

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

8-18-CA

A.D.

A.D.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

A.D.

A.D.

RESPONDENT

INTIMÉE

A.D. v. A.D., 2018 NBCA 83

A.D. c. A.D., 2018 NBCA 83

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
December 8, 2017

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 8 décembre 2017

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
September 11, 2018

Appel entendu :
le 11 septembre 2018

Judgment rendered:
December 6, 2018

Jugement rendu :
le 6 décembre 2018

Reasons for judgment:
The Honourable Justice LaVigne

Motifs de jugement :
l'honorable juge LaVigne

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Terence Richard Connelly

Pour l'appelant :
Terence Richard Connelly

For the respondent:
Rita Godin, Q.C.

Pour l'intimée :
Rita Godin, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed in part and the matter is referred back to the court of first instance. Costs are awarded in the amount of \$1,500.

L'appel est accueilli en partie et l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance. La Cour accorde des dépens de 1500 \$.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE LAVIGNE

I. Introduction et contexte factuel

- [1] Monsieur D. demande l’infirmité de la décision d’un juge de la Cour du Banc de la Reine et la tenue d’un nouveau procès. L’appel porte essentiellement sur trois questions : 1) soit l’obligation du juge du procès de venir en aide à une partie non représentée par un avocat; 2) le bien-fondé d’une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants accordée en vertu de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2; et 3) la date de la séparation des parties.
- [2] Monsieur D. et Mme D. ont amorcé la cohabitation en 1990, et se sont mariés en 1993; ils ont trois enfants âgés de 22, 19 et 17 ans. Les parties ont signé une entente de séparation le 29 mars 2006. Elles se sont séparées, soit le 16 mars 2003 comme le prétend le père, soit le 16 avril 2010 comme le prétend la mère. Les enfants ont continué de résider dans le foyer matrimonial avec leur mère après la séparation.
- [3] Depuis la séparation, Monsieur D. a contribué financièrement à diverses dépenses reliées au foyer matrimonial et autres, mais aucune pension alimentaire n’a été payée directement à Mme D.
- [4] Le 26 septembre 2014, Mme D. a déposé un avis de requête. Monsieur D. a déposé son document de défense de la requête le 26 novembre 2014. Il a bénéficié des services juridiques de la même avocate du début des procédures jusqu’à la fin novembre 2016, alors qu’il a déposé un avis qu’il se représentait seul. Entre le dépôt de l’avis de requête et l’audition de la requête, trois motions ont été déposées. Les parties ont signé trois ordonnances par consentement; la première fut signée le 28 novembre 2014, la deuxième le 5 janvier 2016 (à la suite d’une conférence de règlement), et la dernière fut signée le 26 septembre 2017 – immédiatement avant le début de l’audition de la requête.

Celles-ci réglait les motions, mais réglait également en partie, la requête. Dans ces ordonnances, il y a eu question de garde, accès et pension alimentaire – rétroactive et prospective – au profit des enfants, ainsi que de possession exclusive du foyer matrimonial et de partage de certains biens et certaines dettes matrimoniales. Selon l’ordonnance du 5 janvier 2016, le foyer matrimonial a été transféré à Mme D. et elle a assumé la dette hypothécaire qui le grevait.

[5] Au début de l’audition de la requête, il était clair que la pension alimentaire rétroactive pour enfants pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2014, ainsi que la validité de l’entente de séparation de 2006 demeuraient des questions sur lesquelles les parties ne s’étaient pas entendues.

[6] L’audition n’a duré qu’une journée, soit le 26 septembre 2017. Le juge a rendu une décision écrite le 8 décembre 2017 ordonnant le versement immédiat par Monsieur D. d’une pension alimentaire rétroactive au bénéfice des trois enfants – pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2014 – d’un montant de 73 149 \$; l’annulation de l’entente de séparation de 2006; et, le partage des contributions versées au fonds de pension de Monsieur D. pendant la cohabitation, calculées selon une date de séparation du 16 avril 2010.

[7] Pour les motifs qui suivent, je n’ai pas été convaincue que Monsieur D. a été privé d’un procès équitable ou que le juge du procès a fait une erreur en concluant que les parties se sont séparées le 16 avril 2010. Toutefois, je suis d’avis que le juge du procès a commis une erreur en concluant que les contributions de Monsieur D. avaient été considérées lors du partage des biens reflété dans l’ordonnance du 5 janvier 2016, et par conséquent ne pouvaient être considérées dans le calcul de la pension alimentaire rétroactive. Je renverrais au tribunal de première instance la question du calcul de la pension alimentaire rétroactive pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2014.

II. Moyens d'appel

[8] Selon l'avis d'appel et l'avis d'appel additionnel, Monsieur D. invoque sept moyens d'appel. Il avance que le juge de procès a commis une erreur de droit en :

- 1) Annulant l'entente de séparation datée du 29 mars 2006;
- 2) Déterminant que le soutien alimentaire pour enfants serait payable de façon rétroactive au 1^{er} octobre 2011;
- 3) Concluant qu'une ordonnance rétroactive ne lui infligerait pas un fardeau excessif;
- 4) Ne donnant pas de motifs suffisants pour expliquer comment il a conclu qu'une ordonnance rétroactive ne lui infligerait pas un fardeau excessif;
- 5) Ne lui fournissant pas suffisamment d'aide lors du procès, alors qu'il se représentait lui-même;
- 6) Omettant de considérer les contributions financières qu'il avait faites au bénéfice de l'intimée et des enfants à charge lors du calcul du soutien alimentaire rétroactif pour enfants;
- 7) Déterminant que la date de séparation des parties était le 16 avril 2010.

III. Norme de contrôle

[9] Avant d'analyser le bien-fondé des moyens invoqués par Monsieur D., il incombe d'examiner la norme de contrôle qui s'applique. Notre Cour s'est penchée à maintes reprises sur la norme de contrôle applicable dans les affaires relevant du droit de la famille; il s'agit d'une norme exigeant une grande retenue envers la décision du juge

de première instance. Un énoncé qui exprime clairement et succinctement cette norme a été formulé récemment par la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *Gillespie c. Gillespie*, 2018 NBCA 22, [2018] A.N.-B. n° 77 (QL), où elle affirme ce qui suit :

Selon la norme de contrôle applicable dans une instance ressortissant au droit de la famille, l'intervention de notre Cour n'est justifiée que s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit : *L.R.R. c. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] A.N.-B. n° 2 (QL); *L.D.M. c. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] A.N.-B. n° 259 (QL); *Yorke c. Yorke*, 2011 NBCA 79, 378 R.N.-B. (2^e) 141. En ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait et aux ordonnances discrétionnaires, la Cour ne peut infirmer une conclusion de fait du juge du procès que si celle-ci résulte d'une erreur manifeste et dominante et ne peut modifier une ordonnance discrétionnaire que si celle-ci est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve : *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. n° 348 (C.A.) (QL). L'ordonnance portée en appel est une ordonnance discrétionnaire. [par. 8]

[10] La Cour d'appel ne peut juger une affaire de nouveau. Dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de la Cour suprême du Canada, explicite en quoi consiste une erreur importante qui pourrait justifier qu'une cour d'appel réexamine la preuve :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel

refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve. [par. 15]

IV. Analyse

[11] Dans son mémoire, ainsi que lors de l'audition de l'appel, Monsieur D. a informé la Cour qu'il ne poursuivait plus avec le premier moyen d'appel – l'annulation de l'entente de séparation du 29 mars 2006; ceci met donc fin à ce moyen. En ce qui a trait aux moyens d'appel deux, trois, quatre et six, ils sont tous reliés à la question de l'ordonnance alimentaire rétroactive; conséquemment, je traiterai ceux-ci ensemble. Toutefois, je disposerai d'abord du moyen d'appel cinq – l'aide fournie par le juge du procès, suivi du moyen d'appel sept – la date de la séparation.

