

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

137-18-CA

D.G.

D.G.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

M.G.

M.G.

RESPONDENT

INTIMÉE

D.G. v. M.G., 2019 NBCA 69

D.G. c. M.G., 2019 NBCA 69

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:

November 23, 2018 and December 4, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :

le 23 novembre 2018 et le 4 décembre 2018

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 214

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 214

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
June 11, 2019

Appel entendu :
le 11 juin 2019

Judgment rendered:
September 26, 2019

Jugement rendu :
le 26 septembre 2019

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Grant Ogilvie, Q.C. and Maria M. Conroy

For the respondent:
Shannon Doran, Q.C. and Janik Collette

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$5,000.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Grant Ogilvie, c.r., et Maria M. Conroy

Pour l'intimée :
Shannon Doran, c.r., et Janik Collette

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 5 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] The father appeals a decision of the Court of Queen’s Bench, made under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). He alleges the trial judge made errors in determining custody, child support, spousal support, and costs. He also says the trial judge made numerous (i.e., 19) errors in his findings of fact and submits that, although these errors may not be palpable and overriding when viewed individually, they cumulatively resulted in a palpable and overriding error which calls for appellate intervention. Simply put, the father contends the trial judge had such a bad impression of him based on incorrect facts, it tainted the decision.

II. Background

[2] The parties were married in May 2010 and separated on September 13, 2015. There are two young children of the marriage, a daughter (B.) and a son (M.). Following separation, the father often returned to the family home to care for and spend time with the children. He also continued to pay bills and expenses. A Petition for Divorce was filed in December 2016, an interim order was issued in April 2017, and a decision was made in December 2018, with a final order in January 2019. That order granted sole custody and primary care of both children to the mother, with access to the father. Child support, special expenses, and spousal support were also ordered.

III. Grounds of Appeal

[3] Although the father lists ten grounds of appeal, one of which contains 19 subsections regarding errors of fact, they can generally be distilled into errors regarding:

1) custody; 2) spousal support; 3) cumulative effect of errors of fact; and 4) costs. The mother concedes three of the alleged errors of fact.

IV. Standard of Review

[4] The Court recently reiterated the standard of review in family law cases in *Gillespie v. Gillespie*, 2018 NBCA 22, [2018] N.B.J. No. 77 (QL), where Larlee J.A. wrote:

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]

[5] As Baird J.A. writes in *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] N.B.J. No. 203 (QL):

It bears repeating that deference is owed to a trial judge's assessment of evidence concerning the best interests of a child in custody matters. This is so because the trial judge is in the best position to assess the credibility and the quality of the evidence. A trial judge bases his or her decision on that evidence, and he or she cannot speculate, or "fill in the blanks." Neither can the Court on appellate review. Of course, should the Court determine the trial judge made an error of law by misapplying a legal test, or misinterpreting a legal test, or if he or she has committed a palpable and overriding error of fact, appellate intervention may be warranted. See *Van de Perre v. Edwards*, 2001

SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para.13; *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at paras. 8-9; and *L.D.M. v. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] N.B.J. No. 259 (QL), per Green J.A. at paras. 9-10. [para. 23]

V. Analysis

A. *Custody*

[6] The father alleges the trial judge erred in interpreting and applying the relevant caselaw pertaining to joint versus sole custody. He claims the proper application of the existing caselaw would have given rise to a joint and shared custody regime. The trial judge recognized that s. 16 of the *Divorce Act* applied. Section 16(8) specifies that the court shall take into consideration only the best interests of the child. The trial judge considered the default position of joint custody in accordance with s. 129(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, the definition of best interests in s. 1 of the *Family Services Act*, and the additional considerations suggested by Graser J. in *Rideout v. Rideout* (1998), 201 N.B.R. (2d) 249, [1998] N.B.J. No. 233 (Q.B.) (QL) (paras. 35 and 36). A review of the decision reveals the trial judge applied the facts to appropriate caselaw. In my view, the father has failed to demonstrate that an error was made.

(1) Communication

[7] The father also alleges the trial judge erred in law by failing to consider the judicially recognized principle that mere communication issues (which are not admitted by the father) are not sufficient to deny a request for shared custody.

[8] The trial judge concluded it would be in the best interests of the children for the mother to have sole custody and primary care for multiple reasons, including, but not limited to, communication issues. In his analysis, some of the judge's findings were:

- a) the mother “has been the primary care parent for the children since their birth” and that, prior to the separation, the mother “appears to have been the psychological parent” (paras. 149 and 152);
- b) the father’s job starts at 7:00 a.m., and on some days he has no idea when he might finish (para. 151);
- c) the father discussed the divorce and issues with their daughter and used her distress to force the mother to surrender to his demands (para. 172);
- d) the father refused to negotiate with the mother to permit their daughter to attend events she clearly wanted to attend because he wanted to use the events as a bargaining chip in what was, for him, a more important dispute (para. 172);
- e) the father had been unwilling to provide any significant flexibility in scheduling access visits and insisted that other members of the children’s extended family stay away from all events when he had the children (para. 173);
- f) the parties had experienced some continuity problems with their daughter, there had been circumstances when she missed parties because of the dispute between the parents, and she had become a “pawn” in the dispute (para. 178);
- g) the father put his best interests ahead of the interests of the children, insisting the children be dressed and waiting for him when he arrived for a transfer (para. 185);
- h) it was inconceivable that the children could live in the two houses in any shared custody arrangement (para. 197).

[9] To say that the trial judge denied the request for shared custody based solely on communication issues would be to underemphasize the other issues he took into consideration. Communication was just one of the considerations, albeit a significant one. The judge found the “most significant issue” between the parties related to the Auditory Brainstem Response procedure to be performed upon the younger child. This auditory test was recommended by two experts who testified at trial, yet the father refused to consent. The trial judge found that “[t]he example of this protracted battle over what the two experts identify as a valuable procedure with minimal risk or downside makes it clear that these two parents are not capable of working together in the best interests of their two children” (para. 171).

[10] The trial judge also found there was a “substantial dispute” on the issue of their daughter’s selection of a school program: core English, or French Immersion. He found that “the parties spent an inordinate amount of time in discussions about the children,” “[m]any of the messages were rancorous and combative,” and “[t]he great majority of the inappropriate emails and text messages came from [the father]” (para. 144).

[11] He referred to specific email messages and described them as follows:

Most of the emails dealt with grievances D.G.G. had about how M.D.G. was caring for the children, instructions on what she should do or not do when the children were with her, warnings for she and her extended family to stay away from any of the children’s activities when it was his time with the children; and, demands that M.D.G. vary the regular schedule of access if she wanted to use any of his time for B.G. or M.G. to be involved with extracurricular activities. In some of the communiques, D.G.G. expressly involves B.G. and tells of “her wishes” in the couple’s dispute. [para. 145]

[12] The trial judge also stated:

[...] [The father] was clear that, since the lawyers had become involved, he did not like the way the communication has gone. He said there had been no problem with communication before the lawyers got involved.

The email communications set out above together with myriad others copied in the pleadings and the books of exhibits make it clear that the communication issues between the parties were not the fault of the lawyers. D.G.G. wrote few, if any, positive emails to M.D.G. He refused to negotiate any temporary variations in the schedule the parties had unless there was a reframe of the entire access arrangement. He discussed the principal custody issue with his daughter, B. and attempted to use her as a bargaining chip in the negotiations.

Of more concern, D.G.G.'s communications with [M.D.G.] and L.M. emphasize his belief that, if M.D.G. had done as he recommended and not gone to a lawyer, they would both have saved a great deal of money and he would have been able to satisfy both his demands and hers. He has no evidence to support this position. D.G.G. went out of his way to convince M.D.G. to change lawyers. He couched this in terms that he was only thinking of what was best for her. Similarly, his demand that L.M. stop advising M.D.G. to stop talking with her lawyer was focused upon his position that, if M.D.G. did what he wanted, she would be much better off. [paras. 154-56]

[13] The trial judge did find that some of the mother's messages reflected frustration but, despite this, she seemed determined to communicate with the father (para. 175).

[14] It is apparent, after reviewing the record, that another reason for awarding sole custody to the mother was that the father's communications, email or otherwise, were "generally tools of constant negotiations rather than cooperative discussions about the children and their activities. Currently, the parents do not communicate well with respect to the children" (para. 185).

[15] The trial judge also addressed the father's attempts to discourage the mother from participating in the litigation and his antagonism toward the concept of collaborative negotiation in the best interests of the children. This suggested that any cooperation at that time was impossible (para. 185).

[16] This Court dealt with the issue of communication in *J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL), in which the father unsuccessfully argued the trial judge had placed too much weight on the lack of communication. Baird J.A. wrote:

The application judge outlined the various custody orders available to him. He observed joint custody orders, by their nature, require parents to share major decision making authority and responsibility in all areas that affect their children [...] This requires a degree of cooperation between the parents, and at best, it presumes they have the ability to effectively communicate with each other. [...]

The father contends the application judge placed too much weight on the lack of communication between the parents. In point of fact, the application judge correctly acknowledged the lack of communication between the parents was but one consideration. He discussed the fact the father had not taken as active a role in maintaining the children in the same school. Following the parents' move, he did not attend parent teacher meetings, nor did he convey information from the school to the mother. He observed, as noted, the children were missing extracurricular activities and there had been an incident concerning an antibiotic prescription for one of the children. I conclude the application judge decided the "best interests" of the children from a child centered perspective, and he correctly considered the factors in the context of the evidence. The above, along with the other problems that were identified, militated against a continuation of the shared custody arrangement. A shared parenting or a shared custody arrangement requires parents not only to have the ability to communicate in an effective manner, it also requires them to cooperate in the decision making process in order to protect the health, safety and emotional well-being of their children. [paras. 19-20]

[Emphasis added.]

[17] This Court found there was discretion to grant the mother decision-making authority. Baird J.A. wrote:

In child custody cases where it is clear the parents are not able to effectively communicate with each other, the pivotal factor, in my opinion, is whether the court is satisfied sufficient safeguards are in place so as to insulate the children from the parental conflict. [...], they were not able to insulate their children from their conflict. [...] This was not a case where the parents could share the major decisions that affect their children. [...] [para. 33]

[18] Communication was also an issue in *A.G. v. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] N.B.J. No. 209 (QL). In that case, the father was granted sole custody of the children at trial. The parties had previously executed a Separation Agreement to have joint custody, with the mother having primary care of the children. Larlee J.A. wrote:

In his decision, the trial judge relies on *A.N.H v. M.K.C.*, 2010 NBQB 120, 359 N.B.R. (2d) 1, regarding joint custody, particularly with respect to the need for parties to communicate effectively in order for joint custody to be a viable option. *J.H.*, in my view, is more pertinent given the similarities between the two situations. Just like the parties in the present case, the parents in *J.H.* clearly had difficulties not only in communicating between themselves, but also in cooperating with regard to their decision-making role vis-à-vis their children. It seems clear from the standpoint of lack of communication and cooperation between the parties this was an appropriate case for the trial judge to consider moving from a joint custody to a sole custody arrangement. The case, then, became a question of who was the appropriate parent under the circumstances to have sole custody. [para. 7]

[19] In *L.R.R. v. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] N.B.J. No. 2 (QL), the father was granted sole custody of a 13-year-old child. Larlee J.A. wrote:

[...] By its very nature, a joint custody order requires parents to participate in major decisions in all areas that affect a child. This requires a degree of cooperation between the parents, and their ability to effectively

communicate with each other: *J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL), at para. 8, per Baird J.A.

