

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

83-18-CA

R.B. APPELLANT APPELLANT

- and -

- et -

A.G. RESPONDENT INTIMÉE

R.B. v. A.G., 2019 NBCA 53

R.B. c. A.G., 2019 NBCA 53

CORAM:

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

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 4, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 4 juillet 2018

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 122

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 122

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
Aucune

Appeal heard:
May 14, 2019

Appel entendu :
le 14 mai 2019

Judgment rendered:
June 27, 2019

Jugement rendu :
le 27 juin 2019

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellant:
Mélanie Monique McGrath

Pour l'appelant :
Mélanie Monique McGrath

A.G., on her own behalf

A.G., en son propre nom

THE COURT

The appeal is dismissed with no order of costs.

LA COUR

L'appel est rejeté sans dépens.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR

[1] Les parties se sont mariées le 2 août 2002 et se sont séparées le 29 décembre 2009. Deux enfants, âgés de 14 et 15 ans, sont nés de cette union. Le 5 août 2011, les parties ont signé un accord de séparation, et quelques années plus tard, soit le 9 juin 2014, une requête en divorce a été déposée. Une réponse et une demande reconventionnelle ont été déposées le 4 mai 2015. La juge du procès a accordé un jugement en divorce et a aussi déterminé certaines questions, soit l'attribution d'un revenu à l'appelant, la détermination d'une prestation alimentaire pour enfant et les arriérés, ainsi que la contribution des parties aux dépenses spéciales et extraordinaires.

[2] L'appelant prétend que la juge de première instance a commis une erreur de droit en se fondant sur une preuve extrinsèque.

[3] Au début de l'audience devant nous, l'appelant a demandé que soit reçue une nouvelle preuve en appel, laquelle, selon lui, appuie son moyen d'appel portant sur la question d'attribution d'un revenu. L'intimée conteste l'admission de cette preuve et soutient que l'appel devrait être rejeté.

[4] Nous rejetons la motion en production de nouveaux éléments de preuve. Bien que la règle 62.21 des *Règles de procédure* nous autorise à recevoir de nouveaux éléments de preuve, le cadre analytique qui régit une demande de ce genre exige que plusieurs critères soient satisfaits. Ces critères, établis dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), sont souvent cités dans l'examen d'une motion de ce genre. Ils ont été récemment appliqués dans *Sutherland c. Alatishe*, 2018 NBCA 21, [2018] A.N.-B. n° 105 (QL) :

[...]

1. On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu

être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles [...]

2. La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
3. La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
4. Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [par. 12]

[5] Le nouvel élément de preuve en l'espèce est un affidavit de l'appelant dans lequel il déclare en partie ce qui suit :

La semaine que la décision a été rendu, mon avocat lors du procès, Stephen J. Doucet, a reçu un appel téléphonique d'un autre avocat qui pratique dans la région de Moncton.

M^e Doucet m'a indiqué que l'avocat qui lui avait contacté lui a dit qu'il représentait un client qui travaillait au Palais de Justice à Moncton. Le client aurait entendu le juge du procès parlé avec un autre juge pour qui j'avais fait du travail antérieurement.

Le client aurait entendu l'autre juge dire au juge du procès qu'elle m'avait payé pour mon travail en argent comptant.

Je n'ai jamais été embauché par un juge, mon employeur avait été embauché par une juge qui siège à Moncton. Le juge aurait payé mon employeur, et non moi pour le travail fait. Mon employeur ma seulement payé mon salaire régulier.

Le problème avec cette preuve est qu'une des questions en litige au procès était attribution de mon revenu.

Je me défendais par rapport aux allégations que je ne déclarais pas tout mon revenu.

Dans la décision, [la juge du procès] m'a attribué un revenu au-delà de ce que je déclarais.

Le fait que la [juge du procès] a parlé avec un autre juge qui a indiqué qu'elle m'avait payé en argent comptant donne l'apparence que la [juge du procès] c'est fié ou aurait pu se fier sur cette preuve obtenue à l'extérieur du procès.

Si cette preuve aurait sorti au procès qu'une juge aurait payé en argent comptant, j'aurais pu emmener mon employeur à témoigner pour confirmer que c'était vraiment mon employeur qui avait reçu l'argent comptant et non moi. [par. 5-13]

[6] Selon nous, cette présumée nouvelle preuve n'est qu'une allégation fondée uniquement sur du ouï-dire. En fait, le ouï-dire se multiplie puisqu'il s'agit de ouï-dire fondé sur du ouï-dire. Un avocat inconnu, qui représente un client dont le nom est aussi inconnu, a téléphoné à l'avocat de l'appelant en disant qu'une conversation a été entendue par son client qui travaille au Palais de Justice à Moncton, entre un juge inconnu avec la juge du procès dans un endroit non précisé du Palais de Justice. La conversation a traité d'un travail effectué par l'appelant et arrangé par un employeur aussi inconnu. Par conséquent, la nouvelle preuve proposée n'est pas plausible, en ce sens qu'on ne puisse pas raisonnablement y ajouter foi.

