payé 60 000 $ sur l'arriéré accumulé.

5. C.B. n'avait pas épuisé tous [TRADUCTION] « les recours possibles au titre de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien* ».

[113] À mon avis, les conclusions de la juge saisie des motions pour ce qui concerne l'outrage sont inattaquables, et je suis d'avis de ne pas intervenir quant à ses motifs à ce sujet.

B. *Pension alimentaire au profit de l'enfant*

[114] L'ordonnance du juge saisi de la requête envisageait une [TRADUCTION] « révision » annuelle de la pension alimentaire au profit de l'enfant, conformément aux *Lignes directrices* (par. 72 de ses motifs). H.H. soutient que la juge saisie des motions aurait dû réviser les paiements alimentaires au profit de l'enfant à compter de janvier 2014, étant donné que son revenu réel en 2014 a été de 74 473,81 $ et non du montant de 156 000 $ que lui a attribué le juge saisi de la requête.

[115] Sur cette question, le juge saisi de la requête affirme ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Bien que je n'aie pas étudié tout le témoignage de M. [H.H.] de cette façon, je pense que je l'ai examiné assez en détail pour établir que je ne trouve son témoignage crédible en aucun détail important concernant la possession et la dépense des fonds. Pareillement, et sans entrer dans les

> détails, je n'admettrai pas le témoignage de M. [H.H.] indiquant que sa capacité de travailler a été compromise par un problème médical, la dépression, la nervosité et un ulcère possible, car il n'a apporté aucune corroboration de cette assertion. Je n'admettrai pas que M. [H.H.] a été mis à pied par son ancien employeur le 31 mai à cause d'un problème majeur dans la mine qui le privera de l'emploi pendant pas moins d'une année. Là encore, il n'y a aucune information pour corroborer cette déclaration.
>
> […]
>
> J'admets que la pension alimentaire au profit des enfants pour les périodes allant de la date de la séparation au 1er septembre doit être fondée sur les revenus réels décrits par M. [H.H.]. Je ne suis pas prêt à admettre la même chose pour l'année 2014. M. [H.H.] avait un emploi rémunérateur au début de l'année et gagnait un montant équivalant à 156 000 $ par année, selon mes conclusions. Il dit à la Cour qu'il a été mis à pied le 31 mai, que son poste à l'usine de la Saskatchewan ne lui sera pas accessible pendant au moins un an et qu'il a eu un diagnostic d'affections qui le rendront incapable de travailler pendant au moins deux mois. Il n'a apporté aucune preuve pour l'une quelconque de ces déclarations. Par contre, il a dit à la Cour qu'il aimerait travailler au Nouveau-Brunswick, à un emploi beaucoup moins bien rémunéré que les emplois dans l'Ouest, parce qu'il veut vivre au Nouveau-Brunswick avec sa partenaire actuelle. Enfin, comme il a été mentionné, il n'aurait aucune difficulté à obtenir un autre emploi dans l'Ouest s'il en avait besoin. [par. 56 et 59]

[116] Lors de l'audition de la motion ultérieure, le père a présenté des rapports médicaux et les témoignages de vive voix de deux médecins et d'un conseiller familial comme preuve que sa santé s'était détériorée à la suite de la décision du juge saisi de la requête et qu'en conséquence, il ne pouvait pas travailler à l'époque. La juge saisie des motions a remarqué que certains des éléments de preuve étaient antérieurs à la première audience, étaient à la disposition du père et auraient pu être présentés. Elle a affirmé que, comme il avait omis de justifier ses problèmes médicaux à l'audience précédente, un revenu lui était imputé en vertu de l'art. 19 des *Lignes directrices* et que la question ne serait pas réexaminée. À mon avis, la juge saisie des motions a eu raison de refuser de

modifier rétroactivement l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'enfant pour l'année 2014 par le juge saisi de la requête au motif qu'elle n'a pas été portée en appel. Le défaut du père d'en interjeter appel exclut la possibilité de modifier rétroactivement l'ordonnance alimentaire pour la période antérieure à la décision du juge saisi de la requête.