Courts will order joint custody, even in high conflict cases, where they are satisfied it is in the “best interests of the child”. However, judges recognize the inappropriateness of joint custody if the communication between the parents is acrimonious and is detrimental to the well-being of the child: *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99, paras. 13-14, and *F.M. v. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 N.B.R. (2d) 240, at para. 21.

[...]

The application judge in her decision came to the following conclusion which, in my view, tips the balance in favour of a sole custody order in favour of the father:

I have absolutely no confidence in the applicant's ability to communicate in any manner, let alone a mature and responsible manner, with the respondent. In difficult custody cases of this nature we will often see individuals who display extremely poor judgment and regrettable behaviours in the initial months or year following a difficult separation. While the Court certainly does not condone such behaviour, perhaps we can step back and accept that as adults go through very difficult personal situations their behaviour may not be at its best.

In this case, the applicant's behaviour in the first couple of years following the separation was reprehensible. However, what is particularly troubling to the Court is that despite the fact nearly a decade has elapsed the applicant's behaviour has not improved. In my view, the applicant will never, for whatever reason, be in a position to communicate in a mature or responsible manner with the respondent.

I do not doubt for a moment that at times the respondent has raised his voice and expressed extreme frustration to the applicant. I am certain that the respondent has not been a saint in all of his communications with the applicant. However, in a

balancing act between the two, there is no question but that the respondent is the parent who is most prepared to communicate in a mature and responsible manner. [paras. 163-165]

And further:

Given all of the evidence in this case, I am not at all confident that M.G.R.M.'s emotional wellbeing can be assured in the care of the applicant. Further, I have grave concerns that any further exposure to this relentless conflict between his parents may very well create long-term consequences for him. Regrettably, I see no alternative but to grant sole custody of M.G.R.M. to the respondent. The issue which causes me greater reflection is the appropriate access to be accorded to the applicant.
[para. 190]

In my view, the application judge relied on the proper jurisprudence and conducted a thorough analysis with respect to the evidence. I cannot discern any misapprehension of the evidence with respect to the issue of custody. Quite to the contrary, there is ample evidence to support her conclusion. I would dismiss this ground of appeal. [paras. 10-11 and 14-15]

[20] In the case before us, an email exchange between the parents established the father's "rancorous" and combative communication with the mother. The mother strongly disagrees with the notion their communication was positive. She testified the overall theme of the emails was very critical and negative toward her. The father's attempt to highlight emails that illustrated his positive communications with the mother was an exercise in cherry-picking from the otherwise steady stream of condescending and negative directives sent to the mother.

(2) Maximum contact

[21] The father alleges the trial judge erred in law in failing to apply the maximum contact principle. He submits the trial judge erred for two reasons: 1) he determined the parties had serious communication issues that acted as a bar to shared

custody; and 2) he applied too much significance to the parties' disagreement about the ABR medical procedure for their son.

[22] Similarly, in *J.H.*, the father took the position that the trial judge's order violated the maximum contact principle. The trial judge altered the interim shared custody arrangement and awarded primary care to the mother. The father was granted access every second weekend from Thursday until Sunday, and alternate Thursdays from 4:00 p.m. to 7:00 p.m. The children were six and eight years of age. Baird J.A. wrote:

[...] The Supreme Court addressed the issue of maximum contact in *Gordon*, as follows:

[...] The "maximum contact" principle, as it has been called, is mandatory, but not absolute. The Act only obliges the judge to respect it to the extent that such contact is consistent with the child's best interests; if other factors show it would not be in the child's best interests, the court can and should restrict contact[.] [para. 24]

In other words, the *sine qua non* of the principle is that maximum contact is subordinate to the best interests of a child. The principle, although a laudable objective, is diminished in cases where there is high parental conflict, and where the trier of fact determines it is necessary to reduce access in order to immunize the children from its long term negative consequences. See *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99, per Larlee J.A., writing for the Court. [paras. 26-27]

[23] In this case, the trial judge specifically referred to s. 16(10) of the *Divorce Act*. He found the situation was a "relatively high-conflict" case. He also determined it inconceivable that the children could live in two houses in any shared custody arrangement. He granted access to the father every second weekend from after school Friday until Sunday at 6:30 p.m., extended weekends if Friday or Monday was a holiday, as well as every Wednesday overnight. He also granted holiday access agreed by the parties.

[24] The trial judge concluded that a full, uninterrupted access weekend every two weeks provided more time and more benefit for the children and the parents, as opposed to the interrupted weekend schedule as per the Interim Order. He considered that the access that existed under the Interim Order was not “optimum for the children.”

[25] In my view, the trial judge correctly stated and applied the best interests of the children test. Despite being aware of the “maximum contact” principle, he found, on the facts before him, it was in the children’s best interest to be in the mother’s primary care.

[26] In *Bromm v. Bromm*, 2010 SKCA 149, [2010] S.J. No. 733 (QL), the Saskatchewan Court of Appeal determined that the principle of maximum contact alone does not provide a sufficient basis upon which to order shared parenting:

The father argues that in determining what was in the best interests of the children the Chambers judge did not properly consider the principle of maximum contact. This argument cannot succeed. The Chambers judge correctly stated that s. 17(9) of the *Act* does not provide that the maximum contact principle alone provides a sufficient basis upon which to order shared parenting. This comment was in the context of the argument made by the father that he wanted a shared parenting arrangement which would provide virtually equal time to each parent, which would have amounted to shared parenting. In fact, the order of the Chambers judge gave the father further significant time during the school holidays and on Tuesday evenings. Her treatment of the issue does not mean that she then dismissed the issue as irrelevant. She assessed this principle in the context of the children’s best interests.
[para. 24]

[27] The father also alleges that the trial judge erred when he failed to give appropriate weight to the father’s actions in maintaining the status quo for the children when he first left the marital home. Further, the father contends the trial judge failed to apply any significance whatsoever to the mother’s several unilateral actions in restricting the father’s access during this period.

[28] Once again, the trial judge did not make any palpable and overriding errors. He understood the father's evidence to be that, although he moved to his mother's residence, he returned to the family home every day before work to help get the children up and he went back every evening to help them get to bed. According to the father, this continued for about one year. The judge also considered the mother's testimony that the early morning visits were of little value as the children were sleeping at the time. The mother continued to be the children's primary caregiver, and this was accepted by the trial judge. He also recognized that the parties developed an access schedule that involved two afternoons per week and a half-day, either on Saturday or Sunday, and that the father considered this change from unlimited access to be a severe restriction of his access rights. This access had only occurred until the Interim Order. In my view, the trial judge made no error that would have impacted the result.

(3) Alleged cumulative effect of errors in fact

[29] The standard of review with respect to findings of fact was addressed by this Court in *Lang v. Lang*, [2007] N.B.J. No. 348 (C.A.) (QL). Richard J.A. (as he then was) wrote as follows:

The law is equally clear that the Court of Appeal cannot re-try a case. The Court of Appeal may only overturn a trial judge's finding of fact can [*sic*] 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 (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 S.C.C. 33 and *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, [2005] S.C.J. No. 24 (QL), 2005 SCC 25 with regard to findings of fact, and *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, [2003] S.C.J. No. 76 (QL), 2003 S.C.C. 71, at para. 43, with regard to discretionary orders). [para. 3]

[30] A case cited by the father in his written submission, *Doe v. Doe*, [1999] O.J. No. 2564 (C.A.) (QL), dealt with an application to vary spousal support, which was dismissed by the trial judge. The trial judge found the father's retirement from the practice of law did not give rise to a material change in circumstances. The Court of Appeal stated that the cumulative effect of errors led it to conclude that the decision of the motion judge could not stand, and, in its view, the record supported the father's retirement as a material change in circumstances. The Court of Appeal was of the opinion that certain findings of the trial judge, such as the father's choice to retire being sinister and designed to frustrate his support obligations, were not borne out by the evidence. The Court determined that if the trial judge had not made such obvious errors in fact, the case would have turned out differently. *Doe* contained clear palpable and overriding errors which affected the result. That is not the case here.

[31] Similarly, in *S.H. v. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 N.B.R. (2d) 314, the father appealed the decision of the trial judge to grant joint custody and primary care of the children to the mother. In dismissing his appeal, the Court stated as follows:

In *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 2001 SCC 60, Bastarache J. states that the scope of appellate review in custody cases corresponds to that applied in other family law cases. An appellate court should not disturb the trial judgment in the absence of a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law. It is not the function of an appellate court to re-assess the evidence and substitute its own discretionary judgment for that of the application judge, where there is no manifest error in the decision (see *C.M.B.E. v. D.J.E.* (2006), 304 N.B.R. (2d) 191, [2006] N.B.J. No. 364 (QL), 2006 NBCA 88; *A.M.K.H. v. K.A.M.* (2003), 259 N.B.R. (2d) 291, [2003] N.B.J. No. 171 (QL), 2003 NBCA 33; *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires v. M.D. et al.* (2005), 294 N.B.R. (2d) 258, [2006] N.B.J. No. 11 (QL), 2006 NBCA 7).