A. *Le cinquième moyen d'appel – l'aide fournie par le juge*

[12] Monsieur D. allègue que le juge a commis une erreur de droit en ne lui fournissant pas l'aide appropriée lors du procès et que l'équité de la procédure s'en est trouvée compromise.

[13] Les parties conviennent que le juge a une obligation lors d'un procès, de fournir un minimum d'aide et d'instruction à une partie qui se représente elle-même. Il lui incombe de fournir à ces plaideurs de l'information pour les aider à comprendre les procédures, à faire valoir leurs droits ou à plaider leur cause. Cependant, en tant que juge chargé de présider le procès, il doit non seulement demeurer impartial, mais aussi être perçu comme étant impartial par toutes les parties en cause. Dans quelle mesure un juge doit assister un plaideur non représenté est une question de discrétion judiciaire. Le juge ne peut devenir l'avocat ou le conseiller tactique d'une partie. La partie ne peut s'attendre au même niveau d'aide que pourrait lui apporter un conseiller juridique.

[14] Le Conseil canadien de la magistrature a publié un énoncé de principes concernant les personnes non représentées par un avocat, afin de promouvoir l'égalité d'accès à la justice, l'égalité de traitement devant la loi et l'efficacité de l'administration de la justice: *Énoncé de principes concernant les plaideurs et les accusés non représentés par un avocat*, septembre 2006 en ligne : http://publications.gc.ca/collections/collection_2007/cjc-ccm/JU14-6-2006F.pdf. Selon l'*Énoncé de principes*, les juges et les autres intervenants du système judiciaire ont la responsabilité de s'assurer que toute personne, qu'elle soit représentée ou non par un avocat, ait la possibilité de comprendre et de présenter efficacement sa cause.

[15] Récemment, dans l'arrêt *Cabana c. Newfoundland and Labrador*, 2018 NLCA 52, [2018] N.J. No. 274 (QL), la cour d'appel de Terre-Neuve et Labrador s'est penchée sur l'obligation du juge du procès envers les personnes non représentées par un avocat et la pertinence de l'*Énoncé de principes* pour les juges. Dans cette affaire, l'appelant a expressément invoqué comme moyen d'appel le prétendu manquement du juge du procès d'appliquer l'*Énoncé de principes*. L'analyse approfondie du juge en chef Green se retrouve aux par. 41 à 62.

[16] Le juge en chef Green confirme l'obligation du juge de première instance de garantir l'équité du procès tout en demeurant un arbitre neutre :

[TRADUCTION]

Afin de s'assurer que justice soit faite et qu'elle soit perçue comme ayant été faite, le juge doit alors chercher à atteindre un équilibre délicat entre la manière dont il ou elle offre au plaideur non représenté un traitement spécialisé et le principe de non-intervention qui s'appliquerait par ailleurs. Il n'y a, évidemment, aucune formule toute faite pour atteindre cet objectif dans un cas particulier. C'est tributaire du contexte et une question de jugement, compte tenu du fait que dans l'application de principes généraux plutôt que de règles précises, il y a toujours, en rétrospective, une marge d'erreur. [par. 50]

[17] Il souligne que la Cour suprême du Canada a souscrit à l'*Énoncé de principes* établi par le Conseil canadien de la magistrature et que plusieurs cours d'appel l'a reconnu ou appliqué (par. 51).

[18] Toutefois, il explique que les énoncés, principes et commentaires se veulent de simples recommandations et ne constituent pas un code de conduite (par. 52). Il résume l'*Énoncé des principes* comme suit :

[TRADUCTION]

Les *Principes* commencent par un énoncé de la responsabilité de la part des juges, des fonctionnaires de justice et des avocats, entre autres, « de s'assurer que les personnes non représentées par un avocat aient un accès équitable à la justice et qu'elles soient traitées de façon égale devant les tribunaux », ce qui comprend « s'assurer que toutes les personnes [...] puissent comprendre et présenter efficacement leur cause » (Énoncé « A »), « s'assurer que toutes les personnes [...] aient égalité d'accès au système judiciaire » (Énoncé « B »), et s'assurer que « tous les participants au système judiciaire » comprennent et remplissent « leur rôle pour assurer l'égalité d'accès à la justice, y compris l'équité de la procédure » (Énoncé « C »). Ils reconnaissent « que l'égalité de traitement pour tous ne conduit pas nécessairement à l'égalité de la justice » (Commentaire 3 de l'Énoncé « B ») et qu'il est « conforme aux exigences de neutralité et d'impartialité de la magistrature pour un juge d'employer des mesures positives et non préjudiciables » de gestion des instances et de la salle d'audience afin d'éviter toute possibilité de traitement inégal qui pourrait par ailleurs en résulter (Commentaire 1 de l'Énoncé « B »). [...] [par. 53]

[19] Le juge en chef Green affirme que l'omission de suivre l'approche suggérée dans l'*Énoncé de principes* peut entraîner une erreur et conduire à un nouveau procès s'il en résulte un procès inéquitable (par. 56), mais ajoute :

[TRADUCTION]

Il découle de cette analyse qu'il ne suffit pas d'avancer comme moyen d'appel, dans l'avis d'appel ou autrement, qu'il y a eu non-respect des *Principes* dans l'abstrait. Une

telle affirmation ne justifierait pas l'intervention d'une cour d'appel. L'appelant doit aller plus loin et faire valoir ou autrement rendre évident en quoi le défaut de respecter, de prendre en compte ou d'appliquer les *Principes* a eu un effet sur l'équité du procès ou a mené à l'exercice inéquitable d'un pouvoir discrétionnaire qui a résulté en un traitement inégal important influant sur l'égalité d'accès à la justice du plaideur non représenté. [par. 62]

[20] Monsieur D. reconnaît que le juge de première instance lui a fourni une certaine aide lors du procès; notamment, en lui expliquant la procédure à plusieurs reprises lors des différentes étapes du procès, en prohibant de son propre chef certaines questions que l'avocate de Mme D. voulait poser, en posant lui-même certaines questions, en lui offrant des pauses pour lui permettre de se préparer davantage et en l'encourageant à prendre son temps afin de s'assurer qu'il fasse valoir tous points. Toutefois, il soutient que l'aide a été insuffisante.

[21] Il mentionne particulièrement le fait que le juge du procès ne l'a pas encouragé à poser plus de questions à Mme D. ou à son témoin. Monsieur D. a posé une seule question à Mme D. et il n'a posé aucune question à l'autre témoin, la mère de Mme D.

[22] Il allègue également qu'il n'a pas eu l'opportunité d'appeler d'autres témoins. Au début du procès, Monsieur D. a informé le juge qu'il n'avait pas de témoins avec lui « cette journée-là. » À la fin du témoignage de Monsieur D., le juge lui a demandé s'il voulait appeler d'autres témoins et il a répondu qu'il n'avait pas de témoins avec lui « dans le moment. » Monsieur D. n'a pas indiqué qu'il voulait appeler d'autres témoins et n'a pas demandé au juge de lui accorder un ajournement pour lui permettre d'appeler des témoins à un autre moment. Il argue maintenant que le juge aurait dû l'encourager à appeler comme témoins certaines personnes qu'il avait mentionnées lors de son témoignage et offrir d'ajourner le procès au lendemain pour lui permettre de les appeler.

[23] Dans son document de défense, Monsieur D. sollicite un « loyer d'occupation » à partir de 2010 (par. 15). Aucune des ordonnances par consentement ne mentionne une indemnité d'occupation et le juge du procès n'en traite pas dans sa décision. Monsieur D. soutient que dans les circonstances le juge devait, de son propre chef, soulever la question de l'indemnité d'occupation. Il est à noter que plusieurs des recours sollicités dans l'avis de requête et le document de défense n'ont pas fait l'objet de débats lors du procès, car ils avaient déjà été réglés. Monsieur D. dit ne pas avoir abandonné cette demande; cependant, il n'a aucunement mentionné cette réclamation lors du procès. Il y a une obligation sur le plaideur de faire un effort raisonnable pour présenter sa propre cause.