[117] Nous savons qu'une ordonnance alimentaire au profit d'enfants est rendue en fonction des sources de revenu du débiteur pendant une année civile (par. 15 à 20 des *Lignes directrices*). Le père a soutenu que sa santé s'était gravement détériorée après l'audition de la requête, que son revenu a fortement diminué en 2015 et que, en conséquence, il avait droit à une « révision » de ses paiements alimentaires au profit de l'enfant. Je suis d'accord. C'est pour ce motif que je conclus que l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant devrait être révisée pour l'année 2015, et je renverrais au tribunal inférieur cette partie de la décision de la juge saisie des motions.

[118] H.H. a l'obligation continuelle de divulguer des renseignements financiers sur ordonnance de la Cour (art. 25 des *Lignes directrices*). Pour les mêmes motifs, je renverrais au tribunal inférieur la question de la révision rétroactive de ses obligations alimentaires envers l'enfant, s'il y a lieu, pour 2016. Les deux parties ont toujours le droit de demander de nouvelles révisions de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant (art. 14 des *Lignes directrices*).

C. *Annulation des transferts*

[119] Devant la juge saisie des motions, la mère a soutenu que les transferts de biens aux parents du père devraient être annulés conformément à la *Loi sur les cessions et préférences* et que l'arriéré de pension alimentaire au profit des enfants devrait être [TRADUCTION] « converti » en une ordonnance exécutoire de la Cour. La juge saisie des motions a refusé d'accorder l'ordonnance, concluant qu'il y avait eu [TRADUCTION] « contrepartie pour les éléments d'actif » et qu'il n'y avait aucune preuve [TRADUCTION] d'« intention de frustrer les créanciers ». Le paragraphe 2(3) de

la *Loi* prévoit que, si une action ou une procédure est intentée dans les 60 jours qui suivent une opération réalisée avec un créancier et que l'opération a pour effet de lui procurer une préférence sur d'autres créanciers, elle est présumée avoir été faite avec l'intention de lui procurer une préférence sur les autres créanciers. La mère avait la charge d'établir que les transports de biens à ses parents avaient été effectués à un moment où il était en état d'insolvabilité, que les parents ont joui d'une préférence en tant que créanciers et que les transports ont été effectués dans l'intention d'éviter un jugement.

[120] La décision de la Cour dans l'affaire *Canadian Imperial Bank of Commerce c. G.E. Cox Limited, Cox and Cox* (1985), 66 R.N.-B. (2e) 374, [1985] A.N.-B. no 326 (QL), motifs du juge d'appel Hoyt, a été appliquée dans l'arrêt *Mawdsley c. Meshen*, 2012 BCCA 91, [2012] B.C.J. No. 377 (QL), où la juge d'appel Newbury a examiné les exigences en matière de preuve à l'appui des [TRADUCTION] « signes distinctifs de fraude ». Elle a dit ceci :

> [TRADUCTION]
> Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la décision *Hossay* ne devrait pas être modifiée; en fait, étant donné les conséquences vastes et incertaines qu'entraînerait un tel changement, il appartiendrait au législateur plutôt qu'à un tribunal judiciaire de l'effectuer. Quant à la question de [TRADUCTION] l'« intention » visée dans la *Fraudulent Conveyance Act*, je suis également d'avis que, bien qu'il ne soit plus nécessaire que le réclamant démontre un [TRADUCTION] « état d'esprit subjectivement malhonnête ou frauduleux » de la part de l'auteur du transfert, il doit prouver l'intention de frustrer les créanciers ou d'autres personnes comme question de fait. Bien sûr, une telle intention peut être inférée de l'ensemble des circonstances, et on a souvent recours à cette fin aux [TRADUCTION] « signes distinctifs de fraude » bien connus, qui créent une présomption d'intention frauduleuse. (Voir *Twyne's Case* (1601), 3 Co. Rep. 80b, 76 E.R. 809.) Cette présomption est toutefois réfutable, et le simple fait de prouver que le transfert a pour effet d'entraver ou de tenir en suspens les créanciers ou d'autres personnes n'est pas suffisant en droit.