There are no manifest errors of fact in this case. In thorough reasons, the trial judge made findings of fact that it was open to him to make on the evidence and he came to

conclusions based on the “best interests of the children” that are untainted by any reversible error. [...] [paras. 2-3]

[32] In para. 66 of her written submission, the mother attempted to deal with each alleged error in fact listed at para. 98 of the father’s written submission and the Notice of Appeal (which are all the same, except one). The mother concedes there are three errors of fact, none of which constitute palpable and overriding errors. I can do no better than to reproduce the list of factual errors the father alleges were made, with the mother’s response:

The father	The mother
a) The learned trial judge erred in fact in finding that the Appellant had attempted to intimidate L.M., one of the witnesses, when this was not supported by the evidence.	a) See paras. 56, 67 and 68 of the decision. The evidence can be found in L.M.’s testimony (Transcript Volume 5, pp. 44-45, 60-67 and Exhibit P-8). Not an error in fact.
b) The learned trial judge erred in fact in finding that there were “substantial disagreements between the parties on fundamental issues,” when this was not borne out by the evidence.	b) The trial judge is clearly referring to the interim arrangement and his reasons for not granting shared custody at the interim stage. This is not a fact relied upon by the trial judge in his final decision, nor is it an error in fact. The mother also submits that there was in fact disagreement on fundamental issues such as the ABR test (see paras. 157 to 172 of the decision).
c) The learned trial judge erred in fact when he found that the Respondent was responsible for all appointments, visits, arrangements, or other activities for both children, and that the Appellant only “did gradually participate in some of these tasks” when this was not borne out by the facts.	c) This can be found at para. 20 of the decision II. See some of the evidence for example (paras. 86, 116 and 124 of the decision; Transcript Volume 2, pages 139, 157, 192-193 and 195; Transcript Volume 3, pp. 51, 53, 58, 124-125, 145-146, 168-169, 178-179, 188, 207, etc. Not an error in fact.
d) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant had “filed a Motion to attempt to derail the process again”, referring to the Appellant’s desire to have more clarification and more information regarding the learned trial judge’s	d) The motion is not before this Court, it is our position that we must rely on the trial judge’s comments in his decision as this is the only evidence before the Court of Appeal. See paras. 165, 167, 169 and 170 of the decision. Not an error in fact, and even if it

<p>Order. He was also asking that the learned trial judge's Order be altered to allow him to attend when [M.'s] hearing was being tested.</p>	<p>was, not palpable and overriding error.</p>
<p>e) The learned trial judge erred in fact when he found that it was around October 2016, when his access to his son was limited to six hours per week, when the fact established that it was in December 2016, and only after the Respondent changed the locks on the door of the home, and after she found out about the Appellant's intention to make public his relationship with his new partner.</p>	<p>e) The trial judge found as follows: the father "said that in October 2016, he asked for a divorce and then, shortly thereafter, he received correspondence limiting his access to his son to six-hours per week" (para. 17 of the decision). The trial judge also found that "On December 3, 2016, she [the mother] changed all the locks on the doors of the house" (para. 12 of the decision). He did not find that it was in October 2016 that the father's access to his son was limited to six hours, but rather "[s]hortly thereafter," which could easily mean in December of 2016. Not an error in fact, and even if it was, not palpable and overriding error.</p>
<p>f) The learned judge erred in fact when he inferred that the parties had <u>agreed</u> to the schedule of the Appellant having access two afternoons per week, and a half day on either Saturday or Sunday, when the evidence bore out that this was a schedule imposed by the Respondent on the Appellant. The Appellant never agreed to this.</p>	<p>f) The trial judge summarized the mother's evidence at para. 32 of the decision. The mother testified that they had developed a schedule; at no point does the trial judge make an inference that the father agreed. See mother's testimony at Transcript Volume 3, pp. 137 to 143 and evidence of said schedule can be found at Exhibit R-2. Not an error in fact, and even if it was, not palpable and overriding error.</p>
<p>g) The learned trial judge erred in fact, and contradicted himself, when he found that the Appellant asked to have his access occur outside the marital home, and then found that the Appellant was angry because the Respondent insisted that the access be exercised outside the marital home.</p>	<p>g) The mother testified that the father asked to have his access outside the marital home, and that he was angry when she asked him to do this because she believes he felt he was going to be spending his time with the children outside the home and still come to the home. See Transcript Volume 3, pp. 137 to 143. This is not an error in fact.</p>

<p>h) The learned trial judge erred in fact when he referred to the access regime in place in 2016, as an agreement, when in fact it was based on terms imposed by the Respondent. Furthermore, the learned trial judge erred in fact in this same finding when he determined that the parties' "agreement" included a provision that the access schedule would be adjusted when either parent was not available for their time with the children. There was no evidence to establish that finding.</p>	<p>h) See Exhibit R-2. See also Transcript Volume 3, pp. 137 to 143. The mother submits that the trial judge did not err in fact because R-2 supports that there was such a provision and, furthermore, the father seemed quite content with it. Exhibit R-1, page 57 shows the numerous adjustments made by the mother from 2016 onward. These are not errors in fact.</p>
<p>i) As referenced above, the learned trial judge erred in fact when he found that the parents, "disagreed on M.G.'s health care," when this was not borne out by the evidence. The only disagreement regarding [M.G.'s] health care was relating to the scheduling and other aspects of the ABR procedure for [M.] and the timing of one of his speech therapy sessions.</p>	<p>i) The trial judge found that the mother said the parents disagreed on M.G.'s health care (para. 35 of the decision), that was not his finding of fact, but rather his summary as to what the mother said. Further, two experts testified as to the necessity and importance of speech therapy as well as ABR testing being completed and both being done in a timely fashion without delays. See paras. 157 to 172 of the decision. Not an error in fact.</p>
<p>j) The learned trial judge erred in fact when he found that the witness, Ms. [S.], "was instrumental in teaching M.D.G. how to help M.G. with his hearing problems," when in fact Ms. [S.] had played no role in dealing with [M.G.'s] hearing problems.</p>	<p>j) This was taken out of context. See para. 39 of the decision. The judge actually talks about M.G.'s rudimentary sign language to communicate. This is what Ms. [S.] (the speech therapist) helped the mother with and it was related to M.G.'s hearing issues. The father acknowledges the connection between the hearing and speech issues in his testimony (Transcript Volume 3, p. 56). Not an error in fact.</p>
<p>k) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant was requesting shared custody of his children because, "he is a better parent for them than she is." This was not stated by the Appellant, nor is it his view.</p>	<p>k) We agree that this constitutes an error in fact, but it is not a palpable and overriding error. The mother submits that the nature of his communication certainly supports the father thinking he is the "better parent."</p>

<p>l) The learned trial judge erred in fact when found that the Appellant's partner, A.K. acknowledged that the Appellant's work schedule would complicate any fixed schedule of access. This was not evidence before the Court.</p>	<p>l) See Transcript Volume 3, pp. 77-78. It is not relevant whether it is a work schedule or an access schedule. It is an error in fact, but it is not a palpable and overriding error.</p>
<p>m) The learned trial judge erred in fact when he determined that the Interim Order provided the Appellant with midweek daytime access on Wednesday of every week, which it is respectfully submitted is evidence of the learned trial judge's diminished appreciation of the amount of time the Appellant was actually having with the children by way of the Interim Order.</p>	<p>m) See para. 198 of the decision. The access schedule is set out, and the mother submits that the trial judge was obviously aware of the schedule as per the Interim Order. The father is referring to a short summary by the trial judge at para. 137 of the decision. This is not an error in fact.</p>
<p>n) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant generally starts work at about 7:00 a.m., when in fact the evidence was that he generally starts work around 8:15 a.m., nor did the Appellant acknowledge that it was not always easy for him to always be there for his children, although he was making a "sincere effort."</p>	<p>n) These findings are at para. 151 of the decision. There was a discrepancy in the evidence of the parties. The mother testified that the father would leave for work by 7:00 am in the morning (Transcript Volume 3, p. 151). She also testified that she went to work for 8:15 am (Transcript Volume 3, p. 151). The father denied going to work for 7:00 am on cross-examination (Transcript Volume 2, p. 229) but did not say what time he went to work in his evidence. This is not an error in fact, and even if it is, it is not a palpable and overriding error. The mother agrees that the trial judge made an error in fact at para. 151 when he said "he acknowledges that it is not always easy for him to always be there for his children, he is making a sincere effort." Although he did not say this, the evidence supports it. However, this is not a palpable and overriding error.</p>
<p>o) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant wrote "few, if any, positive email messages to M.D.G." when in fact the evidence established that there were</p>	<p>o) The Appellant did put a few emails in that were "positive." Most were negative correspondence, for example Exhibit R-8, R-7, R-4, R-1 at pp. 65, 70, 78, 83, 89, 91, 93, 96, 98, 103-</p>

<p>several positive email messages from the Appellant to the Respondent.</p>	<p>104, 109 and 129. These are not all the negative emails but only some examples. This is not an error in fact.</p>
<p>p) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant, “remains absolutely opposed” to the A.B.R. procedures, when in fact he testified that he was not opposed to the procedure, but expressed concerns, and worries, and asked questions about the associated sedation.</p>	<p>p) The father is opposed, and actually cancelled the ABR in March 2018 as he was opposed to it. Although he says he was not opposed, after hearing two experts and substantial evidence at trial he still refused to agree to the procedure. The father filed a motion to block the test again after the hearing and before the decision (paras. 60-70 of the decision II, para. 169 of the decision, Transcript Volume 2 page 141 and Exhibit R-1 p. 70).</p>
<p>q) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant filed a Motion to “block” the test again, when in fact the Motion was not requesting that the testing be blocked. The substance of the Motion was the request of the Appellant to be present when [M.’s] hearing was tested.</p>	<p>q) See explanation at para. d) above.</p>
<p>r) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant had been unwilling to provide any significant flexibility in the scheduling of access visits, when in fact, the evidence before the Court was the opposite in that the Respondent was inflexible regarding varying the access regime, and that she usually defaulted to insisting on sticking to the Interim Order exactly.</p>	<p>r) See Exhibit R-1, p. 57 demonstrating the mother’s flexibility in scheduling access. See Exhibit R-1, Tab 8(c), p. 83, as quoted by the trial judge at para. 146 of the decision. The mother submits that this was not an error in fact.</p>
<p>s) The learned trial judge erred in fact when he found that the Appellant refused to permit the testing under any circumstances. The evidence established that the Appellant cancelled the initial procedure because he could not get communication from the Respondent about particulars and details of the procedure in advance.</p>	<p>s) The Court made this finding in its justification for costs. The father had access to all doctors that he wanted with respect to the procedure, but he chose not to attend appointments. See Exhibit R-1, pp. 65 and 70. The evidence established he felt his child did not have a hearing problem, and he did not want him to be sedated. This is not an error in fact and even if</p>

	it was it is not a palpable and overriding error.
--	---------------------------------------------------

[33] I have reviewed all of the alleged errors of fact. Of the 19 alleged errors of fact, I agree three were made; however, I do not agree that these, individually or cumulatively, resulted in a palpable and overriding error. The standard of review has not been met; thus, there is no reason for this Court to intervene.

B. *Spousal Support*

(1) Assessment

[34] The father seeks to pay spousal support for six years in the amount of \$873 per month as opposed to the amount of \$1,432 per month awarded by the trial judge. He says the trial judge erred in law in his interpretation and application of the relevant caselaw and legislation in awarding mid-range support.

[35] Although not in his Notice of Appeal, the father also argues in his written submission that the trial judge made an error in law by not fixing a review date. The trial judge did in fact order a review of the quantum of support to occur on January 1, 2024 (in five years).

[36] The standard of review respecting spousal support was set out by L'Heureux-Dubé J. in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL). Spousal support orders will not be overturned unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong (para. 11).