[24] Selon l'ordonnance convenue le 28 novembre 2014, la possession exclusive du foyer matrimonial fut accordée à Mme D.; de fait, l'intimée a eu la possession exclusive du foyer matrimonial depuis la séparation. La *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.R.N.-B. 2012, ch. 107, stipule que le tribunal peut octroyer la possession exclusive du foyer matrimonial à un conjoint (al. 23(1)a)) et ordonner au conjoint à qui est accordée la possession exclusive du foyer matrimonial de verser périodiquement à l'autre conjoint une somme prescrite (al. 23(1)c)). En l'espèce, l'ordonnance qui prévoit la possession exclusive en faveur de Mme D. ne stipule pas que cette dernière doit faire des versements périodiques à Monsieur D. relativement à l'usage de ce foyer.

[25] Dans le document de défense, la demande pour un « loyer d'occupation » se situe sous la rubrique « Foyer matrimonial. » L'art. 23 de la *Loi sur les biens matrimoniaux* qui traite de la possession exclusive et de l'indemnité d'occupation se retrouve dans la Partie 2 de ladite *Loi*, laquelle est intitulée « *Foyer matrimonial et objets ménagers.* » La question du foyer matrimonial a été réglée à l'article IV de l'ordonnance du 5 janvier 2016, intitulé « *En vertu de la Loi sur les biens matrimoniaux : IV Foyer matrimonial;* » et, tel que noté au préalable, le par. IV e) stipule que le seul point qui demeure en litige concernant la division des biens est le partage du fonds de pension de Monsieur D. Lors de la signature de cette ordonnance, Monsieur D. était encore

représenté par une avocate, laquelle a signé comme témoin de sa signature. Dans les circonstances, je ne peux trouver que le juge du procès a erré en ne traitant pas la question des indemnités d'occupation.

[26] Monsieur D. a bénéficié des conseils juridiques d'une avocate de novembre 2014 à novembre 2016. Les parties se sont préparées pour le procès qui devait avoir lieu du 5 au 7 janvier 2016. Au lieu de procéder avec le procès le 5 janvier 2016, les parties ont participé à une conférence de règlement qui a résulté dans l'ordonnance que les parties ont signée le 5 janvier 2016 devant leur avocate respective. Les pièces justificatives de Monsieur D. qui avaient été réunies par son avocate ont fait partie du dossier du procès; tous les documents ont été reçus en preuve par consentement. Il ne s'agissait pas d'un procès compliqué. Mme D. a témoigné et a appelé sa mère comme témoin. Monsieur D. a témoigné, mais n'a pas appelé de témoins. Le procès n'a pris qu'une journée; il ne restait que quelques questions en litige. Monsieur D. était au courant des questions qui demeuraient en litige.

[27] J'ai lu la transcription du procès dans son intégralité. Le dossier n'apporte rien, à mon sens, qui m'autoriserait à conclure que Monsieur D. a été privé d'un procès équitable. Il semble que Monsieur D. nous demande d'instruire l'affaire de nouveau. Il ne nous appartient pas de le faire dans le cadre d'un appel. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Le septième moyen d'appel – la date de la séparation*

[28] Monsieur D. soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les parties se sont séparées le 16 avril 2010 plutôt que le 16 mars 2003, tel qu'il le prétend. En l'espèce, l'établissement de la date de séparation était étroitement lié aux témoignages des parties. Dans sa décision, le juge du procès mentionne plusieurs éléments de preuve qui corroborent le témoignage de Mme D. sur cette question:

Plusieurs éléments de preuve viennent corroborer le témoignage de la requérante à l'effet qu'ils n'étaient pas séparés depuis 2006, incluant des photos de l'intimé avec la requérante et les trois enfants durant le temps des Fêtes, pendant les vacances, et lors d'un voyage dans la région de Québec alors que son frère s'est marié. De plus, ses effets personnels sont demeurés dans la maison, l'intimé participait aux rencontres familiales des deux familles, et leur relation a continué comme avant la signature de l'entente. La requérante s'est même déplacée dans la région de Sussex durant deux étés avec les enfants afin d'aménager leur roulotte pour être plus près de l'intimé lors de ses congés de travail. La requérante et les trois filles ont aussi visité l'intimé à Saint-Jean au Nouveau-Brunswick alors qu'il travaillait là en 2008 et 2009. [par. 33]

[29] Là où il y a eu contradiction dans les témoignages, le juge du procès a préféré le témoignage de Mme D. à celui de Monsieur D. Les conclusions du juge de première instance en matière de crédibilité doivent faire l'objet d'une grande déférence en appel : *V.C. et J.C. c. La ministre du Développement social et autre*, 2015 NBCA 28, 435 R.N.-B. (2^e) 205 (par. 20).

[30] En l'espèce, la date de la séparation est une conclusion de fait du juge du procès. L'intervention de la Cour n'est alors justifiée que si l'on établit que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation des faits ou les inférences qu'il en a tirées. La démonstration n'a pas été faite ici d'une erreur de ce genre.

[31] Le juge du procès disposait de preuves suffisantes pour étayer sa conclusion. Tant que les conclusions du tribunal inférieur constituent une inférence raisonnable tirée des faits, la cour d'appel ne doit pas modifier la décision. Il n'y a donc aucune erreur justifiant l'intervention de cette Cour. Je rejeterais ce moyen d'appel.

C. *Pension alimentaire rétroactive pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2014*

[32] Sur la question de l'ordonnance alimentaire rétroactive, Monsieur D. s'y oppose totalement et quatre moyens d'appel touchent cette question. Monsieur D. conteste le bien-fondé d'une pension alimentaire rétroagissant au 1^{er} octobre 2011, le calcul du montant pour la période délimitée – soit du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2014, et la conclusion concernant sa capacité de payer immédiatement le montant ordonné – 73 149 \$. J'examinerai ces moyens à tour de rôle.

(1) Le deuxième moyen d'appel

[33] Monsieur D. allègue que le juge du procès a commis une erreur de droit en déterminant que le soutien alimentaire pour enfants serait payable de façon rétroactive au 1^{er} octobre 2011 – trois ans avant le dépôt de la requête. Il prétend que ce n'est que le 27 septembre 2014 qu'il a été réellement informé qu'une pension devait être payée alors qu'il a été signifié avec l'avis de requête daté du 26 septembre 2014, et il s'oppose à toute ordonnance alimentaire rétroagissant à une date antérieure au 27 septembre 2014.

[34] Mme D. a témoigné qu'elle a demandé à Monsieur D. une aide financière pour les enfants entre 2010 et le dépôt de son avis de requête, mais que ce dernier refusait de lui remettre directement toute somme d'argent. Le témoignage de Monsieur D. vient corroborer ces propos. Il a témoigné qu'il savait qu'il devait contribuer envers le soutien des enfants à titre de 1000 \$ par mois selon l'entente de séparation de 2006, et il le faisait indirectement en payant plusieurs dépenses importantes au bénéfice de l'intimée et des enfants. Il a témoigné qu'il avait expliqué à Mme D. qu'elle était plus gagnante d'accepter ces contributions indirectes – qui selon lui se chiffraient à plus de 1000 \$ par mois – que d'intenter un recours judiciaire.

[35] Dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231, la Cour suprême a souscrit à la règle selon laquelle le tribunal qui conclut que le parent débiteur a

manqué à son obligation alimentaire envers des enfants, pourra rendre une ordonnance rétroactive, sur le fondement des lois pertinentes (par. 118 à 130). La *Loi sur les services à la famille* confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'ordonner « le versement de prestations de soutien relatives à toute période antérieure à la date de l'ordonnance » (al. 116(1)i)).

[36] L'arrêt *D.B.S.* prévoit que l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant prend généralement effet à compter du moment où le parent créancier a réellement informé le parent débiteur qu'une pension devait être payée, et ce, sans excéder trois ans. Par contre, si le parent débiteur a eu un comportement répréhensible, ces limites temporelles peuvent être excédées (par. 125). Mme D. a témoigné qu'elle avait abordé le sujet avec Monsieur D. à partir de 2010, l'année de la séparation.