[…]

La juge Ballance a renvoyé brièvement à l'arrêt *Abakhan & Associates Inc. c. Braydon Investments Ltd.*, 2009 BCCA 521 *(*« *Braydon* »), dans lequel notre Cour a adopté le principe voulant qu'un réclamant au titre de la *Fraudulent Conveyance Act* ne soit plus tenu de démontrer une intention [TRADUCTION] « malhonnête » ou [TRADUCTION] « moralement blâmable » de la part de l'auteur du transfert. La seule chose nécessaire, a-t-elle affirmé, est l'intention [TRADUCTION] « de mettre les éléments d'actif hors de la portée d'un créancier ou d'une autre personne » (par. 209.) Elle a souligné que l'intention est une question de fait qui doit être tranchée dans chaque affaire, mais que les tribunaux ont reconnu certains traits distinctifs qui peuvent étayer une inférence d'intention frauduleuse au sens de la *Loi*. Elle a cité la description des [TRADUCTION] « signes distinctifs de fraude » formulée dans la décision *Frimer c. Lercher*, [1984] B.C.J. No. 728 (C.S.) :

> 1) l'état des affaires financières du débiteur au moment de la transaction, y compris son revenu, son actif et ses dettes;
>
> 2) la relation entre les parties au transfert;
>
> 3) l'effet de la disposition des éléments d'actif du débiteur, ou la question de savoir si le transfert retranche effectivement au débiteur une partie considérable ou la totalité de son actif;
>
> 4) les preuves indiquant que la disposition a été effectuée de façon hâtive;
>
> 5) le moment du transfert par rapport à l'avis des dettes ou des demandes faites contre le débiteur;
>
> 6) la question de savoir si le destinataire du transfert a donné une contrepartie à titre onéreux pour le transfert.
>
> Il y a d'autres indices, ou signes distinctifs de fraude, y compris le fait de demeurer en possession après un transport et le secret entourant les transactions. [par. 23 et 24]

> Le juge du procès a également indiqué que la perspective moderne concernant le fardeau de la preuve dans des affaires du genre est que lorsque la transaction reprochée a été effectuée sans contrepartie, cela donne lieu à une présomption de fraude, mais que cette présomption peut être réfutée par une preuve indiquant que l'auteur du transfert n'a pas poursuivi un objectif illégitime.
>
> [par. 7 et 41]
> [Souligné dans l'original.]

[121] La juge saisie des motions a tenu compte de ces critères, et, à mon avis, sa conclusion voulant que la *Loi sur les cessions et préférences* ne s'applique pas, étant donné les faits de l'espèce, était correcte. Elle n'a pas été convaincue que la mère satisfaisait aux conditions nécessaires à la délivrance d'une ordonnance annulant les transferts pour motif de fraude. Elle a conclu que les transports avaient été effectués de bonne foi et pour une contrepartie à titre onéreux, et non dans le but de frustrer, de tenir en suspens ou de léser la mère en tant que créancière. La juge saisie des motions a admis que les parents du père lui avaient avancé, à titre de prêt, les fonds dont il avait besoin pour payer l'intérêt de la mère sur l'ancien foyer matrimonial et l'arriéré de pension alimentaire. Elle a admis que, en plus du prêt original, ses parents avaient payé une marge de crédit d'environ 46 000 $ ainsi que des impôts et des frais d'environ 4 000 $. Il ressort implicitement de la preuve de la mère qu'elle croyait qu'en réalité, le père n'avait pas emprunté de l'argent de ses parents et payait l'intérêt de la mère sur le foyer matrimonial avec des fonds qui, pouvait-elle soutenir, auraient pu être divisés entre eux. Ce courant de méfiance a imprégné les débats. À la fin, la juge saisie des motions a accepté le témoignage des parents de H.H. et a conclu que les transferts avaient été effectués de bonne foi et pour une contrepartie à titre onéreux. Cette conclusion est dénuée de toute erreur manifeste et dominante qui aurait pu justifier une intervention en appel. Il s'agit clairement d'un cas où la juge a appliqué les règles de droit pertinentes et a tiré des conclusions quant à la crédibilité et quant aux faits.

[122] J'ajoute ici, toutefois, que la *Loi sur les services à la famille* prévoit qu'une ordonnance provisoire de conservation peut résister à une ordonnance finale.