[37] This Court confirmed that such decisions must be given considerable deference in *Smith v. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 N.B.R. (2d) 208:

A trial judge's application of section 15.2 of the *Divorce Act* involves broad discretion. In order to avoid the appearance of arbitrary decision-making, reasons must be given when exercising discretion. However, as the Supreme Court noted in *Hickey*:

When family law legislation gives judges the power to decide on support obligations based on certain objectives, values, factors, and criteria, determining whether support will be awarded or varied, and if so, the amount of the order, involves the exercise of considerable discretion by trial judges. They must balance the objectives and factors set out in the *Divorce Act* or in provincial support statutes with an appreciation of the particular facts of the case. It is a difficult but important determination, which is critical to the lives of the parties and to their children. Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed. [para. 10]

[para. 41]

[Emphasis in original.]

[38] The *Divorce Act* specifies the factors (s. 15.2(4)) and objectives (s. 15.2(6)) the court shall take into consideration. In this case, the following factors were considered:

- Condition, means and needs of each spouse – the mother has a “reasonable income for someone with her qualifications but there is only limited room for advancement.” The father “has the financial ability to pay support.” The mother “will not have the latitude to provide appropriately for her children with current family household income and expenses.” The father’s combined household income is \$300,000. The mother’s imputed income was determined to be \$60,432;
- Length of time the spouses cohabited – this was a short to medium term marriage;

- The functions performed by each spouse during cohabitation – the mother has a relatively strong compensatory claim based upon both the secondary earner role and the primary children’s care role on an on-going basis.

[39] In *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99, this Court did not overturn a trial judge’s decision to award mid-range support. Larlee J.A. wrote, “the trial judge, after finding there was entitlement to support, exercised his discretion in assessing the quantum and duration of spousal support. As to quantum, there was evidence to support his decision and he made no error in fixing the quantum of support” (para. 27).

[40] In this case there was evidence to support the trial judge’s conclusions. No error was made in the spousal support assessment.

(2) Duration

[41] In determining duration of spousal support, the length of the relationship is only one of the factors to be considered pursuant to s. 15.2(4) of the *Divorce Act*. According to s. 8.5 of the *Spousal Support Advisory Guidelines*, there are two tests that establish the range for duration in the basic “with child support” formula: 1) the “length-of-marriage” test; and 2) the “age-of-children” test.

[42] The first test for duration, namely the length-of-marriage test, is the same as the test for duration under the “without child support” formula. Given the parties were married for eight and a half years, support on the upper end would be eight and a half years; support on the lower end would be four years and one quarter.

[43] The second test for duration is governed by the age of the children. It operates where the number of years until the youngest child finishes high school is greater than the length of the marriage. In this case, the length of time until the youngest child would finish high school, at the date of separation, was 18 years, while the length of the marriage was eight and a half years. The upper end of the range under this test is the

date when the youngest child finishes high school, and the lower end of the range is when the youngest child starts attending school full-time.

[44] This Court confirmed the “age-of-children” test in *Doucet v. Doucet*, 2014 NBCA 63, 426 N.B.R. (2d) 196, at paras. 5-8. In that case, the parties had lived together for less than 10 years. The father submitted that support should be paid for six years, and the mother argued it should be based on the date on which the younger of the two children would finish high school — eight years. This Court ruled that eight years was appropriate in those circumstances.

[45] Although not binding on this Court, the age-of-children test was also used in *G.M. v. M.R.*, 2015 NBQB 79, 434 N.B.R. (2d) 277. This decision was appealed, but not with respect to spousal support. In that case the parties were married for 12 years. There were two children, and the trial judge ordered that spousal support would be paid until the youngest child was 15 years of age, for a total of eight years.

[46] The father also submits the trial judge misapplied s. 15.2 of the *Divorce Act* and did not stress the self-sufficiency of the mother. The trial judge did in fact encourage the mother’s self-sufficiency by incorporating a review period of five years. In *M.R. v. J.R.*, 2018 NBCA 12, [2018] N.B.J. No. 104 (QL), Baird J.A. confirmed a review for self-sufficiency was appropriate and wrote:

Larlee J.A. concludes the following in *S.C.*: “I favour the approach taken in the most recent cases to review the self-sufficiency of the payee after three years” (para.15). I agree. The parameters for such a review were discussed in *Arsenault v. Arsenault*, 2002 NBCA 101, 254 N.B.R. (2d) 190; and, *Bourque v. Bourque*, 2004 NBCA 60, 274 N.B.R. (2d) 72. [...] [para. 66]

[47] In this case the spousal support is to be reviewed in five years.

[48] In my view, on this point, the trial judge’s decision is not tainted by an error in principle or a significant misapprehension of evidence, nor is it clearly wrong.

The mother was awarded spousal support on both a non-compensatory and compensatory basis. Utilizing the “length-of-marriage” test, the lower range would be four years and a quarter. The lower range under the “age-of-children” test is five years.

[49] The father submitted jurisprudence with regard to this issue. Most of the cases are of little jurisprudential value in this case as they all occurred in the 1990s, and are, therefore, pre-*Spousal Support Advisory Guidelines*. The case of *S.C. v. J.C.*, 2006 NBCA 46, 299 N.B.R. (2d) 334, can be distinguished from this case. The most obvious distinction is the fact that, in *S.C.*, the parties had no dependent children. In that case, the Court refused to interfere with the trial judge’s order for a duration of five years as it was within the trial judge’s discretion (para. 17).

[50] Here, the judge did not err in law with respect to duration of spousal support. Although he did award spousal support at the higher end of the duration (when the youngest child finishes high school), he had discretion to do so in accordance with the *Spousal Support Advisory Guidelines*, which, although not law, are based on common law principles and this approach has been approved on many occasions by this Court.

C. *Costs*

[51] In his written submission, the father submits the trial judge awarded “unusually high” costs (\$10,000), which are inconsistent with the jurisprudence of this Province. The father filed the Petition for Divorce. The issues to be resolved by the trial judge were custody, child support, special expenses, insurance to secure support payments, arrears, spousal support, and costs. Initially the parties sought a division of marital property and debts, but this was resolved by a Consent Order.

[52] This Court has confirmed that a cost award is in the discretion of the trial judge, and it will not intervene unless it is satisfied that the exercise of discretion was manifestly wrong. In *M.R. v. J.R.*, Baird J.A. wrote as follows:

I conclude the trial judge erred when she failed to order costs. Many of the delays were the result of J.R.'s failure to comply with his undertakings and disclosure obligations. In spite of M.R.'s repeated requests for interim costs, they were deferred to be determined at trial. Rule 59 enumerates the criteria a court should consider when making an award of costs. In *D.E. v. L.E.*, 2014 NBCA 67, [2014] N.B.J. No. 289 (QL), Larlee J.A. writes:

According to Rule 59 of the *Rules of Court*, the costs of a proceeding are in the discretion of the court, which may determine by whom and to what extent costs shall be paid. I reiterate the comments of Drapeau J.A. (as he then was) in *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. v. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (C.A.) (QL) on the issue of the awarding of costs following an event:

It is undoubtedly true that, where the trial judge has exercised his or her discretion as to costs, this Court will not intervene unless it is satisfied that the exercise of discretion was manifestly wrong. See *Williams et al. v. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10 (C.A.).
[...] [para. 34]

The party who recovers judgment is normally entitled to costs, although a judge may exercise his or her discretion by refusing to make such an award: *Flieger v. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 N.B.R. (2d) 322. [paras. 23-24]

[para. 100]

[53] This Court has also stated that “[c]osts awards are indisputably squarely within the purview of the trial judge, and should not be lightly interfered with by the appellate court. That said, when circumstances warrant, appellate intervention is appropriate” (see *Knowles Estate v. Knowles*, 2016 NBCA 62, [2016] N.B.J. No. 235 (QL), at para. 28). This Court has also determined that “[t]he trial judge is vested with a very broad discretion in relation to the assessment of costs”: *L.T.G. v. C.J.G.*, 2011 NBCA 12, 369 N.B.R. (2d) 202, at para. 14.

[54] In *L.R.R.*, this Court considered the trial judge's award of costs in the amount of \$12,500. Larlee J.A. wrote "it was within the application judge's discretion to interpret the result at trial as one favourable to the respondent on the most contentious issue of custody. She granted him sole custody of the child and, therefore, awarded him costs" (para. 21). That is very similar to the case at bar. The father's submission that the cost award in this case is unusually high and inconsistent with the state of the law cannot succeed. I would not interfere with the amount awarded.

VI. Disposition

[55] I would dismiss the appeal with costs of \$5,000.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le père interjette appel d'une décision rendue par la Cour du Banc de la Reine sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). Il affirme que le juge du procès a commis des erreurs lorsqu'il a statué sur la garde, la prestation alimentaire pour enfants, la prestation alimentaire matrimoniale et les dépens. Il soutient aussi que les conclusions de fait du juge du procès étaient entachées de nombreuses erreurs (dix-neuf plus précisément) et que, s'il est possible que ces erreurs ne soient pas manifestes et dominantes considérées individuellement, elles constituaient, considérées cumulativement, une erreur manifeste et dominante qui justifie l'intervention en appel. Autrement dit, le père soutient que le juge du procès avait une si mauvaise opinion de lui, fondée sur des faits inexacts, que sa décision s'en est trouvée viciée.

II. Contexte

[2] Les parties se sont mariées en mai 2010 et se sont séparées le 13 septembre 2015. Elles ont deux jeunes enfants à charge, une fille (B.) et un garçon (M.). Après la séparation, le père est souvent revenu au foyer familial pour prendre soin des enfants et passer du temps avec eux. Il a aussi continué à payer des factures et des dépenses. Une requête en divorce a été déposée en décembre 2016 et une ordonnance provisoire a été rendue en avril 2017; une décision a été prononcée en décembre 2018, une ordonnance définitive étant rendue en janvier 2019. Cette ordonnance accordait la garde exclusive et la responsabilité principale des deux enfants à la mère, le père obtenant un droit d'accès. Le paiement d'une prestation alimentaire pour enfants, de frais spéciaux et d'une prestation alimentaire matrimoniale était aussi ordonné.

III. Moyens d'appel

[3] Bien que le père énumère dix moyens d'appel, dont l'un est exposé en dix-neuf subdivisions traitant des erreurs de fait, on peut ramener généralement le tout en erreurs concernant 1) la garde; 2) la prestation alimentaire matrimoniale; 3) l'effet cumulatif des erreurs de fait; 4) les dépens. La mère concède trois des erreurs de fait alléguées.