[7] De plus, une conversation entre deux juges serait généralement privilégiée. Dans l'arrêt *Carrier c. Carrier* (2006), 306 R.N.-B. (2^e) 184, [2006] A.N.-B. n^o 430 (QL), le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) souligne :

Le secret en question impose au personnel de soutien une obligation de confidentialité et, corrélativement, un devoir de discrétion. La non-divulgence des communications privées qui sont reliées à l'exécution par le juge de ses fonctions, même à l'occasion d'une instance judiciaire, est également essentielle au bon fonctionnement de l'appareil judiciaire. Le droit ne saurait permettre qu'un juge de procès ait à se constituer partie à un appel de sa décision afin de contre-interroger son personnel de soutien ou de témoigner. Ces communications font donc l'objet d'un « privilège générique » (*R. c. Frosty and Gruenke* [1991] 3

R.C.S. 263, 130 N.R. 161; 75 Man.R.(2d) 112; 6 W.A.C. 112, aux pages 288-289 et *R. c. T.K.E.*, [2005] A.N.-B. n° 91; 281 R.N.-B. (2^e) 360; 736 A.P.R. 360; 2005 NBCA 27). Il s'ensuit que ces communications sont *prima facie* inadmissibles en preuve dans le cadre d'un appel mettant en cause la décision du juge impliqué dans l'échange. [par. 8]

[8] Dans l'arrêt *R. c. Tesky*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267, la Cour suprême explique que les juges de première instance jouissent d'une présomption d'intégrité qui englobe la notion d'impartialité. Charon J. décrit cette notion d'intégrité judiciaire et d'impartialité judiciaire comme suit:

Comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt *S. (R.D.)*, l'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. La présomption que les juges s'acquitteront des obligations qu'ils se sont engagés sous la foi du serment à remplir peut néanmoins être réfutée. Il incombe donc à l'appelant de présenter une preuve convaincante, démontrant qu'eu égard aux circonstances de l'espèce une personne raisonnable craindrait que les motifs constituent une justification a posteriori du verdict plutôt que l'exposé du raisonnement ayant conduit à celui-ci. [par. 21]

[9] Pour sa part, Abella J. souligne que la présomption d'impartialité a une importance considérable puisque la norme qui doit être satisfaite pour établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est exigeante étant donné qu'une telle conclusion met en cause non seulement l'intégrité personnelle du juge, mais aussi celle de l'administration de la justice. Selon elle, avant que la cour se prononce en faveur d'une allégation de partialité, il est nécessaire que soit établie une réelle probabilité de partialité. Un simple soupçon est insuffisant (par. 32). Voir aussi *Rose c. Sa Majesté la Reine et autres*, 2015 NBCA 26, 435 R.N.-B. (2^e) 259, au par. 16.

[10] En l'espèce, il n'y a aucune preuve pour appuyer cette allégation. Le dossier ne révèle même pas un simple soupçon de partialité. Certes, l'une des questions litigieuses à être tranchée dans l'affaire était celle de l'attribution d'un revenu à l'appelant. Dans une décision bien détaillée, la juge du procès fait l'historique des

emplois de l'appelant et a tenu compte de son âge, son éducation, son expérience, ses compétences, sa santé et son mode de vie; le tout afin d'arriver à une attribution de revenu additionnel selon l'art. 19 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Selon nous, la juge a bien identifié les bons facteurs et a rendu une décision correcte sur le fond.

[11] Ayant conclu que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur, nous rejetons l'appel. Puisque l'intimée s'est représentée elle-même en appel, nous n'accordons aucuns dépens quoiqu'elle puisse faire une demande pour le recouvrement de ses débours.

THE COURT

[1] The parties were married on August 2, 2002, and separated on December 29, 2009. Two children, aged 14 and 15, were born of this marriage. On August 5, 2011, the parties signed a separation agreement. A few years later, on June 9, 2014, a Petition for Divorce was filed. An Answer and Counter-Petition was filed on May 4, 2015. The trial judge rendered a divorce judgment and also decided the following issues: the imputation of income to the appellant, the determination of child support and arrears, as well as each party's contribution to special and extraordinary expenses.

[2] The appellant claims that the trial judge erred in law by relying on extrinsic evidence.

[3] At the beginning of the hearing before us, the appellant sought to introduce new evidence on appeal. In his view, this new evidence supports his ground of appeal regarding the issue of imputation of income. The respondent objects to the admission of this new evidence and maintains that the appeal should be dismissed.

[4] We dismiss the motion to adduce new evidence. While Rule 62.21 of the *Rules of Court* authorizes us to receive new evidence, the analytical framework governing this type of request requires that certain criteria be met. These criteria, which were established in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), are often cited in this type of motion. They were recently applied in *Sutherland v. Alatishe*, 2018 NBCA 21, [2018] N.B.J. No. 105 (QL):

[...]