Comme il a été indiqué, une ordonnance provisoire interdisait aux parties de se départir de tout élément d'actif en litige dans l'attente d'une décision finale. Les deux parties ont réclamé la répartition des biens qu'ils possédaient pendant la cohabitation. Ces biens ont été énumérés dans les états financiers de la mère et incluaient les biens réels, les comptes en banque, les REER et, en général, tous les éléments d'actif que le couple a acquis pendant la cohabitation. Par suite de la décision du juge saisi de la requête, le père a été obligé de payer un arriéré considérable de pension alimentaire au profit de l'épouse et des enfants. On peut soutenir que l'ordonnance de conservation aurait pu être maintenue après le procès si cela avait été demandé. L'article 119 de la *Loi sur les services à la famille* est libellé comme suit :

In or pending an application under section 115 or section 33 of the *Support Enforcement Act*, or where an order for support has been made, the court may make such interim or final order as it considers necessary for restraining the disposition or wasting of assets that would impair or defeat the claim or order for the payment of support. [Emphasis added.]	Lorsqu'il y a demande en application de l'article 115 ou l'article 33 de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien* ou en attendant cette demande ou cette comparution, ou lorsqu'une ordonnance de soutien a été rendue, la cour peut rendre toute ordonnance provisoire ou définitive qu'elle estime nécessaire pour empêcher une aliénation ou une dissipation de biens qui compromettrait la réclamation ou l'ordonnance de soutien ou y ferait échec. [C'est moi qui souligne.]

[123] Je remarque également que l'al. 116(1)n) de la *Loi sur les services à la famille* confère le pouvoir de rendre une ordonnance garantissant le paiement de la pension alimentaire par une charge grevant des biens ou de toute autre façon. Cette mesure réparatoire n'a pas été demandée par la mère.

[124] La jurisprudence est en évolution au sujet du point de rencontre entre les droits des créanciers et l'exécution des ordonnances de soutien. Dans l'arrêt *Schreyer c. Schreyer*, 2011 CSC 35, [2011] 2 R.C.S. 605, le juge LeBel a écrit ce qui suit au sujet de l'interaction entre le droit de la famille et les droits des créanciers au Canada :

> Le pourvoi porte sur un conflit apparent entre le droit de la famille et le droit de la faillite. L'appelante conteste

> vivement l'issue du litige découlant de sa séparation et de son divorce d'avec l'intimé : elle s'est vue privée du paiement de compensation qui lui était dû par suite du partage de l'actif familial, alors que l'intimé est demeuré propriétaire de la ferme familiale après avoir été libéré de sa faillite, puisque la ferme est un bien insaisissable selon la législation manitobaine. Je suis d'avis de confirmer le jugement de la Cour d'appel du Manitoba, qui a rejeté la réclamation de l'appelante, car il n'est entaché selon moi d'aucune erreur de droit. Je rejetterais donc le pourvoi. Toutefois, certains commentaires s'imposent sur l'interaction entre le droit de la faillite et le droit de la famille, ainsi que sur la façon de les appliquer de concert, sans qu'ils se contredisent. [par. 1]

[125] Bien qu'il ne soit pas question d'insolvabilité en l'espèce, ni de droits en matière de faillite comme tels, une question d'une suprême importance se pose : comment les droits des créanciers s'exercent-ils, ou devraient-ils s'exercer, dans les litiges familiaux, particulièrement lorsque des questions de pension alimentaire sont en jeu? Dans l'affaire qui nous occupe, il s'est passé environ quatre ans entre la date de la séparation et l'ordonnance qui a déterminé les paiements de pension alimentaire, lesquels ont été évalués rétroactivement, comme je l'ai indiqué. Quatre autres années se sont écoulées, avec les incertitudes qui prévalent au sujet du paiement des pensions alimentaires au profit des enfants et de l'épouse.

D. *La pension alimentaire de durée limitée au profit de l'épouse*

[126] Une fois que le droit aux aliments est établi, un juge a le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire de durée limitée lorsqu'il y a des preuves que l'épouse peut être entièrement dédommagée du désavantage économique découlant de la relation pendant une période déterminée et lorsque la Cour conclut que l'indépendance économique est un objectif réaliste pendant cette période. En l'espèce, le juge saisi de la requête a reconnu que la mère avait droit à une pension alimentaire à son profit en raison de facteurs compensatoires et non compensatoires, et il a ordonné qu'une pension alimentaire lui soit versée pendant une période de 14 ans. Il a appliqué les *Lignes*

directrices facultatives et a fixé le paiement mensuel vers le haut de l'échelle. Cette ordonnance n'a pas été portée en appel.