IV. Norme de contrôle

[4] La Cour a réaffirmé la norme de contrôle applicable dans une instance ressortissant au droit de la famille dans le récent arrêt *Gillespie c. Gillespie*, 2018 NBCA 22, [2018] A.N.-B. n° 77 (QL), dans lequel la juge d'appel Larlee a écrit 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° 48 (C.A.) (QL). L'ordonnance portée en appel est une ordonnance discrétionnaire. [Par. 8]

[5] Dans *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] A.N.-B. n° 203 (QL), la juge d'appel Baird a pour sa part écrit ce qui suit :

Il convient de réitérer qu'il faut faire preuve de retenue à l'égard de l'évaluation que le juge de première instance a faite de la preuve concernant l'intérêt supérieur d'un enfant dans les affaires de garde. Cela vient du fait que le juge de première instance est le mieux placé pour évaluer la crédibilité et la qualité de la preuve. Le juge de première instance fonde sa décision sur cette preuve et il lui est interdit d'émettre des hypothèses ou de « combler les vides ». La Cour siégeant en révision ne le peut pas non plus. Bien entendu, si la Cour détermine que le juge de première instance a commis une erreur de droit en appliquant erronément un critère juridique ou en en faisant une interprétation erronée, ou s'il a commis une erreur de fait manifeste et dominante, une intervention en appel peut se justifier. Voir *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, au par. 13; *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, aux par. 8 et 9; et *L.D.M. c. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] A.N.-B. n° 259 (QL), motifs du juge d'appel Green, aux par. 9 et 10. [Par. 23]

V. Analyse

A. *Garde*

[6] Le père affirme que le juge du procès a interprété et appliqué erronément la jurisprudence pertinente concernant l'octroi soit de la garde conjointe, soit de la garde exclusive. Correctement appliquée, soutient-il, la jurisprudence existante aurait donné lieu à la mise en place d'un régime de garde conjointe et partagée. Le juge du procès a reconnu l'applicabilité de l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe 16(8) précise que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant. Le juge du procès a pris en compte le fait qu'en application du par. 129(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, la garde conjointe constituait la solution par défaut, ainsi que la définition donnée à l'intérêt supérieur de l'enfant à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille* et les facteurs additionnels que le juge Graser a suggéré de considérer dans la décision *Rideout c. Rideout* (1998), 201 R.N.-B. (2^e) 249, [1998] A.N.-B. n° 233 (QL) (C.B.R.) (par. 35 et 36). L'examen de la décision permet de constater que le juge du

procès a appliqué les faits à la jurisprudence pertinente. À mon avis, le père n'a pas démontré qu'une erreur avait été commise.

(1) Communication

[7] Le juge du procès aurait aussi commis une erreur de droit, affirme le père, en faisant abstraction du principe reconnu en jurisprudence selon lequel de simples problèmes de communication (dont le père n'admet pas l'existence) ne sont pas un motif suffisant pour rejeter une demande de garde partagée.

[8] Le juge du procès a conclu pour de nombreux motifs, entre autres des problèmes de communication, qu'il serait dans l'intérêt supérieur des enfants que la mère en ait la garde exclusive et la responsabilité principale. Dans son analyse, le juge a notamment tiré les conclusions suivantes :

- a) la mère [TRADUCTION] « est le parent pourvoyeur principal de soins des enfants depuis leur naissance » et, avant la séparation, elle [TRADUCTION] « semble avoir été le parent psychologique » (par. 149 et 152);
- b) le père commence à travailler à 7 h et, certains jours, il n'a pas la moindre idée de l'heure à laquelle il pourra s'arrêter (par. 151);
- c) le père a parlé du divorce et d'autres problèmes avec la fille des parties et il s'est servi de sa détresse pour faire céder la mère à ses demandes (par. 172);
- d) le père a refusé de négocier avec la mère en vue de permettre à leur fille de participer à des événements qui l'intéressaient manifestement, pour utiliser ceux-ci comme monnaie d'échange dans un différend à ses yeux plus important (par. 172);

- e) le père a refusé de faire preuve de souplesse dans l'établissement du calendrier des visites et il a insisté pour que d'autres membres de la famille élargie se tiennent à l'écart de toute activité des enfants lorsqu'il les avait avec lui (par. 173);
- f) les parties ont vécu certains problèmes de continuité des activités avec leur fille, qui n'a pu assister à certaines fêtes en raison de leur différend et du rôle de [TRADUCTION] « pion » qu'elle y jouait (par. 178);
- g) le père a fait passer son intérêt avant celui des enfants, en insistant pour qu'ils soient habillés et l'attendent lorsqu'il arrivait pour procéder à un transfert (par. 185);
- h) il n'était pas concevable que les enfants puissent habiter dans les deux maisons dans le cadre d'un arrangement de garde partagée (par. 197).

[9] Dire que le juge du procès a rejeté la demande de garde partagée en raison uniquement de problèmes de communication reviendrait à sous-estimer les autres problèmes dont il a tenu compte. Malgré son importance, la communication n'était qu'un des facteurs pris en considération par le juge. Le juge a conclu que le [TRADUCTION] « problème le plus sérieux » entre les parties avait trait à la procédure de test des réponses évoquées auditives du tronc cérébral (ABR) que devait subir leur plus jeune enfant. Deux experts qui ont témoigné lors du procès ont recommandé qu'on fasse passer ce test auditif, mais, malgré cela, le père a refusé d'y consentir. Le juge du procès a conclu qu'il ressortait [TRADUCTION] « clairement de l'exemple apporté par cette longue bataille au sujet d'une procédure jugée valable par deux experts, les risques ou inconvénients étant minimes, que les deux parents ne sont pas en mesure de collaborer dans l'intérêt supérieur de leurs deux enfants » (par. 171).

[10] Le juge du procès a aussi conclu à l'existence d'un [TRADUCTION] « différend important » quant au choix d'un programme scolaire – anglais de base ou immersion française – pour la fille des parties. Il a tiré les diverses conclusions suivantes : [TRADUCTION] « les parties ont passé énormément de temps à discuter au sujet des enfants »; « [b]on nombre des messages étaient acrimonieux et agressifs »; « [l]a grande majorité des courriels et messages texte inopportuns provenaient [du père] » (par. 144).

[11] Le juge a mentionné expressément certains messages électroniques, qu'il a décrits en ces termes :

[TRADUCTION]

Dans la plupart des courriels, D.G.G. se plaignait des soins apportés par M.D.G. aux enfants, lui donnait des directives quant à ce qu'elle devait faire ou ne pas faire lorsque les enfants étaient avec elle, les avertissait, elle et les membres de sa famille élargie, de se tenir à l'écart de toute activité des enfants lorsqu'il les avait avec lui, ou lui demandait la modification du calendrier habituel des visites si elle voulait que B.G. ou M.G. participent à des activités parascolaires pendant son temps de visite. Dans certaines communications, D.G.G. mêle B.G. expressément au différend du couple et indique quels sont « ses désirs » à ce sujet. [Par. 145]

[12] Le juge du procès a aussi déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] [Le père] a clairement indiqué qu'il n'aimait pas le tour que les communications avaient pris depuis l'entrée en scène des avocats. Il a affirmé qu'il n'y avait pas de problème de communication auparavant.

Il ressort manifestement des communications électroniques évoquées ci-dessus, ainsi que d'une multitude d'autres reproduites dans la plaidoirie et les cahiers des pièces, que les problèmes de communication des parties n'étaient pas imputables aux avocats. D.G.G. a écrit peu de courriels

positifs à M.D.G., voire aucun. Il a refusé de négocier toute modification temporaire du calendrier des parties, faute d'une reformulation globale des arrangements d'accès. Il a discuté de la garde principale avec sa fille, B., et a tenté de l'utiliser comme monnaie d'échange dans les négociations.

Plus inquiétant encore, D.G.G. a insisté dans ses communications avec M.G.G. [*sic*] et L.M. sur sa conviction que, si M.D.G. avait fait comme il l'avait recommandé et n'avait pas consulté un avocat, tous deux auraient épargné beaucoup d'argent et il aurait pu répondre à ses demandes autant qu'aux siennes. Or, il ne dispose d'aucune preuve étayant cette assertion. D.G.G. s'est évertué à convaincre M.D.G. de changer d'avocats. Il l'a formulé de manière à laisser entendre qu'il ne songeait qu'à l'intérêt de M.D.G. De même, en demandant à L.M. de ne plus conseiller à M.D.G. de ne pas parler à son avocat, D.G.G. insistait sur le fait que, si M.D.G. agissait comme il le souhaitait, cela serait beaucoup plus avantageux pour elle. [Par. 154 à 156]

[13] Le juge du procès a bien conclu que certains messages de la mère dénotaient de la frustration, mais, malgré cela, celle-ci semblait résolue à communiquer avec le père (par. 175).

[14] Il est manifeste, après examen du dossier, qu'un autre motif de l'octroi de la garde exclusive à la mère venait du fait que les communications, par courriel ou autrement, constituaient [TRADUCTION] « généralement des outils de négociation constante plutôt que des discussions empreintes de coopération à propos des enfants et de leurs activités. Actuellement, les parents ne communiquent pas bien entre eux au sujet des enfants » (par. 185).

[15] Le juge du procès a aussi abordé les tentatives menées par le père pour décourager la mère de prendre part au litige et son opposition à l'idée d'une négociation collaborative dans l'intérêt supérieur des enfants. Cela donnait à croire que toute coopération était alors impossible (par. 185).

[16] La Cour a examiné la question de la communication dans l'arrêt *J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n° 16 (QL), une affaire dans laquelle le père avait soutenu, sans succès, que le juge du procès avait accordé trop d'importance au manque de communication entre les parents. La juge d'appel Baird s'est exprimée ainsi :

Le juge saisi de la requête a fait état des différentes ordonnances de garde qu'il pouvait rendre. Il a fait observer que les ordonnances de garde conjointe, de par leur nature, obligent les parents à partager la responsabilité des décisions majeures dans tous les domaines qui touchent les enfants [...]. Cela exige une certaine coopération entre les parents et suppose, au mieux, qu'ils ont la capacité de communiquer de façon efficace l'un avec l'autre. [...]

Le père prétend que le juge saisi de la requête a accordé une trop grande importance au manque de communication entre les parents. En fait, le juge saisi de la requête a reconnu, à bon droit, que le manque de communication entre les parents n'était qu'un des facteurs à prendre en considération. Il a examiné le fait que le père n'avait pas joué un rôle aussi actif que la mère afin que les enfants continuent de fréquenter la même école. Après le déménagement des parents, il ne s'était pas présenté aux rencontres entre les parents et les enseignants et il n'avait pas communiqué à la mère certains renseignements fournis par l'école. Il a fait observer, comme nous l'avons vu, que les enfants ne se présentaient pas à certaines activités parascolaires et qu'il y avait eu un incident concernant une ordonnance d'antibiotique pour une des enfants. Je conclus que la décision du juge saisi de la requête relativement à l'« intérêt supérieur » des enfants a été avant tout axée sur les enfants et qu'il a correctement pris les facteurs applicables en considération dans le contexte de la preuve produite. Les éléments susmentionnés, ajoutés aux autres problèmes qui ont été recensés, militaient contre le maintien en vigueur de l'entente de garde partagée. Un arrangement de parentage partagé ou de garde partagée n'exige pas seulement que les parents aient la capacité de communiquer d'une façon efficace, il les oblige aussi à coopérer dans le contexte du processus décisionnel afin de protéger la santé, la sécurité et le bien-être de leurs enfants. [Par. 19 et 20]

[Le soulignement est de moi.]