1. The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial

provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases [...]

2. The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
3. The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
4. It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [para. 12]

[5] The new evidence in this case is an affidavit by the appellant in which he declares, in part, as follows:

[TRANSLATION]

The week that the decision was rendered, Stephen J. Doucet, my lawyer during the trial, received a telephone call from another lawyer who practices in the Moncton area.

Mr. Doucet indicated to me that the lawyer who contacted him had informed him that he was representing a client who worked at the Moncton Law Courts. The client claims to have overheard a conversation between the trial judge and another judge for whom I have previously done some work.

The client claims he overheard the other judge tell the trial judge that she had paid me in cash for the work I had carried out.

I have never been hired by a judge. My employer was hired by a judge who sits in Moncton. The judge would have paid my employer, not me, for the work that was carried out. My employer only paid me my regular salary.

The problem with this evidence is that one of the issues at trial was the imputation of income to me.

I was defending myself regarding the allegations that I did not declare all my income.

In the decision, [the trial judge] imputed an income which exceeded the amount that I had declared.

The fact that the [trial judge] spoke with another judge who indicated that she had paid me in cash gives the impression that the [trial judge] relied on or could have relied on this evidence which was obtained outside of the trial.

If this evidence, that a judge had paid in cash, had been presented at trial, I could have called my employer to testify so that he could confirm that it was really my employer, and not myself, who had received the money in cash. [paras. 5-13]

[6] In our view, this purported new evidence is nothing more than an allegation based on hearsay. In fact, the hearsay is multiplied as it is hearsay based on hearsay. An unknown lawyer, representing a client whose name is also unknown, telephoned the appellant's lawyer to inform him that a conversation which took place between the trial judge and an unknown judge was overheard by his client, who works at the Moncton Law Courts, at an undisclosed location in the Law Courts building. The conversation centered around some work that had been carried out by the appellant, which had been set up by an employer who is also unknown. Consequently, the proposed new evidence is not credible, in the sense that it is not reasonably capable of belief.

[7] Moreover, a conversation between two judges is generally privileged. In *Carrier v. Carrier* (2006), 306 N.B.R. (2d) 184, [2006] N.B.J. No. 430 (QL), Drapeau C.J.N.B. (as he then was) stated:

Support staff have a duty of confidentiality and a corresponding duty of discretion in respect of privileged communications. Non-disclosure of private communications that occur in the course of the performance of a judge's duties is essential to the proper functioning of the judicial system, even in the context of judicial proceedings. The law cannot operate to force trial judges to seek party status in connection with an appeal of their decisions so that they might cross-examine their staff or testify. These communications are therefore covered by a "class privilege" (*R. v. Frosty and Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263;

130 N.R. 161; 75 Man. R. (2d) 112; 6 W.A.C. 112, at pages 288-289 and *R. v. T.K.E.*, [2005] N.B.J. No. 91; 281 N.B.R. (2d) 360; 736 A.P.R. 360; 2005 NBCA 27). It follows that they are prima facie inadmissible in evidence on appeal of a decision by a judge who was a party to the communications. [para. 8]

[8] In *R. v. Tesky*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, the Supreme Court explains that trial judges benefit from a presumption of integrity which encompasses the notion of impartiality. Charon J. describes this notion of judicial integrity and judicial impartiality as follows:

As reiterated in *S. (R.D.)*, fairness and impartiality must not only be subjectively present but must also be objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. Even though there is a presumption that judges will carry out the duties they have sworn to uphold, the presumption can be displaced. The onus is therefore on the appellant to present cogent evidence showing that, in all the circumstances, a reasonable person would apprehend that the reasons constitute an after-the-fact justification of the verdict rather than an articulation of the reasoning that led to it. [para. 21]

[9] For her part, Abella J. states that the presumption of impartiality carries considerable weight given that the threshold for establishing a reasonable apprehension of bias is a high one because it calls into question not only the integrity of the presiding judge, but also the integrity of the administration of justice. In her view, before the Court rules in favour of an allegation of bias, a real likelihood or probability of bias must be established. Mere suspicion is not enough (para. 32). See also *Rose v. Her Majesty the Queen et al.*, 2015 NBCA 26, 435 N.B.R. (2d) 259, at para. 16.

[10] In this case, there is no evidence to support this allegation. The record does not disclose even a mere suspicion of bias. Certainly, one of the contentious issues to be determined was that of the imputation of income to the appellant. In a very detailed decision, the trial judge outlined the appellant's employment history and took into account his age, education, experience, qualifications, health and lifestyle, and

determined that an additional income was to be imputed pursuant to s. 19 of the *Federal Child Support Guidelines*. In our view, the trial judge correctly identified the proper factors and her ruling was correct on the merits.

[11] Having concluded that no error was committed by the trial judge, we dismiss the appeal. Given that the respondent was self-represented on appeal, no costs are awarded, although she may seek recovery of her disbursements.