[127] Je conclus que la juge saisie des motions a eu raison de décider de ne pas modifier l'ordonnance rétroactivement. L'ordonnance du juge saisi de la requête n'a pas été portée en appel, ce qui exclut la possibilité d'une modification rétroactive. À mon avis, l'argument du changement de situation important a moins de force lorsqu'il y a eu une ordonnance alimentaire de durée limitée au profit de l'épouse. Une fois que le juge du procès a décidé de dédommager un conjoint à charge par le biais d'une ordonnance de durée limitée, il a lancé le message que cette somme déterminée sera payée, vraisemblablement, sans intérêt pendant un certain temps, conformément aux critères énoncés à l'art. 115 de la *Loi sur les services à la famille*. À mon avis, l'argument du changement de situation important doit être écarté, particulièrement lorsque l'ordonnance n'a pas été portée en appel.

[128] Il y a une différence dans l'analyse des demandes de modification rétroactive et de modification prospective de la pension alimentaire au profit des enfants et de l'épouse. Le juge Cromwell commente cette différence dans l'arrêt *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, en ces termes :

> Bien que l'arrêt *D.B.S.* porte sur la pension alimentaire pour enfants plutôt que pour le conjoint, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle des considérations semblables à celles exposées dans le contexte de la pension alimentaire pour enfants sont également pertinentes pour décider de l'opportunité d'une pension alimentaire « rétroactive ». Plus précisément, ces facteurs incluent les besoins du bénéficiaire, le comportement du débiteur, la raison du retard dans la présentation de la demande de pension alimentaire et tout préjudice que peut causer une pension rétroactive au conjoint débiteur. Cependant, dans les cas de pension alimentaire pour conjoint, ces facteurs doivent être examinés et soupesés à la lumière de principes et objectifs juridiques qui diffèrent de ceux de la pension pour enfants. J'aborde brièvement certaines de ces différences, mais sans les approfondir. [par. 207]

[129] Le père a demandé une diminution rétroactive de ses paiements alimentaires au profit de l'épouse, ce qui aurait réduit l'arriéré impayé. Dans la décision *Earle c. Earle*, 1999 BCSC 283, [1999] B.C.J. No. 383 (QL), la juge Martinson conclut que l'annulation de l'arriéré est en réalité une forme de modification, pour laquelle le débiteur se doit d'établir qu'il y a eu un changement de situation de longue durée et qu'il n'y a aucune possibilité de paiement dans l'avenir. Le point de départ est un changement de situation important et inattendu. La Cour doit ensuite procéder à une analyse globale, et, comme l'indique l'arrêt *P.M.B. c. M.L.B.*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2e) 323, il doit être permis au bénéficiaire de s'accrocher au « faible espoir » d'un paiement, à moins qu'il ne soit établi qu'il n'existe aucune possibilité de paiement, et ce, pour toujours. La Cour a renvoyé à la décision *Earle* dans l'arrêt *P.M.B.* La Cour suprême a reconnu ce principe dans l'arrêt *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, au par. 35. La juge Abella et le juge Rothstein ont écrit : « En règle générale, un changement important doit avoir une certaine continuité et ne pas être simplement temporaire (voir *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, par. 49). » Voir aussi *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659, 122 O.R. (3d) 337. Même si la Cour détermine qu'il y a des preuves suffisantes pour faire une modification rétroactive, celle-ci n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'arriéré, parce que la Cour peut décider d'en suspendre le paiement forcé pour voir s'il pourra être payé dans l'avenir. En l'espèce, le père n'a fourni aucune preuve de changement permanent de sa santé ou de sa situation financière qui aurait justifié une telle ordonnance.

[130] À mon avis, la cessation pure et simple des paiements alimentaires au profit de l'épouse en raison de la situation du moment, en l'absence d'une conclusion indiquant que le changement important est permanent, n'atteint pas les objectifs de l'art. 115 de la *Loi sur les services à la famille*. L'autre solution consiste à ordonner qu'une révision soit effectuée dans un délai prescrit, comme il est expliqué dans les arrêts *Arsenault c. Arsenault*, 2002 NBCA 101, 254 R.N.-B. (2e) 190, et *Bourque c. Bourque*, 2004 NBCA 60, 274 R.N.-B. (2e) 72. Une fois que le droit aux aliments est établi et qu'une ordonnance alimentaire au profit de l'épouse est rendue, une motion en

modification est fondée sur un changement important, comme l'explique l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, [1994] A.C.S. n^{o} 94 (QL); toutefois, à mon avis, cette analyse n'est pas utile, et elle n'est pas applicable non plus dans les cas où l'auteur de la motion demande une réduction rétroactive de ses paiements alimentaires, qui entraînerait une annulation de l'arriéré, comme le père le réclame en l'espèce.