[37] Les motifs du juge du procès révèlent qu'il a tenu compte des facteurs pertinents énoncés dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, lorsqu'il a conclu que Monsieur D. avait une obligation alimentaire envers les enfants pour une période de trois ans précédant le dépôt de la requête. Je conclus qu'aucune erreur ne découle de cette détermination. Par conséquent, je suis d'avis que le présent moyen d'appel ne peut être retenu.

(2) Le sixième moyen d'appel – les contributions indirectes

[38] Monsieur D. allègue que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de considérer les contributions indirectes qu'il a faites au bénéfice de l'intimée et des enfants, lors du calcul de l'ordonnance alimentaire rétroactive.

[39] Compte tenu du revenu de Monsieur D. pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2014, le juge a ordonné le versement immédiat par Monsieur D. d'une pension alimentaire rétroactive au bénéfice des trois enfants d'un montant de 73 149 \$. Il n'a pas considéré les contributions que Monsieur D. allègue avoir faites durant cette même période.

[40] Le juge a reconnu que Monsieur D. soutenait avoir payé une pension alimentaire pour les enfants de manière indirecte en s'acquittant, pendant la période visée, de diverses dépenses reliées au foyer matrimonial et autres. Toutefois, il a conclu que celles-ci devaient avoir été considérées pour arriver au partage des biens reflété dans l'ordonnance par consentement du 5 janvier 2016; par conséquent, il n'en a pas tenu compte dans le calcul de l'ordonnance alimentaire rétroactive. Voici ce qu'il a dit concernant les contributions alléguées:

L'intimé prétend qu'il a payé une pension alimentaire pour les enfants de façon indirecte en faisant les versements hypothécaires et en payant d'autres dépenses reliées à leur résidence principale. La question de la division des biens et des dettes fut réglée presque entièrement dans l'ordonnance par consentement du 5 janvier 2016 et à mon avis, tout argument afférent aux dépenses que l'intimé aurait payées envers la résidence principale ou autre doit avoir été pris en considération lors du partage des biens reflété dans l'ordonnance du 5 janvier 2016. Par conséquent, il ne peut soulever cet argument dans le contexte du calcul des arrrages dus par lui-même sous forme de pension alimentaire rétroactive. Nonobstant, la preuve démontre clairement que l'intimé n'a pas effectué de versement de pension alimentaire au bénéfice des enfants entre le 1^{er} octobre 2011 et le 31 décembre 2014, inclusivement.

[par. 53]

[C'est moi qui souligne.]

[41] Monsieur D. ne conteste pas la conclusion du juge selon laquelle il « n'a pas effectué de versement de pension alimentaire au profit des enfants » directement à Mme D. pendant la période en question; mais, il conteste le fait que le juge ait omis de considérer ses contributions indirectes. Il argue que celles-ci n'ont pas fait l'objet d'un règlement entre les parties lors de la signature de l'ordonnance du 5 janvier 2016 ou ailleurs et fait valoir que la preuve n'appuie pas une telle conclusion.

[42] Lors de son témoignage, Monsieur D. a fait référence à certaines de ces contributions et lors de ses plaidoiries finales, il a allégué avoir contribué en tout un montant qu'il estimait au-delà de 114 000 \$ de 2010 à 2014.

[43] Au paragraphe 10 du document de défense, Monsieur D. s'oppose à une ordonnance alimentaire rétroactive et déclare avoir payé diverses dépenses et avoir fait des contributions au bénéfice de l'intimée et des enfants, telles que : versements hypothécaires – pour un montant total de 80 000 \$ – assurance habitation, et taxes foncières pour le foyer matrimonial; sommes d'argent remises directement aux enfants; achat de différents véhicules à moteur pour l'intimée et pour les enfants et paiement des primes d'assurance pour ces véhicules; vêtements, loisirs et articles scolaires pour les enfants; et, l'achat d'un téléphone cellulaire pour un des enfants. Monsieur D. a joint à son document de défense plusieurs relevés de comptes bancaires et de cartes de crédit pour les années 2010 à 2014, afin de soutenir les contributions alléguées pendant la période en question. Dans le mémoire présenté à cette Cour, il fait valoir que les pièces justificatives démontrent des contributions qui s'élèvent à 120 293,50 \$.

[44] Dans l'affidavit qui accompagne son avis de requête, Mme D. déclare que depuis la séparation, Monsieur D. « continue de payer l'hypothèque du foyer matrimonial, de même que son assurance et ses taxes foncières » (par. 28). Elle a témoigné que depuis la séparation Monsieur D. avait fait tous les versements hypothécaires reliés au foyer matrimonial et qu'il avait fait des cadeaux aux enfants.

[45] Au procès, lors de ses plaidoiries finales, l'avocate de Mme D. a reconnu que l'appelant payait certaines dépenses reliées à la résidence matrimoniale et que Mme D. était responsable de la moitié de ceux-ci :

M^E GODIN : C'est, c'est – la, la, la position d'Monsieur, c'est qu'y payait les, les paiements d'maison, qu'y payait ci, qu'y payait ça, mais y nous a pas amené d'preuves dont la, la réponse et, et c'matin pour, pour expliquer au juste qu'est-ce qu'a été payé. Je l'sais qu'y payait pour la maison. Au moins on, on est prêt à dire, Madame restait dans la maison, sa responsabilité c'était la moitié du paiement d'hypothèque.

[Transcription, p. 188, lignes 9 à 16]

[46] Lors de l'audition de l'appel, l'avocate de Mme D. a expliqué que les parties n'avaient pu s'entendre sur le traitement à être donné aux contributions faites par Monsieur D., et ceci avait empêché un règlement sur la question du montant de l'ordonnance rétroactive pour enfants.

[47] Dans le mémoire de Mme D., cette dernière ne prétend pas que les contributions financières alléguées par Monsieur D. avaient été prises en considération lors du partage des biens reflété dans l'ordonnance du 5 janvier 2016. Il est reconnu que des paiements ont été faits par Monsieur D., mais on avance que la pertinence de ceux-ci, vis-à-vis de la question de la pension alimentaire rétroactive, restait à être déterminée :

Finally, the respondent argues that the appellant had the burden of demonstrating that the said payments should be considered in the calculation of the retroactive alimony, which he omitted to do during the trial on September 26, 2017. The respondent argues in addition that [these amounts] were all admitted by consent prior to the trial, but that the appellant had the burden of demonstrating the relevance of these amounts.

[par. 47 du mémoire de l'intimée.]

[48] Ayant arrêté la date à partir de laquelle l'obligation alimentaire s'appliquait, le juge du procès devait en deuxième lieu « évaluer de manière précise l'obligation dont ne s'est pas acquitté le parent débiteur pendant la période ainsi délimitée » (par. 117 de *D.B.S c. S.R.G.*). Il convenait au juge d'examiner si une telle ordonnance était appropriée en l'espèce puisqu'une ordonnance rétroactive n'est pas indiquée dans tous les cas.

[49] De toute évidence, Monsieur D. a fait certaines contributions pendant la période visée par l'ordonnance rétroactive. Le juge devait déterminer si par ces contributions, Monsieur D. avait acquitté son obligation alimentaire rétroactive envers les enfants, soit en partie ou en entier.

[50] L'approche commande que tous les éléments pertinents soient pris en compte pour déterminer si une telle ordonnance est indiquée. Ce n'est qu'après un examen détaillé des faits que le tribunal pourra se prononcer sur le montant d'une ordonnance rétroactive.