[17] La Cour a conclu que le juge avait le pouvoir discrétionnaire voulu pour accorder le pouvoir décisionnel final à la mère. La juge d'appel Baird a écrit ce qui suit :

Dans les affaires se rapportant à la garde d'enfants où il est clair que les parents ne sont pas capables de communiquer l'un avec l'autre d'une façon efficace, le facteur déterminant consiste, à mon avis, à savoir si la Cour est convaincue que des précautions suffisantes sont prises afin d'isoler les enfants du conflit parental. [...], ils n'ont pas su isoler les enfants du conflit qui les oppose. [...] Il ne s'agissait pas d'un cas où les parents pouvaient prendre conjointement les décisions importantes qui touchent leurs enfants. [...] [Par. 33]

[18] La communication était aussi un enjeu dans *A.G. c. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] A.N.-B. n° 209 (QL). Dans cette affaire, le père s'est vu accorder la garde exclusive des enfants lors du procès. Les parties avaient souscrit auparavant un accord de séparation prévoyant la garde conjointe, la mère devant être la pourvoyeuse principale des soins des enfants. La juge d'appel Larlee a écrit ceci :

Dans sa décision, le juge du procès se fonde sur la décision rendue dans l'affaire *A.N.H. c. M.K.C.*, 2010 NBBR 120, 359 R.N.-B. (2^e) 1, en ce qui concerne la garde conjointe, surtout la nécessité d'une communication efficace entre les parties pour que la garde conjointe constitue un choix valable. À mon avis, l'affaire *J.H.* est plus pertinente en raison des similitudes qui existent entre les deux situations. Tout comme les parties en l'espèce, les parents dans l'affaire *J.H.* éprouvaient manifestement de la difficulté non seulement à communiquer l'un avec l'autre, mais aussi à coopérer dans le contexte du processus décisionnel à l'égard de leurs enfants. Du point de vue d'un manque de communication et de coopération entre les parties, il semble évident qu'il convenait en l'espèce que le juge du procès envisage le passage d'un arrangement de garde conjointe à un arrangement de garde exclusive. Il s'agissait alors de déterminer à quel parent, eu égard aux circonstances, il convenait d'accorder la garde [exclusive].

[Par. 7]

[19] Dans l'affaire *L.R.R. c. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] A.N.-B. n° 2 (QL), où le père avait obtenu la garde exclusive d'un enfant de 13 ans, la juge d'appel Larlee a écrit ce qui suit :

[...] De par sa nature même, une ordonnance de garde conjointe exige des parents qu'ils prennent part aux décisions importantes dans tous les domaines qui touchent un enfant. Cela nécessite une certaine coopération entre les parents et suppose qu'ils ont la capacité de communiquer de façon efficace l'un avec l'autre : *J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n° 16 (QL), au par. 8, la juge d'appel Baird.

Les tribunaux ordonnent la garde conjointe, même dans les cas de conflit important, lorsqu'ils sont convaincus que cela est dans « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Toutefois, les juges reconnaissent que la garde conjointe est inappropriée si la communication entre les parents est empreinte d'acrimonie et est préjudiciable au bien-être de l'enfant : *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99, aux par. 13 et 14, et *F.M. c. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 R.N.-B. (2^e) 240, au par. 21.

[...]

Dans sa décision, la juge saisie de la requête en est arrivée à la conclusion suivante qui, à mon avis, fait pencher la balance en faveur d'une ordonnance attribuant la garde exclusive au père :

[TRADUCTION]

Je n'ai absolument aucune confiance en la capacité de la requérante à communiquer de quelque manière que ce soit, ne serait-ce qu'avec maturité et de façon responsable, avec l'intimé. Dans les affaires de garde difficiles de cette nature, nous sommes souvent confrontés à des personnes qui font preuve d'un piètre jugement et qui ont un comportement regrettable dans les premiers mois ou l'année qui suivent une séparation. Sans approuver un tel comportement, la Cour est en mesure de prendre un peu de distance et d'accepter le fait que lorsque les

adultes vivent des situations personnelles difficiles, leur comportement peut s'en ressentir.

Dans la présente affaire, le comportement de la requérante au cours des deux premières années qui ont suivi la séparation a été répréhensible. Cependant, la Cour trouve particulièrement troublant le fait qu'au terme de près d'une décennie, le comportement de la requérante ne s'est pas amélioré. À mon avis, la requérante ne sera jamais en mesure, quelle qu'en soit la raison, de communiquer avec l'intimé de façon responsable et empreinte de maturité.

Je ne doute pas un seul instant que l'intimé ait pu parfois lever la voix et exprimer une extrême frustration à l'endroit de la requérante. Je suis certain que l'intimé n'a pas été un saint dans toutes ses communications avec la requérante. Cependant, si l'[on] fait la part des choses entre les deux, il ne fait aucun doute que l'intimé est le parent qui est le plus prêt à communiquer de façon responsable et empreinte de maturité. [par. 163 à 165]

Puis ceci :

[TRADUCTION]

À la lumière de la preuve dont je suis saisie dans la présente affaire, je ne suis pas persuadée que le bien-être affectif de M.G.R.M. peut être assuré entre les mains de la requérante. De plus, je crains beaucoup que toute autre exposition de celui-ci à ce conflit sans fin entre ses parents ait des conséquences à long terme pour lui. Malheureusement, je ne vois pas d'autre solution que de confier la garde exclusive de M.G.R.M. à l'intimé. La question qui demande davantage de réflexion est de savoir quel accès approprié accorder à la requérante. [par. 190]

J'estime que la juge saisie de la requête s'est appuyée sur la jurisprudence pertinente et a mené une analyse approfondie en ce qui concerne la preuve. Je ne constate aucune erreur dans l'interprétation de la preuve en ce qui concerne la question de la garde. Au contraire, il existe

suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de sa conclusion. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

[Par. 10 et 11 et 14 et 15]

[20] En l'espèce, un échange de courriels entre les parents a permis d'établir le ton [TRADUCTION] « acrimonieux » et agressif des communications du père avec la mère. La mère réproouve totalement l'idée selon laquelle les communications entre les parties étaient positives. D'après son témoignage, le contenu des courriels était généralement très critique et défavorable envers elle. En tentant de faire ressortir les courriels qui témoignaient de communications positives entre la mère et lui, le père a choisi à la pièce ce qui lui convenait parmi un flot continu de directives condescendantes et négatives données à la mère.

(2) Contact maximum

[21] Le juge du procès aurait commis une erreur de droit, affirme le père, du fait qu'il n'a pas appliqué le principe du contact maximum. Le père invoque les deux motifs d'erreur suivants : 1) le juge du procès a conclu que les parties avaient de graves problèmes de communication qui faisaient obstacle à la garde partagée; 2) il a accordé trop d'importance au désaccord des parties au sujet de l'intervention médicale ABR prévue pour leur fils.

[22] Dans l'arrêt *J.H.*, le père avait également soutenu que l'ordonnance du juge du procès enfreignait le principe du contact maximum. Le juge du procès avait modifié l'arrangement provisoire de garde partagée et attribué à la mère la responsabilité principale des enfants. Le père avait obtenu un droit d'accès une fin de semaine sur deux, du jeudi au dimanche, ainsi que les autres jeudis, de 16 h à 19 h. Les enfants étaient âgés de six et huit ans. La juge d'appel Baird a écrit ce qui suit :

[...] La Cour suprême a examiné la question de la maximisation des contacts dans l'arrêt *Gordon* où elle a dit ce qui suit :

[...] S'il est impératif, le principe du « contact maximum », comme on l'a appelé, n'est toutefois pas absolu. La Loi se contente d'obliger le juge à ne le respecter que dans la mesure où le contact est compatible avec l'intérêt de l'enfant; si d'autres éléments révèlent que l'application du principe ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut et doit limiter le contact [...] [par. 24]

Autrement dit, ce principe a pour préalable absolu que la maximisation des contacts est subordonnée à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le principe, bien qu'il constitue un objectif souhaitable, perd de son importance dans les instances où il existe un important conflit parental et où le juge des faits estime qu'il est nécessaire de réduire l'accès afin de soustraire les enfants aux conséquences négatives à long terme de ce conflit. Voir l'arrêt *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99, la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour. [Par. 26 et 27]

[23] Dans la présente affaire, le juge du procès a renvoyé expressément au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*. Il a conclu que la situation des parties était [TRADUCTION] « assez hautement conflictuelle ». Il a aussi jugé inconcevable que les enfants puissent vivre dans deux foyers dans le cadre d'un arrangement de garde partagée. Il a octroyé au père un droit d'accès une fin de semaine sur deux, du vendredi après l'école jusqu'à 18 h 30 le dimanche, la fin de semaine étant prolongée lorsque le vendredi ou le lundi était un jour férié, ainsi que la nuitée tous les mercredis. Il a aussi attribué un droit d'accès pendant les fêtes, de la manière convenue par les parties.

[24] Le juge du procès a conclu qu'un droit d'accès non interrompu, une fin de semaine entière sur deux, accordait plus de temps et d'avantages aux enfants et aux parents que le calendrier, avec accès interrompu la fin de semaine, prévu dans l'ordonnance provisoire. Il a estimé que le droit d'accès prévu dans l'ordonnance provisoire n'était pas [TRADUCTION] « idéal pour les enfants ».

[25] À mon avis, le juge du procès a énoncé et appliqué correctement le critère de l'intérêt supérieur des enfants. Tout en ayant à l'esprit le principe du « contact

maximum », il a conclu, en fonction des faits dont il était saisi, que l'intérêt supérieur des enfants commandait que la mère soit la pourvoyeuse principale de soins.