[131] À mon avis, la Cour peut suspendre, mais non modifier ou annuler, les paiements jusqu'à ce que la situation financière du débiteur s'améliore ou jusqu'à ce que les paiements alimentaires au profit de l'enfant soient réduits ou terminés (par. 118(1) de la *Loi sur les services à la famille*), libérant ainsi un revenu pour la pension alimentaire au profit de l'épouse. La décision est déterminée par les faits. Pour qu'il y ait cessation, l'auteur de la motion a la charge d'établir que le changement sur lequel il s'appuie est permanent et qu'il n'y aurait aucune possibilité de paiement dans l'avenir. Que ce soit par suite d'une mise à pied ou pour des raisons de santé, le père n'a fourni aucune preuve que son incapacité de travailler était permanente. La suspension d'ordonnances alimentaires au profit du conjoint est envisagée dans les *Lignes directrices facultatives* et a été examinée par notre Cour dans l'arrêt *M.R. c. J.R.*, 2018 NBCA 12 :

> Dans les *Lignes directrices facultatives*, on reconnaît l'existence d'une solution de rechange à l'approche uniquement fondée sur le revenu en matière d'ordonnances alimentaires rétroactives au profit d'un conjoint. Dans le *Guide d'utilisation révisé*, les auteurs reconnaissent que, dans certains cas, la Cour pourrait reporter l'exécution de l'arriéré ou, encore, fixer une date pour le réexamen de l'arriéré. On recourt à cette dernière approche lorsque les obligations alimentaires existantes envers un enfant expirent à une date donnée qui est relativement proche, ce qui permet à la Cour d'examiner la question de l'arriéré. À la p. 39, les auteurs font observer que, lorsque les obligations alimentaires pour enfants diminuent, le paragraphe 15.3(3) de la *Loi sur le divorce* (et les dispositions provinciales équivalentes) recommence à s'appliquer ou permet d'augmenter le montant de la pension alimentaire pour époux, de même que sa durée, de façon à établir un équilibre entre les intérêts opposés ressortissant aux aliments pour enfants et aux aliments matrimoniaux, compte tenu du droit à la fois compensatoire

> et non compensatoire aux aliments matrimoniaux. À mon avis, on ne répond pas aux objectifs énoncés à l'art. 15 en mettant tout simplement fin aux paiements alimentaires ou en les modifiant rétroactivement en fonction du seul revenu. [par. 88]

Voir aussi Ministère de la Justice Canada : *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation révisé* (Ottawa : avril 2016).

[132] Dans son appel reconventionnel, le père soutient que la juge saisie des motions a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas satisfait au critère du changement important et qu'il débattait de nouveau des questions déjà tranchées. Je souscris à cette assertion, en partie. Il y a eu une audience de cinq jours avec d'importants témoignages de vive voix. La juge saisie des motions a conclu que la preuve était insuffisante pour justifier la cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse; toutefois, ce faisant, elle a omis de statuer sur la motion quant au fond. Son analyse ne dit rien sur la question de savoir si la situation financière et l'état de santé du père avaient changé après la décision du juge saisi de la requête, et, en appliquant l'art. 118 de la *Loi sur les services à la famille*, au lieu de simplement rejeter la motion, elle aurait pu ordonner une révision dans un délai déterminé. Il faut se rappeler que le père a déposé sa motion à peine quelques jours après l'ordonnance du juge saisi de la requête. C'est pour cette raison que je conclus que la juge saisie des motions n'a pas commis d'erreur en rejetant la motion du père sollicitant la cessation ou la modification rétroactive de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse, et je rejetterais l'appel reconventionnel du père pour ce motif. Je renverrais toutefois à un juge de la Cour du Banc de la Reine, comme question mixte de fait et de droit, la question de savoir si H.H. a subi un changement important soit de son état de santé, soit de sa situation financière après l'ordonnance du juge saisi de la requête.

E. *Chose jugée*

[133] Comme l'a affirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, 47 D.L.R. (3d) 544 (C.S.C.), la même question ne

peut être débattue de nouveau quand elle a été tranchée dans des instances antérieures. La préoccupation publique prédominante est l'intérêt « à ce que les décisions judiciaires aient un caractère final et concluant, et… sur le droit de l'individu à être protégé d'une multiplicité vexatoire de demandes et de poursuites » (*Angle*, à la p. 267).