[51] Comme le mentionnait le juge Bastarache dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, le comportement du parent débiteur est un des éléments dont le tribunal doit tenir compte pour statuer sur une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive. Un parent qui paie certaines dépenses peut s'acquitter indirectement de son obligation de verser une pension alimentaire :

Enfin, je mentionne également que le comportement du parent débiteur peut militer contre une ordonnance rétroactive. Le tribunal doit donc déterminer si, au vu de son comportement, le parent débiteur a rempli son obligation alimentaire. Par exemple, le parent débiteur qui participe à certaines dépenses au-delà de ce que prévoit une ordonnance ou un accord peut s'acquitter indirectement de son obligation de verser une pension alimentaire plus élevée. Ce n'est pas que le parent débiteur puisse décider à son gré des postes de dépenses; il ne lui appartient pas de satisfaire à son obligation alimentaire en achetant une nouvelle bicyclette à l'enfant : voir *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), par. 79-80. Mais lorsque, compte tenu de toutes les circonstances, le tribunal estime que la contribution du parent débiteur lui a permis de s'acquitter de son obligation alimentaire, nulle ordonnance alimentaire rétroactive ne devrait être rendue.

[par. 109]

[52] La *Loi sur les services à la famille* prévoit que la cour saisie d'une demande de soutien peut ordonner qu'un conjoint soit tenu de payer les charges financières relatives au foyer matrimonial (al. 116(1)g). Par conséquent, si des paiements de cette nature ont été faits sans ordonnance, le tribunal peut certainement en tenir compte pour déterminer le montant de la pension alimentaire rétroactive.

[53] Le juge du procès devait déterminer si Monsieur D. s'était acquitté indirectement de son obligation alimentaire en faisant les contributions alléguées. Il n'a pas fait l'analyse requise puisqu'il a conclu que les contributions avaient été considérées lors du partage des biens reflété dans l'ordonnance du 5 janvier 2016. Avec égards, cette conclusion factuelle n'est pas appuyée par la preuve.

[54] Ladite ordonnance précise que la pension alimentaire rétroactive demeure en litige; l'ordonnance est muette sur la question des contributions faites par Monsieur D. depuis la séparation. Vu la valeur estimée des contributions revendiquées par Monsieur D., il me semble que Mme D. l'aurait clairement indiqué dans l'ordonnance si celles-ci avaient été prises en considération lors du partage des biens reflété par ladite ordonnance, comme déterminé par le juge du procès. Monsieur D. allègue qu'une telle entente n'a pas été convenue et cette allégation n'a pas été contredite par Mme D.

[55] Pour déterminer la question de la pension alimentaire rétroactive, le juge devait examiner le comportement de Monsieur D. afin de déterminer s'il s'était acquitté de son obligation alimentaire en participant à certaines dépenses comme l'alléguait ce dernier. Le juge n'a pas tenu compte d'une considération pertinente pour statuer sur la demande, de sorte que sa conclusion concernant le montant de la pension alimentaire rétroactive a été affectée. Il en est résulté un préjudice important. J'estime que l'omission constitue une erreur judiciaire.

[56] Je suis d'avis que la question du montant de l'ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants doit être renvoyée au tribunal de première instance afin qu'il détermine si les contributions de Monsieur D., pendant la période en question, lui ont permis de s'acquitter indirectement de son obligation alimentaire rétroactive, en partie ou en entier.

(3) Le troisième et le quatrième moyen d'appel

[57] Le juge a ordonné le paiement immédiat de l'ordonnance rétroactive – une somme de 73 149 \$. La décision de ce dernier ne fait pas mention du revenu de Monsieur D.; cependant, l'ordonnance du 26 septembre 2017 – étant la journée de l'audition de la requête – établit le revenu annuel de Monsieur D. à 28 236 \$ pour les fins du calcul de la pension alimentaire prospective. La capacité du débiteur de payer une ordonnance rétroactive doit être analysée selon les circonstances existantes au moment où l'ordonnance est rendue. Le tribunal doit tenir compte des difficultés que pourrait causer une ordonnance rétroactive pour le parent débiteur. Comme le faisait remarquer le juge Bastarache dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, en plus de l'incidence des difficultés excessives sur le montant de pension alimentaire pour enfants, déjà prévue par les *Lignes directrices*, « il convient également d'examiner les difficultés généralement susceptibles de découler d'une ordonnance rétroactive pour décider de son opportunité » (par. 114). Et, [...] « le montant de la pension rétroactive n'est pas intrinsèquement lié aux ressources actuelles du parent débiteur. [...] Bref, l'ordonnance rétroactive se distingue de l'ordonnance prospective par la manière dont elle perturbe la gestion des finances du parent débiteur. Le tribunal doit en tenir compte » (par. 115).

[58] Monsieur D. allègue que le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que l'ordonnance alimentaire rétroactive ne lui infligerait pas de fardeau excessif et en ne donnant pas de motifs suffisants pour expliquer comment il en est arrivé à cette décision.

[59] Vu que je suis d'avis d'annuler l'ordonnance rétroactive et de renvoyer le calcul de l'ordonnance au tribunal de première instance, la question de la capacité du débiteur de payer le montant ordonné devient théorique. Le cas échéant, cette question devra faire l'objet d'une analyse au moment où l'ordonnance rétroactive serait octroyée. Il n'est donc pas nécessaire de traiter de ces deux derniers moyens d'appel

V. Dispositif

[60] Je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie afin de renvoyer au tribunal de première instance la question de la pension alimentaire rétroactive au profit des enfants pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2014, afin qu'il détermine le montant de l'ordonnance alimentaire conformément aux présents motifs.

[61] Vu le succès partiel de Monsieur D., je lui accorderais des dépens afférents à l'appel de 1500 \$.

LAVIGNE, J.A.

I. Introduction and background

[1] Mr. D. requests that the decision of a judge of the Court of Queen's Bench be set aside and that a new trial be held. The appeal essentially concerns three matters: (1) the trial judge's duty to assist a party who is not represented by counsel; (2) the merits of a retroactive child support order issued under the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2; and (3) the date of the parties' separation.

[2] Mr. D. and Ms. D. began living together in 1990, and they married in 1993; they have three children who are 22, 19 and 17 years of age. The parties signed a separation agreement on March 29, 2006. They separated either on March 16, 2003, according to the father, or on April 16, 2010, according to the mother. The children continued to reside with their mother in the marital home after the separation.

[3] Since the separation, Mr. D. has contributed financially to various expenses relating to the marital home as well as to other expenses, but no support has been paid directly to Ms. D.

[4] Ms. D. filed a Notice of Application on September 26, 2014. Mr. D. filed his Statement of Defence on November 26, 2014. He was represented by the same lawyer from the beginning of the proceedings until the end of November 2016, at which time he filed a notice that he was representing himself. Three motions were filed between the filing of the Notice of Application and the hearing of the application. The parties signed three consent orders: the first was signed on November 28, 2014, the second on January 5, 2016 (following a settlement conference), and the last was signed on September 26, 2017 – just prior to the beginning of the hearing of the application. These orders settled the motions, but they also settled the application in part. The orders dealt with custody,

access and child support – both retroactive and prospective, as well as with the exclusive possession of the marital home and the division of certain marital property and debts. Under the order dated January 5, 2016, the marital home was transferred to Ms. D., and she assumed the mortgage debt on the home.

[5] At the beginning of the hearing of the application, it was clear that the issue of retroactive child support for the period extending from October 1, 2011, to December 31, 2014, as well as the validity of the 2006 separation agreement remained outstanding between the parties.

[6] The hearing took place on September 26, 2017, and lasted only one day. The judge delivered a written decision on December 8, 2017, directing the immediate payment by Mr. D. of retroactive child support for the three children in the amount of \$73,149 for the period extending from October 1, 2011, to December 31, 2014; setting aside the 2006 separation agreement; and apportioning the contributions made to Mr. D.'s pension fund during the cohabitation, calculated on the basis of a separation date of April 16, 2010.

[7] For the following reasons, I have not been convinced that Mr. D. was deprived of a fair trial nor that the trial judge erred in finding that the parties separated on April 16, 2010. However, I conclude that the trial judge erred in finding that Mr. D.'s contributions had been considered in the division of property reflected in the order dated January 5, 2016, and could not, therefore, be considered in calculating the retroactive child support. I would refer back to the court of first instance the calculation of the retroactive child support for the period extending from October 1, 2011, to December 31, 2014.