[26] Dans l'arrêt *Bromm c. Bromm*, 2010 SKCA 149, [2010] S.J. No. 733 (QL), la Cour d'appel de la Saskatchewan a établi que le principe du contact maximum ne justifiait pas à lui seul l'octroi d'une ordonnance de parentage partagé :

[TRADUCTION]

Le père soutient que, pour décider de l'intérêt supérieur des enfants, la juge en cabinet n'a pas tenu dûment compte du principe du contact maximum. Cet argument ne saurait être retenu. La juge en cabinet a déclaré, à bon droit, qu'il ne découlait pas du par. 17(9) de la *Loi* que le principe du contact maximum justifiait à lui seul l'octroi d'une ordonnance de parentage partagé. Ce commentaire faisait suite à l'argumentation du père en faveur d'un arrangement de parentage partagé qui aurait accordé un temps pratiquement égal à chacun des parents, ce qui aurait équivalu à un parentage partagé. Dans son ordonnance, d'ailleurs, la juge en cabinet a accordé beaucoup de temps additionnel au père, pendant les vacances scolaires et les mardis soir. La façon dont la juge a traité la question n'indique pas qu'elle en a fait abstraction parce qu'elle l'estimait non pertinente. Elle a apprécié le principe au regard de l'intérêt supérieur des enfants. [Par. 24]

[27] D'après le père, le juge du procès a aussi commis une erreur du fait qu'il n'a pas accordé suffisamment d'importance aux gestes qu'il avait posés pour préserver le statu quo pour les enfants quand il avait quitté le foyer matrimonial. Le père ajoute que le juge du procès n'a pas accordé la moindre attention aux nombreuses actions unilatérales menées par la mère pour restreindre son droit d'accès pendant cette période.

[28] Là non plus, le juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante. D'après ce que le juge du procès a compris de son témoignage, le père, bien qu'il ait emménagé chez sa mère, revenait chaque jour au foyer familial avant son travail, pour participer au lever des enfants, puis il y retournait chaque soir pour aider à les mettre au lit. Le père a déclaré qu'il avait agi ainsi environ un an. Le juge a aussi tenu compte du

témoignage de la mère selon lequel les visites tôt le matin étaient peu utiles puisque les enfants étaient alors endormis. La mère continuait d'être la pourvoyeuse principale des soins des enfants, tel que le juge l'a reconnu. Le juge a aussi reconnu que les parties avaient mis au point un calendrier prévoyant des visites deux après-midi par semaine et une demi-journée, le samedi ou le dimanche, et que le père estimait que, son accès n'étant plus illimité, son droit d'accès s'en trouvait sérieusement restreint. Le père n'avait un tel accès que jusqu'à ce que l'ordonnance provisoire soit rendue. À mon avis, le juge du procès n'a pas commis d'erreur qui aurait eu une incidence sur l'issue.

(3) Effet cumulatif allégué des erreurs de fait

[29] La Cour a examiné la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait dans l'arrêt *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. n° 348 (C.A.) (QL). Le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) s'est exprimé en ces termes à ce sujet :

[TRADUCTION]

Il est tout aussi clair, en droit, que la Cour d'appel ne peut juger l'affaire de nouveau. La Cour d'appel 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 (voir les arrêts *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (QL), 2002 CSC 33, et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, [2005] A.C.S. n° 24 (QL), 2005 CSC 25, pour ce qui concerne les conclusions de fait, et l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, [2003] A.C.S. n° 76 (QL), 2003 CSC 71, au par. 43, pour ce qui concerne les ordonnances discrétionnaires). [Par. 3]

[30] Un arrêt cité par le père dans son mémoire, *Doe c. Doe*, [1999] O.J. No. 2564 (C.A. Ont.) (QL), traitait d'une demande de modification de la prestation alimentaire matrimoniale qui avait été rejetée par le juge de première instance. Ce dernier

avait conclu que le fait que le père ait cessé d'exercer le droit ne constituait pas un changement de situation important. La Cour d'appel a déclaré que l'effet cumulatif des erreurs commises la conduisait à conclure que la décision du juge saisi de la motion devait être infirmée et qu'à son avis, le dossier révélait que la retraite du père constituait bien un changement de situation important. La Cour d'appel a estimé que certaines conclusions tirées par le juge de première instance, comme le fait que le père aurait pris sa retraite dans le sombre dessein d'échapper à ses obligations alimentaires, n'étaient pas étayées par la preuve. La Cour d'appel a conclu que, si le juge de première instance n'avait pas commis des erreurs de fait aussi évidentes, l'issue de l'affaire eut été différente. La décision *Doe* était entachée d'erreurs manifestes et dominantes qui avaient influé sur son résultat. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[31] De la même façon, dans l'arrêt *S.H. c. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 R.N.-B. (2^e) 314, le père avait interjeté appel de la décision du juge du procès d'octroyer la garde conjointe ainsi que la responsabilité principale des enfants à la mère. Rejetant l'appel, la Cour a déclaré ce qui suit :

Dans *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 2001 CSC 60, le juge Bastarache a dit que la portée de l'examen en appel en matière de garde correspond à celle qui s'applique dans d'autres domaines du droit de la famille. Une juridiction d'appel ne devrait pas modifier le jugement de première instance en l'absence d'une erreur importante, d'une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou d'une erreur de droit. Il n'appartient pas à la juridiction d'appel d'apprécier à nouveau les éléments de preuve et de substituer sa propre appréciation à celle du juge saisi de la requête lorsque la décision de ce dernier n'est pas entachée d'une erreur manifeste (voir *C.M.B.E. c. D.J.E.* (2006), 304 R.N.-B. (2^e) 191, [2006] A.N.-B. n° 364 (QL), 2006 NBCA 88; *A.M.K.H. c. K.A.M.* (2003), 259 R.N.-B. (2^e) 291, [2003] A.N.-B. n° 171 (QL), 2003 NBCA 33; *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires) c. M.D. et al.* (2005), 294 R.N.-B. (2^e) 258, [2006] A.N.-B. n° 11 (QL), 2006 NBCA 7).

En l'espèce, il n'existe aucune erreur de fait significative. Dans l'exposé de ses motifs exhaustifs de jugement, le juge a tiré des conclusions de fait qu'il lui était loisible de tirer, d'après la preuve, et il est arrivé à des conclusions fondées sur « l'intérêt supérieur des enfants » qui ne sont entachées d'aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision. [...]

[Par. 2 et 3]

[32] Au paragraphe 66 de son mémoire, la mère a cherché à réfuter chacune des erreurs de fait alléguées énumérées au par. 98 du mémoire et dans l'avis d'appel du père (identiques, à une exception près). La mère concède l'existence de trois erreurs de fait, dont aucune n'est manifeste et dominante. Je ne saurais rien faire de mieux que de reproduire la liste des erreurs de fait alléguées par le père, en y adjoignant les réponses de la mère :

Le père	La mère
a) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant avait tenté d'intimider la témoin L.M., alors que cela n'était pas étayé par la preuve.	a) Voir les par. 56, 67 et 68 de la décision. La preuve se trouve dans le témoignage de L.M. (vol. 5 de la transcription, p. 44 et 45 et 60 à 67 et pièce P-8). Il ne s'agit pas d'une erreur de fait.
b) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant qu'il y avait [TRADUCTION] « d'importants désaccords entre les parties sur des points essentiels », alors que cela n'était pas étayé par la preuve.	b) Le juge du procès fait clairement allusion à l'arrangement provisoire et aux motifs pour lesquels il n'a pas accordé la garde partagée à l'étape provisoire. Ce n'est pas un fait sur lequel le juge du procès a fondé sa décision finale, non plus qu'une erreur de fait. La mère affirme aussi qu'il y avait bien désaccord sur des points essentiels, comme le test ABR (voir les par. 157 à 172 de la décision).
c) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'intimée s'occupait de la totalité des rendez-vous, visites, arrangements ou autres activités pour les deux enfants et que l'appelant n'avait [TRADUCTION] « fait que progressivement sa part de ces tâches », alors que cela n'était pas étayé par les faits.	c) Cela figure au par. 20 de la décision II. Voir divers éléments de preuve, par exemple les par. 86, 116 et 124 de la décision; vol. 2 de la transcription, p. 139, 157, 192, 193 et 195; vol. 3 de la transcription, p. 51, 53, 58, 124, 125, 145, 146, 168, 169, 178, 179, 188, 207, etc. Ce n'est pas

	une erreur de fait.
d) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant avait [TRADUCTION] « déposé une motion qui visait à faire dérailler de nouveau le processus », faisant alors allusion au souhait de l'appelant d'obtenir des précisions et plus de renseignements au sujet de son ordonnance. L'appelant demandait aussi que l'ordonnance du juge du procès soit modifiée pour qu'il lui soit permis d'assister au test auditif de [M.].	d) La Cour n'étant pas saisie de la motion, nous estimons que nous devons nous fonder sur les observations faites par le juge du procès dans sa décision puisque c'est là la seule preuve qui a été présentée à la Cour d'appel. Voir les par. 165, 167, 169 et 170 de la décision. Ce n'est pas une erreur de fait et, même si c'en était une, il ne s'agirait pas d'une erreur manifeste et dominante.
e) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que c'était vers octobre 2016 que le droit d'accès à son fils avait été restreint à six heures par semaine, alors qu'en fait c'était en décembre 2016, et seulement après que l'intimée eut changé les serrures de la porte de la maison et appris que l'appelant avait l'intention de rendre publique la relation avec sa nouvelle conjointe.	e) Le juge du procès a conclu que le père avait [TRADUCTION] « dit qu'il avait demandé le divorce en octobre 2016 et que, peu après, il avait été informé par lettre que le droit d'accès à son fils était restreint à six heures par semaine » (par. 17 de la décision). Le juge du procès a aussi conclu : [TRADUCTION] « Le 3 décembre 2016, elle [la mère] a changé toutes les serrures des portes de la maison » (par. 12 de la décision). Il n'a pas conclu que c'était en octobre 2016 que le droit d'accès du père à son fils avait été restreint à six heures, mais bien [TRADUCTION] « [p]eu après », ce qui pourrait aisément vouloir dire décembre 2016. Ce n'est pas une erreur de fait et, même si c'en était une, il ne s'agirait pas d'une erreur manifeste et dominante.
f) Le juge du procès a commis une erreur de fait en inférant que les parties avaient <u>convenu</u> du calendrier prévoyant l'accès pour l'appelant deux après-midi par semaine et une demi-journée, le samedi ou le dimanche, alors que la preuve montrait que l'intimée avait imposé ce calendrier à l'appelant. L'appelant n'y	f) Le juge du procès a résumé le témoignage de la mère au par. 32 de la décision. La mère a déclaré dans son témoignage qu'un calendrier avait été mis au point; jamais le juge du procès n'a inféré que le père y avait consenti. Voir le témoignage de la mère au vol. 3 de la transcription, p. 137 à 143; la preuve concernant ce