[134] Dans l'arrêt *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers*), 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125, les juges LeBel et Abella, dissidents pour d'autres motifs, ont écrit :

> Dans l'arrêt *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), p. 264-265, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xiv, le juge Doherty a fortement souligné l'importance fondamentale que revêt le caractère définitif pour le système juridique et pour les parties :
>
> > [TRADUCTION] Le caractère définitif est une caractéristique importante de notre système de justice, à la fois pour les parties au litige et, sur le plan institutionnel, pour la collectivité en général. Pour les parties, il est nécessaire sur le plan économique et psychologique. Pour la collectivité, il limite en quelque sorte le fardeau économique qu'impose chaque litige au système et confère aux décisions rendues par le système l'autorité qu'elles ne pourraient espérer détenir si elles étaient assujetties à une réévaluation et à une variation constantes : J.I. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Hamlyn Lectures 1987, p. 23-24.
>
> [par. 90]

[135] Dans l'arrêt *Hill c. Hill*, 2016 ABCA 49, [2016] A.J. No. 180 (QL), la juge d'appel Paperny a tenu les propos suivants au sujet de l'exception à la doctrine de la chose jugée fondée sur une nouvelle preuve :

> [TRADUCTION]
> La doctrine de la chose jugée a été élaborée pour maintenir le respect envers l'administration de la justice. Elle est une pierre d'angle de notre système juridique. Le système dépend du caractère définitif des jugements, et le principe

> directeur est « *interest reipublicae ut sit finis litium* » (il est de l'intérêt de l'État qu'il y ait une fin aux litiges). L'intérêt public prescrit que, une fois que le droit d'appel a été épuisé, les décisions judiciaires devraient être sans retour. Le droit exige que les parties à un litige présentent leur meilleure preuve en entier une seule fois. Les parties ne devraient pas être appelées à se défendre une deuxième fois contre la même demande parce que l'ingéniosité des juristes a révélé une version nouvelle ou révisée de la preuve. [par. 27]

[136] Alors, pour que le père conteste avec succès la décision de la juge saisie des motions à ce sujet, il était tenu de prouver que la preuve sur laquelle il s'appuyait n'était pas accessible lors de l'audience et qu'elle aurait modifié le résultat. La juge saisie des motions a conclu que la doctrine de la chose jugée s'appliquait. Voici ce qu'elle a dit :

> [TRADUCTION]
> Je crois qu'aucun fait nouveau n'a été présenté à notre Cour relativement à l'incapacité de travailler du père et que les faits qui ont été présentés étaient connus ou auraient dû être connus de lui au moment de ce que j'appellerai le premier procès. Au paragraphe 56 de sa décision, le juge a fait les observations suivantes :
>
> > [TRADUCTION] [J]e n'admettrai pas le témoignage [du père] indiquant que sa capacité de travailler a été compromise par un problème médical, la dépression, la nervosité et un ulcère possible, car il n'a présenté aucune corroboration de cette assertion.
> >
> > [par. 77]

[137] La juge saisie des motions a examiné la preuve médicale et a conclu :

> [TRADUCTION]
> […] La preuve à l'appui de sa cause actuelle lui était accessible et était connue de lui pendant le premier procès. La présentation d'une preuve corroborante dans le contexte d'une motion en modification équivaudrait à débattre l'affaire de nouveau. [par. 78]

[138] Avec égards, et pour les motifs indiqués, je suis d'avis que la doctrine de la chose jugée ne s'applique pas. J'ai indiqué mes motifs de conclure que la « révision » de la pension alimentaire au profit de l'enfant, envisagée dans l'ordonnance initiale, peut être effectuée, et j'ai conclu, pour des motifs différents, que la motion du père en modification rétroactive et pour l'avenir de la pension alimentaire au profit de l'épouse devrait être rejetée; toutefois, la question de la mesure réparatoire, s'il était conclu que le père a subi un changement important de sa situation financière ou de son état de santé entre la date de la décision du juge saisi de la requête et la date de la décision de la juge saisie des motions, est renvoyée au tribunal d'instance inférieure comme il est indiqué.