II. Grounds of appeal

[8] According to the Notice of Appeal and the Supplementary Notice of Appeal, Mr. D. raises seven grounds of appeal. He claims that the trial judge erred in law in:

- a. Setting aside the separation agreement dated March 29, 2006;
- b. Finding that child support would be payable retroactive to October 1, 2011;
- c. Finding that a retroactive order would not impose an excessive burden on him;
- d. Failing to provide sufficient reasons explaining how he determined that a retroactive award would not impose an excessive burden on him;
- e. Failing to provide him with sufficient assistance during the trial, where he was representing himself;
- f. Failing to consider, in calculating the retroactive child support, the financial contributions he had made for the benefit of the respondent and the dependent children;
- g. Finding that the parties' date of separation was April 16, 2010.

III. Standard of review

[9] Before analyzing the merits of the grounds raised by Mr. D., it is necessary to examine the applicable standard of review. This Court has considered the standard of review to be applied in family law matters on numerous occasions; it is a standard that calls for great deference to be shown to the trial judge's findings. A statement that

expresses this standard clearly and succinctly was recently made by Larlee J.A. in *Gillespie v. Gillespie*, 2018 NBCA 22, [2018] N.B.J. No. 77 (QL), where she states that:

The applicable standard of review in a family case allows intervention by this Court only where there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law: *L.R.R. v. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] N.B.J. No. 2 (QL); *L.D.M. v. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] N.B.J. No. 259 (QL); *Yorke v. Yorke*, 2011 NBCA 79, 378 N.B.R. (2d) 141. With respect to the standard of review concerning findings of fact and discretionary orders the Court may only overturn a trial judge's finding of fact if it is the result of a palpable and overriding error, and may only interfere with a discretionary order if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence: *Lang v. Lang*, [2007] N.B.J. No. 348 (C.A.) (QL). The order under attack in this appeal is a discretionary one. [para. 8]

[10] The Court of Appeal cannot retry a case. In *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, Bastarache J., writing for the Supreme Court of Canada, explains what constitutes a material error that would warrant a reconsideration of the evidence by an appellate court:

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence. [para. 15]

IV. Analysis

[11] In his Submission, as well as during the hearing of the appeal, Mr. D. informed the Court that he would no longer pursue his first ground of appeal – the setting aside of the separation agreement dated March 29, 2006; this therefore puts an end to this ground. The second, third, fourth and sixth grounds of appeal all relate to the retroactive support order; I will therefore address them together. I will, however, first deal with the fifth ground of appeal – the assistance provided by the trial judge, followed by the seventh ground of appeal – the date of separation.

A. *The fifth ground of appeal – the assistance provided by the judge*

[12] Mr. D. claims that the judge erred in law in failing to provide him with appropriate assistance during the trial and that the fairness of the proceedings was thereby compromised.

[13] The parties agree that the judge has a duty, during a trial, to provide a minimum of assistance and instruction to a self-represented party. He or she must provide such litigants with information to assist them in understanding the proceedings, asserting their rights, or raising arguments before the court. However, as the judge responsible for presiding at the trial, not only must he or she remain unbiased, he or she must also be perceived as such by all the parties involved. The extent to which a judge must assist a self-represented litigant is a question of judicial discretion. The judge may not become a party's lawyer or strategic counsel. A party cannot expect the same level of assistance that legal counsel could provide.

[14] The Canadian Judicial Council has issued a statement of principles on self-represented persons in order to promote equal access to justice, equal treatment under the law, and efficiency in the administration of justice: *Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons*, September 2006 on-line:

http://publications.gc.ca/collections/collection_2007/cjc-ccm/JU14-6-2006E.pdf.

According to the *Statement of Principles*, judges and other participants in the justice system have a responsibility to promote opportunities for all persons to understand and meaningfully present their case, regardless of representation.

[15] Recently, in *Cabana v. Newfoundland and Labrador*, 2018 NLCA 52, [2018] N.J. No. 274 (QL), the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador examined a trial judge's responsibility with respect to self-represented litigants and the relevance of the *Statement of Principles* for judges. In that case, the appellant specifically raised as a ground of appeal the alleged failure of the trial judge to apply the *Statement of Principles*. Chief Justice Green's in-depth analysis can be found at paras. 41 to 62.

[16] Chief Justice Green confirms the trial judge's obligation to guarantee the fairness of the trial while remaining a neutral arbitrator:

To maintain both the reality and perception of fairness, therefore, the judge must strive to achieve a fine balance between the way he or she provides specialized treatment for the self-represented litigant and the application of the expectation of non-intervention that would otherwise apply. There is obviously no pat formula as to how that is to be achieved in a given case. It is context-specific and a matter of judgment, recognizing that in the application of general principles rather than specific rules, there is always room for a margin of error, viewed from hindsight. [para. 50]

[17] He points out that the Supreme Court of Canada has endorsed the *Statement of Principles* adopted by the Canadian Judicial Council and that it has been recognized or applied by several appellate courts (para. 51).

[18] However, he explains that the Statements, Principles and Commentaries are advisory in nature and are not intended to be a code of conduct (para. 52). He provides the following summary of the *Statement of Principles*:

The *Principles* open with a statement of responsibility on the part of judges, court officials and members of the Bar amongst others “to ensure that self-represented persons are provided with fair access and equal treatment by the court” which includes “opportunities for all persons to understand and meaningfully present their case” (Statement “A”) and promotion of “access to the justice system for all persons on an equal basis” (Statement “B”), with all participants in the system being “accountable” for understanding and fulfilling their roles in achieving the goals of equal access to justice, including procedural fairness” (Statement “C”). They recognize that “treating all persons alike does not necessarily result in equal justice” (Commentary #3 to Statement “B”) and that therefore it is consistent with the requirements of judicial neutrality and impartiality for a judge to engage in “affirmative and non-prejudicial steps” relative to management of the case and the courtroom in order to address any potential of unequal treatment that might otherwise result (Commentary #1 to Statement “B”). [...] [para. 53]

[19] Chief Justice Green states that the failure to follow the approach described in the *Statement of Principles* in a manner that renders the trial unfair can result in error and lead to a new trial (para. 56), but he adds:

It follows from this analysis that it is not sufficient to allege as a ground of appeal either in the notice of appeal or otherwise that a breach of the *Principles* has occurred, in the abstract. Such an assertion would not justify appellate intervention. The appellant must go further and assert or otherwise make apparent how failure to observe, consider or apply the *Principles* affected trial fairness or resulted in an unfair exercise of discretion resulting in materially unequal treatment affecting the self-represented litigant’s access to equal justice. [para. 62]

[20] Mr. D. admits that the trial judge provided him with some assistance during the trial, notably by explaining the procedure several times at various stages of the trial; by preventing, on his own initiative, Ms. D.’s lawyer from asking certain questions that she wanted to ask; by asking a certain number of questions himself; by offering him breaks to allow him to better prepare his case; and by encouraging him to take his time in

order to ensure that he put forth all of his arguments. However, he claims that the assistance provided was inadequate.

[21] He mentions in particular the fact that the trial judge did not encourage him to further question Ms. D. or her witness. Mr. D. only asked Ms. D. one question, and he didn't ask the other witness, Ms. D.'s mother, any questions.

[22] He also claims that he was not provided the opportunity to call other witnesses. At the beginning of the trial, Mr. D. informed the judge that he didn't have any witnesses with him [TRANSLATION] "on that day." At the end of Mr. D.'s testimony, the judge asked him if he wanted to call other witnesses, and he answered that he did not have any witnesses with him [TRANSLATION] "at this time." Mr. D. did not indicate that he wished to call other witnesses, and he did not ask the judge to grant an adjournment to allow him to call witnesses at another time. He now claims that the judge should have encouraged him to call as witnesses certain persons that he had mentioned in his testimony and offered to adjourn the trial to the following day to allow him to call them.