F. *Appel reconventionnel d'E.H. et de G.H.*

[139] Bien qu'ils n'aient pas déposé de motion, les parents du père ont déposé un affidavit conjoint dans lequel ils ont donné une explication des transferts de biens. Ils ont été ajoutés comme intimés par une ordonnance de la Cour prenant effet en octobre 2014, et ils ont eu [TRADUCTION] « le droit » de déposer des documents en réponse avant le 28 novembre 2014. Les documents en réponse sont régis par la règle 81 (formule 81F), et dans cette formule les mesures réparatoires prévues par la loi qui sollicitées doivent être précisées, avec preuve par affidavit à l'appui. Les deux parties ont été représentées par des avocats à la fois lors de l'audition de la requête et lors de l'audition de la motion. La mère du père a témoigné que son mari et elle avaient avancé des sommes d'argent à leur fils à titre de prêt, en s'attendant à être remboursés. En somme, ils ont obtenu un droit de préférence sur la mère comme créanciers, auquel ils avaient droit en l'absence d'une ordonnance ou d'un certificat déposé conformément à l'art. 124 de la *Loi sur les services à la famille*. Il s'agissait d'une union de fait; en conséquence, la présomption réfutable de partage égal des biens accumulés pendant la relation, établie dans la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.R.N.-B. 2012, ch. 107, ne s'applique pas.

[140] Dans leur appel reconventionnel, les parents du père demandent une ordonnance de dépens pour ce qui est de l'instance inférieure ainsi que pour leur appel

reconventionnel. Bien que nous soyons hésitants à modifier les ordonnances de dépens, la juge saisie des motions a oublié que les parents étaient parties à l'instance et qu'ils avaient demandé les dépens. Son ordonnance n'a pas tenu compte de leur demande. Comme ils ont eu gain de cause, ils auraient dû tout au moins obtenir des dépens, ou, si elle ne leur accordait pas de dépens, la juge saisie des motions était tenue d'expliquer ses motifs de ne pas les accorder. La décision ne dit rien dans un sens ou dans l'autre. J'ordonnerais que des dépens soient payés par la mère aux parents du père, à raison de 750 $ pour ce qui est du tribunal d'instance inférieure et de 2 000 $ pour leur appel reconventionnel.

G. *Correction de l'ordonnance initiale*

[141] Je remarque en passant que l'ordonnance initiale datée du 3 septembre 2014 était fautive. Le paragraphe concernant le paiement de la pension alimentaire au profit de l'épouse est libellé comme suit :

> [TRADUCTION]
> La Cour conclut qu'aux fins du calcul de la pension alimentaire au profit de l'épouse, le revenu de l'intimé est déclaré correspondre à son revenu passé et est établi à 138 500 $ par année, et la requérante est déclarée capable de gagner 19 240 $ par année; en conséquence, l'intimé paiera 2 719 $ à la requérante à compter du 1er septembre 2012 pour une période de 14 ans ou jusqu'à ce que la Cour rende une nouvelle ordonnance. [par. 11]

[142] L'ordonnance ne précise pas la fréquence des paiements. Il est clair que c'était un oubli, qui n'a pas été corrigé en vertu de la règle de lapsus (voir la règle 60.03(5)a)).

[143] Le juge saisi de la requête a ordonné le paiement d'une somme de 2 719 $ à compter du 1er septembre 2012, sans plus de précisions. Une ordonnance dont le libellé est ambigu crée des problèmes d'exécution. L'erreur a été signalée dans le mémoire du

père; toutefois, elle n'a pas été corrigée par la juge saisie des motions. Je renverrais également cette partie de l'ordonnance au tribunal d'instance inférieure.

VI. Dispositif

[144] Je rejetterais l'appel de la mère. J'accueillerais en partie l'appel reconventionnel du père. Je renverrais à la Cour du Banc de la Reine la question de la pension alimentaire rétroactive au profit de l'enfant à compter du 1er janvier 2015. Comme je l'ai indiqué, je renverrais au tribunal d'instance inférieure l'analyse relative à un changement important après la date de la décision du juge saisi de la requête, qui est nécessaire pour ce qui est de toute modification de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse. J'accueillerais l'appel reconventionnel des parents du père au sujet des dépens. Je renverrais le par. 11 de l'ordonnance du juge saisi de la requête pour qu'il soit corrigé.

[145] J'accorderais au père des dépens de 2 500 $, à être payés par la mère. J'accorderais aux parents du père des dépens de 2 750 $, à être payés par la mère. Comme mes collègues, j'invoquerais le par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, et j'ordonnerais que la présente décision soit publiée en anglais et que la version française suive en temps utile.