[23] In his Statement of Defence, Mr. D. seeks "occupation rent" beginning in 2010 (para. 15). None of the consent orders mention occupation rent, and the trial judge does not address this issue in his decision. Mr. D. claims that, under the circumstances, the judge was required to raise the issue of occupation rent on his own initiative. It should be noted that several of the remedies sought in the Notice of Application and the Statement of Defence were not argued during the trial, since they had already been settled. Mr. D. states that he did not abandon this claim; however, he never mentioned the claim during the trial. A litigant must make reasonable efforts to present his own case.

[24] Under the order agreed to on November 28, 2014, Ms. D. was awarded exclusive possession of the marital home; the respondent has, in fact, had exclusive possession of the marital home since the separation. The *Marital Property Act*, R.S.N.B. 2012, c. 107, states that the Court may award exclusive possession of a marital home to a

spouse (para. 23(1)(a)) and direct a spouse to whom exclusive possession of a marital home is given to pay such periodic payments to the other spouse as are prescribed (para. 23(1)(c)). In this case, the order awarding Ms. D. exclusive possession does not direct her to pay periodic payments to Mr. D. with respect to the use of this home.

[25] In the Statement of Defence, the claim for “occupation rent” is under the heading [TRANSLATION] “marital home.” Section 23 of the *Marital Property Act*, which deals with exclusive possession and occupation rent, is in Part 2 of the *Act*, entitled “*Marital Home and Household Goods*.” The issue of the marital home was settled in section IV of the order dated January 5, 2016, entitled [TRANSLATION] “*Under the Marital Property Act: IV Marital Home*;” as previously noted, para. IV(e) states that the only outstanding issue with respect to the division of property is the division of Mr. D.’s pension fund. When this order was signed, Mr. D. was still represented by a lawyer, who signed as subscribing witness. Under the circumstances, I cannot find that the trial judge erred in failing to address the issue of occupation rent.

[26] Mr. D. received legal advice from a lawyer from November 2014 to November 2016. The parties prepared for the trial that was scheduled for January 5 to 7, 2016. Instead of proceeding to trial on January 5, 2016, the parties took part in a settlement conference that resulted in the order that the parties signed in the presence of their respective legal counsel on January 5, 2016. Mr. D.’s supporting documents, assembled by his lawyer, were part of the trial record; all of the documents were entered into evidence by consent. It was not a complicated trial. Ms. D. testified and called her mother as a witness. Mr. D. testified, but he did not call any witnesses. The trial lasted only one day; there were only a few outstanding issues. Mr. D. was aware of the outstanding issues.

[27] I read the entire transcript of the trial. The file adds nothing that, in my opinion, would persuade me to find that Mr. D. was deprived of a fair trial. It seems that Mr. D. is asking us to retry the case. It is not for us to do this within the context of an appeal. I would dismiss this ground of appeal.

B. *The seventh ground of appeal – the date of separation*

[28] Mr. D. argues that the trial judge erred in law in finding that the parties separated on April 16, 2010, rather than on March 16, 2003, as he claims. In this case, setting the date of separation was closely linked to the parties' testimony. In his decision, the trial judge mentions several pieces of evidence that corroborate Ms. D.'s testimony on this issue.

[TRANSLATION]

Several pieces of evidence corroborate the applicant's testimony that they were not separated since 2006, including photos of the respondent with the applicant and the three children during the Christmas period, during vacations, and during a trip in the Quebec area when his brother got married. Also, his personal effects remained in the house, the respondent participated in family reunions of both families, and their relationship continued as it was before the agreement was signed. During two summers, the applicant even went to the Sussex area with the Children to set up their trailer, so that they could be closer to the respondent when he was off work. The applicant and the three girls also visited the respondent in Saint John, New Brunswick, when he was working there in 2008 and 2009. [para. 33]

[29] Where there was conflicting evidence, the trial judge preferred Ms. D.'s testimony to that of Mr. D. A trial judge's findings on credibility are to be given great deference by appellate courts: *V.C. and J.C. v. The Minister of Social Development et al.*, 2015 NBCA 28, 435 N.B.R. (2d) 205 (para. 20).

[30] In this case, the date of separation is a finding of fact made by the trial judge. This Court's intervention would therefore only be justified if it is established that the trial judge made a palpable and overriding error in his assessment of the facts or in the inferences that he has drawn therefrom. No such error has been demonstrated here.

[31] The trial judge had sufficient evidence on which to base his findings. In as much as the trial judge's findings are a reasonable inference drawn from the facts, the appellate court shall not interfere with the decision. Therefore, there is no error allowing appellate intervention. I would dismiss this ground of appeal.

C. *Retroactive child support for the period from October 1, 2011, to December 31, 2014*

[32] Mr. D. is totally opposed to an award of retroactive child support, and four grounds of appeal relate to this issue. Mr. D. disputes the merits of child support retroactive to October 1, 2011, the calculation of the amount for the period in question – October 1, 2011, to December 31, 2014, and the finding relating to his ability to immediately pay the amount awarded - \$73,149. I shall examine these grounds in turn.

(1) The second ground of appeal

[33] Mr. D. claims that the trial judge erred in law in finding that the child support would be payable retroactive to October 1, 2011 – three years before the application was filed. He claims that he was only given effective notice that support was to be paid on September 27, 2014, when he was served with the Notice of Application dated September 26, 2014, and he disputes any award of support retroactive to a date earlier than September 27, 2014.

[34] Ms. D. testified that she asked Mr. D. for financial assistance for the children between 2010 and the date on which her Notice of Application was filed but that he refused to give her any money directly. Mr. D.'s testimony corroborates these statements. He testified that he knew that he had to contribute \$1,000 per month for child support under the 2006 separation agreement, and he did this indirectly by paying several major expenses for the respondent and the children. He testified that he had explained to Ms. D. that she was better off accepting these indirect contributions, which according to him amounted to more than \$1,000 per month, rather than bringing legal proceedings.

[35] In *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231, the Supreme Court endorsed the rule under which a court that finds that a payor parent is deficient in his child support obligations may make a retroactive award on the basis of applicable laws (paras. 118 to 130). The *Family Services Act* authorizes the court to order “the payment of support to be made in respect of any period before the date of the order” (para. 116(1)(i)).

[36] *D.B.S.* provides that the order of child support should generally be retroactive to the date on which the recipient parent gave the payor parent effective notice that support was to be paid, without exceeding three years. However, if the payor parent has engaged in blameworthy behaviour, these time limits may be extended (para. 125). Ms. D. testified that she broached the subject with Mr. D. as of 2010, the year of the separation.

[37] The trial judge’s reasons show that he took into account the relevant factors set out in *D.B.S. v. S.R.G.* when he found that Mr. D. had a child support obligation for a period of three years preceding the date on which the application was filed. I find no error arising from that determination. I would therefore dismiss this ground of appeal.

(2) The sixth ground of appeal – indirect contributions

[38] Mr. D. claims that the trial judge erred in law in failing to consider, when calculating the retroactive support award, the indirect contributions he made for the benefit of the respondent and the children.

[39] Considering Mr. D.’s income for the period extending from October 1, 2011, to December 31, 2014, the judge ordered that he immediately pay \$73,149 in retroactive support for the three children. He did not consider the contributions that Mr. D. claims to have made during this same period.

[40] The judge recognized that Mr. D. claimed to have paid child support indirectly by paying various expenses relating to the marital home as well as other expenses during the period in question. However, he found that these payments must have been taken into account in determining the division of property reflected in the consent order dated January 5, 2016; therefore, he did not take them into account in calculating the award of retroactive support. Here is what he said with respect to the alleged contributions:

[TRANSLATION]

The respondent claims to have paid child support indirectly by making mortgage payments and by paying other expenses relating to their principal residence. The division of property and debts was almost entirely settled in the consent order dated January 5, 2016, and I find that any argument pertaining to the expenses that the respondent might have paid with respect to the principal residence or other items must have been taken into account upon the division of property reflected in the order dated January 5, 2016. Therefore, he cannot raise this argument with respect to the calculation of the arrears that he owes as retroactive child support. However, the evidence clearly shows that the respondent did not pay any child support between October 1, 2011, and December 31, 2014, inclusively. [para. 53]

[Emphasis added.]

[41] Mr. D. does not dispute the judge's finding that he [TRANSLATION] "did not pay any child support" directly to Ms. D. during the period in question; he does, however, takes issue with the fact that the judge failed to take his indirect contributions into account. He argues that these contributions were not part of any settlement between the parties when the order dated January 5, 2016, was signed or elsewhere and submits that the evidence does not support such a finding.

[42] During his testimony, Mr. D. referred to some of these contributions, and in his final submissions, he claimed to have contributed an amount that he estimated to be in excess of \$114,000 from 2010 to 2014.

[43] In paragraph 10 of the Statement of Defence, Mr. D. disputes an award of retroactive child support and claims to have paid various expenses and made various contributions for the benefit of the respondent and the children: mortgage payments – for a total of \$80,000 - home insurance, and property taxes for the marital home; money given directly to the children; purchase of various motor vehicles for the respondent and for the children and payment of the insurance premiums for these vehicles; clothing, recreational activities and school supplies for the children; and the purchase of a cellphone for one of the children. Mr. D. attached to his Statement of Defence several bank and credit card statements for the years 2010 to 2014, in support of the alleged contributions during this period of time. In his submission to this Court, he argues that the supporting documents show contributions adding up to \$120,293.50.

[44] In the affidavit accompanying her Notice of Application, Ms. D. states that since the separation, Mr. D. [TRANSLATION] “continues to pay the mortgage on the marital home, as well as the insurance and the property taxes on the home” (para. 28). She testified that, since the separation, Mr. D. has made all the mortgage payments on the marital home and has given gifts to the children.

[45] At the trial, during her final submissions, counsel for Ms. D. admitted that the appellant was paying certain expenses related to the marital home and that Ms. D. was responsible for half of these expenses:

[TRANSLATION]

Ms. GODIN : It's, it's, his, his, his position, that he was making the, the house payments, that he was paying this and that, but he didn't provide us with any evidence including the, the answer and, and this morning, to explain exactly what was paid. I know that he was paying for the house. At least we, we're ready to say that Ms. D. stayed in the house, she was responsible for half of the mortgage payment.

[Transcript, p. 188, lines 9 to 16]

[46] During the hearing of the appeal, counsel for Ms. D. explained that the parties were unable to agree on how Mr. D.'s contributions were to be treated, and this had prevented an agreement on the issue of retroactive child support.

[47] In her submission, Ms. D. does not allege that the financial contributions that Mr. D. claims to have made were taken into account in the division of property reflected in the order dated January 5, 2016. It is agreed that payments were made by Mr. D., but it is argued that the relevance of these payments with respect to the issue of retroactive child support has yet to be determined:

[TRANSLATION]

Finally, the respondent argues that it was incumbent upon the appellant to show that the said payments were to be taken into account in calculating the retroactive child support, and that he failed to do this during the trial held on September 26, 2017. The respondent also argues that [these amounts] were all admitted by consent prior to the trial, but that it was incumbent upon the appellant to demonstrate the relevance of these amounts.

[para. 47 of the respondent's Submission]

[48] Having decided the date to which the support obligation should be retroactive, the trial judge then had to "decide the amount of support that would adequately quantify the payor parent's deficient obligations during that time" (para. 117 of *D.B.S v. S.R.G.*). The judge then had to determine if such an award should be ordered in this case, since it is not always appropriate for a retroactive award to be ordered.

[49] Evidently, Mr. D. made certain contributions during the period covered by the retroactive award. The judge had to determine if, by these contributions, Mr. D. fulfilled his obligation to pay retroactive child support, in whole or in part.

[50] Under this approach, all relevant factors are to be taken into account to determine if such an award is appropriate. It is only after a comprehensive review of the facts that the court can determine the amount of the retroactive award.

[51] As Bastarache J. stated in *D.B.S. v. S.R.G.*, the payor parent's conduct is one of the factors that the court must take into account in determining whether or not retroactive support should be awarded. A parent who pays certain expenses can indirectly satisfy his or her support obligation:

Finally, I should also mention that the conduct of the payor parent could militate against a retroactive award. A court should thus consider whether conduct by the payor parent has had the effect of fulfilling his/her support obligation. For instance, a payor parent who contributes for expenses beyond his/her statutory obligations may have met his/her increased support obligation indirectly. I am not suggesting that the payor parent has the right to choose how the money that should be going to child support is to be spent; it is not for the payor parent to decide that his/her support obligation can be acquitted by buying his/her child a new bicycle: see *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), at paras. 79-80. But having regard to all the circumstances, where it appears to a court that the payor parent has contributed to his/her child's support in a way that satisfied his/her obligation, no retroactive support award should be ordered. [para. 109]

[52] The *Family Services Act* provides that, in an application for support, the court may order that a spouse assume the obligation to pay liabilities arising in respect of the marital home (para. 116(1)(g)). Accordingly, if such payments have been made without an order, the court may certainly take them into account in determining the amount of retroactive support.

[53] The trial judge had to determine if Mr. D. had indirectly satisfied his support obligation by making the alleged contributions. He did not make the required analysis, since he found that the contributions had been considered in the division of property reflected in the order dated January 5, 2016. With respect, the evidence does not support this finding of fact.

[54] That order states that retroactive support remains an outstanding issue; the order does not mention contributions made by Mr. D. since the separation. Considering

the estimated value of the contributions that Mr. D. claims to have made, it seems to me that Ms. D. would have clearly mentioned it in the order if they had been taken into account in the division of property reflected in the order, as found by the trial judge. Mr. D. claims that there was no agreement in this respect, and this claim has not been disputed by Ms. D.

[55] In determining whether retroactive support should be awarded, the judge was required to examine Mr. D.'s conduct, in order to determine if he had satisfied his support obligation by contributing to certain expenses, as he claimed. In order to rule on the application, the judge did not take a relevant factor into account, thereby impacting his findings on the amount of retroactive support. This resulted in a substantial wrong. I find that this omission amounts to a judicial error.

[56] I conclude that the issue of retroactive child support must be referred back to the court of first instance for purposes of determining if Mr. D.'s contributions during the relevant period have had the effect of indirectly satisfying his retroactive support obligation, in whole or in part.

(3) The third and fourth grounds of appeal

[57] The judge ordered the immediate payment of the retroactive award – an amount of \$73,149. His decision does not mention Mr. D.'s income; however, the order dated September 26, 2017 – the day the application was heard – set Mr. D.'s annual income at \$28,236 for the purpose of calculating the prospective child support. The payor's ability to pay a retroactive award must be examined in light of the circumstances existing at the time the order is made. The court must take into account the difficulties that a retroactive award may cause the payor parent. As Bastarache J. pointed out in *D.B.S. v. S.R.G.*, even if the *Guidelines* already detail the role of undue hardship in determining the quantum of a child support order, “a broad consideration of hardship is also appropriate in determining whether a retroactive award is justified” (para. 114). Also, [...] “the calculation of retroactive awards is not intrinsically linked to what the

payor parent can currently afford. [...] In short, retroactive awards disrupt payor parents' management of their financial affairs in ways that prospective awards do not. Courts should be attentive to this fact" (para. 115).

[58] Mr. D. claims that the trial judge erred in law in finding that the retroactive support award would not impose an excessive burden on him and in failing to provide sufficient reasons to explain how he arrived at this finding.

[59] Since I have decided to set aside the retroactive support order and to refer the calculation of the award back to the court of first instance, the issue of the payor's ability to pay the award becomes moot. This issue shall be examined when the retroactive order is made, if such is the case. It is therefore not necessary to address these last two grounds of appeal.

V. Disposition

[60] I would allow the appeal in part and refer back the issue of retroactive child support for the period extending from October 1, 2011, to December 31, 2014, to the court of first instance for a determination of the amount of the award of child support in accordance with these reasons.

[61] Since Mr. D. has been successful in part, I would award him costs on the appeal in the amount of \$1,500.