<p>a jamais consenti.</p>	<p>calendrier figure à la pièce R-2. Ce n'est pas une erreur de fait et, même si c'en était une, il ne s'agirait pas d'une erreur manifeste et dominante.</p>
<p>g) Le juge du procès a commis une erreur de fait, et s'est contredit, lorsqu'il a conclu que l'appelant avait demandé à exercer son droit d'accès hors du foyer matrimonial, puis a conclu que ce dernier avait été en colère parce que l'intimée avait insisté pour qu'il en soit ainsi.</p>	<p>g) Dans son témoignage, la mère a déclaré que le père avait demandé à exercer son droit d'accès hors du foyer matrimonial, puis avait été en colère lorsqu'elle lui avait demandé de le faire, à son avis parce qu'il croyait qu'il allait passer du temps avec les enfants hors du foyer matrimonial tout en pouvant y retourner. Voir le vol. 3 de la transcription, p. 137 à 143. Il ne s'agit pas d'une erreur de fait.</p>
<p>h) Le juge du procès a commis une erreur de fait en qualifiant d'entente le régime d'accès mis en place en 2016, alors qu'en réalité les conditions en avaient été imposées par l'intimée. La même conclusion était entachée d'une autre erreur de fait, de plus, le juge du procès ayant établi qu'une disposition de l'[TRADUCTION] « entente » des parties prévoyait que le calendrier d'accès serait rajusté lorsque l'un ou l'autre parent ne serait pas en mesure de passer le temps prévu avec les enfants. Aucune preuve n'était cette conclusion.</p>	<p>h) Voir la pièce R-2. Voir aussi le vol. 3 de la transcription, p. 137 à 143. La mère soutient que le juge du procès n'a pas commis d'erreur, la pièce R-2 montrant qu'il y avait bien une telle disposition et que le père en semblait fort satisfait. La pièce R-1 fait état, à la p. 57, des nombreux rajustements effectués par la mère à compter de 2016. Il ne s'agit pas d'erreurs de fait.</p>
<p>i) Comme il a été mentionné plus tôt, le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que les parents [TRADUCTION] « étaient en désaccord quant aux soins de santé à donner à M.G. », alors que cela n'était pas étayé par la preuve. Le seul désaccord au sujet des soins de santé [de M.G.] concernait la fixation d'un rendez-vous, entre autres, pour l'intervention ABR de [M.] et de la date d'une de ses séances d'orthophonie.</p>	<p>i) Le juge du procès a conclu que la mère avait fait état de désaccords des parents au sujet des soins de santé de M.G. (par. 35 de la décision); il ne s'agissait pas d'une conclusion de fait du juge, mais bien d'un résumé des affirmations de la mère. En outre, deux experts ont indiqué dans leurs témoignages combien les séances d'orthophonie étaient nécessaires et importantes, que le test ABR avait été effectué et que les séances et le test avaient eu lieu en temps opportun et sans retard. Voir les par. 157 à 172 de</p>

	la décision. Il ne s'agit pas d'une erreur de fait.
j) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que M ^{me} [S.], un témoin, avait [TRADUCTION] « joué un rôle essentiel en montrant à M.D.G. comment aider à résoudre les problèmes auditifs de M.G. », alors qu'en fait M ^{me} [S.] n'avait joué aucun rôle à cet égard.	j) Cela a été sorti de son contexte. Voir le par. 39 de la décision. Le juge fait allusion en réalité à la langue des signes rudimentaire utilisée par M.G. pour communiquer. C'est à ce sujet que M ^{me} [S.] (l'orthophoniste) a aidé la mère et cela se rapportait aux problèmes auditifs de M.G. Le père reconnaît le lien existant entre les problèmes auditifs et de langage dans son témoignage (vol. 3 de la transcription, p. 56). Il ne s'agit pas d'une erreur de fait.
k) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant demandait la garde partagée des enfants parce qu'il s'estimait [TRADUCTION] « un meilleur parent qu'elle pour eux ». Or, l'appelant n'a pas dit cela et il ne le pense pas non plus.	k) Nous convenons qu'il s'agit d'une erreur de fait, mais ce n'est pas là une erreur manifeste et dominante. La mère soutient qu'il ressort assurément de la teneur de ses communications que le père croit être le [TRADUCTION] « meilleur parent ».
l) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que la conjointe de l'appelant, A.K., avait reconnu que l'horaire de travail de l'appelant rendrait difficile le respect de tout calendrier prévu de visites. Une telle preuve n'a pas été présentée à la Cour.	l) Voir le vol. 3 de la transcription, p. 77 et 78. Cela n'est pas pertinent, qu'il s'agisse d'un horaire de travail ou d'un calendrier de visites. C'est une erreur de fait, mais pas une erreur manifeste et dominante.
m) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'ordonnance provisoire accordait à l'appelant un droit d'accès de jour au milieu de la semaine, chaque mercredi, cela dénotant, avec égards, une appréciation restreinte par le juge du temps dont l'appelant disposait véritablement avec les enfants selon l'ordonnance provisoire.	m) Voir le par. 198 de la décision. Le calendrier des visites est reproduit et, de l'avis de la mère, le juge du procès avait manifestement connaissance du calendrier fixé dans l'ordonnance provisoire. Le père fait allusion à un bref résumé présenté par le juge du procès au par. 137 de la décision. Il ne s'agit pas d'une erreur de fait.
n) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant commençait habituellement à travailler vers 7 h, alors que c'était vers 8 h 15 en réalité, comme la preuve le	n) Ces conclusions figurent au par. 151 de la décision. Les témoignages des parties étaient contradictoires sur ce point. La mère a déclaré que le père partait pour le travail à 7 h (vol. 3 de

<p>montrait; l'appelant n'a pas reconnu non plus qu'il ne lui était pas toujours facile d'être présent pour ses enfants, même s'il s'y [TRADUCTION] « efforce sincèrement ».</p>	<p>la transcription, p. 151). Elle a déclaré qu'elle-même partait pour le travail à 8 h 15 (vol. 3 de la transcription, p. 151). En contre-interrogatoire, le père a nié partir pour le travail à 7 h (vol. 2 de la transcription, p. 229), mais il n'a pas précisé à quelle heure il le faisait dans son témoignage. Ce n'est pas une erreur de fait et, même si c'en était une, il ne s'agirait pas d'une erreur manifeste et dominante. La mère convient que le juge du procès a commis une erreur de fait en disant, au par. 151 : [TRADUCTION] « il reconnaît qu'il ne lui est pas toujours facile d'être présent pour ses enfants, mais il s'y efforce sincèrement ». Mais même si le père ne l'a pas dit, la preuve vient étayer ce fait. Il ne s'agit pas toutefois d'une erreur manifeste et dominante.</p>
<p>o) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant avait écrit [TRADUCTION] « peu de courriels positifs à M.D.G., voire aucun », alors que la preuve a révélé l'existence de plusieurs courriels positifs envoyés par l'appelant à l'intimée.</p>	<p>o) L'appelant a bien rédigé quelques courriels [TRADUCTION] « positifs ». La plupart étaient toutefois négatifs; voir, par exemple, les pièces R-8, R-7, R-4, R-1, p. 65, 70, 78, 83, 89, 91, 93, 96, 98, 103, 104, 109 et 129. Ce ne sont pas là tous les courriels négatifs rédigés, mais seulement certains exemples. Il ne s'agit pas d'une erreur de fait.</p>
<p>p) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant [TRADUCTION] « demeur[ait] totalement opposé » aux interventions ABR, alors qu'en fait l'appelant a déclaré dans son témoignage qu'il n'y était pas opposé, mais que cela le préoccupait et qu'il avait posé des questions au sujet de la sédation requise.</p>	<p>p) Le père s'oppose à l'intervention ABR, et il a demandé qu'on ne la réalise pas, en mars 2018, parce qu'il s'y opposait. Bien que le père dise ne pas être opposé à la procédure, il refusait toujours d'y consentir, même après avoir entendu deux experts et une preuve importante au procès. Le père a déposé une motion après l'audience et avant la décision pour empêcher de nouveau que le test soit effectué (par. 60 à 70 de la décision II, par. 169 de la décision, vol. 2 de la transcription, p. 141, et</p>

	pièce R-1 p. 70).
q) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant avait déposé une motion pour [TRADUCTION] « stopper » le test de nouveau, alors qu'en fait cela n'était pas demandé dans la motion. L'appelant demandait essentiellement dans la motion à être présent lorsque [M.] subirait son test auditif.	q) Voir les explications données à l'alinéa d) ci-dessus.
r) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant s'était montré peu flexible dans l'établissement du calendrier des visites alors que l'inverse, en fait, était démontré par la preuve présentée à la Cour : l'intimée s'est opposée avec rigidité à toute modification du régime d'accès et elle insistait habituellement pour que l'ordonnance soit respectée à la lettre.	r) Voir la pièce R-1, p. 57, qui démontre la souplesse manifestée par la mère dans l'établissement du calendrier des visites. Voir la pièce R-1, onglet 8c), p. 83, citée par le juge du procès au par. 146 de la décision. La mère soutient que ce n'était pas une erreur de fait.
s) Le juge du procès a commis une erreur de fait en concluant que l'appelant ne voulait autoriser le test en aucun cas. La preuve montrait que l'appelant avait fait annuler l'intervention initialement prévue parce qu'il n'avait pu obtenir de l'intimée aucun détail à son sujet au préalable.	s) La Cour a tiré cette conclusion dans ses motifs afférents aux dépens. Le père pouvait poser aux médecins toutes les questions qu'il voulait sur l'intervention, mais il a choisi de ne pas se présenter aux rendez-vous. Voir la pièce R-1, p. 65 et 70. La preuve a démontré que le père ne croyait pas que son enfant avait un trouble auditif et qu'il ne voulait pas qu'on lui administre des sédatifs. Ce n'est pas une erreur de fait et, même si c'en était une, il ne s'agirait pas d'une erreur manifeste et dominante.

[33] J'ai passé en revue toutes les erreurs de fait alléguées. Parmi les dix-neuf erreurs de fait alléguées, je conviens que trois ont bel et bien été commises; je ne conviens toutefois pas que ces erreurs, considérées individuellement ou cumulativement, constituaient une erreur manifeste et dominante. Il n'a pas été satisfait à la norme de contrôle; l'intervention de la Cour n'est donc pas justifiée.

B. *Prestation alimentaire matrimoniale*

(1) Évaluation

[34] Le père demande d'avoir à payer pendant six ans une prestation alimentaire matrimoniale de 873 \$ par mois, plutôt que de 1 432 \$, comme en a décidé le juge du procès. Il affirme que le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a interprété et appliqué la jurisprudence et les dispositions législatives pertinentes et fixé le montant de la prestation alimentaire matrimoniale au milieu de l'échelle.

[35] Le père fait aussi valoir dans son mémoire, bien qu'il ne l'ait pas fait dans son avis d'appel, que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne prévoyant pas une date de révision. En réalité, le juge du procès a ordonné qu'on procède le 1^{er} janvier 2024 (dans cinq ans) à la révision du montant des aliments.

[36] La juge L'Heureux-Dubé, dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n° 9 (QL), a énoncé la norme de contrôle s'appliquant à une prestation alimentaire matrimoniale. Une ordonnance alimentaire n'est infirmée que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée (par. 11).

[37] Dans *Smith c. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 R.N.-B. (2^e) 208, la Cour a confirmé que de telles décisions devaient faire l'objet d'une grande déférence :

L'application de l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce* par un juge de première instance passe par l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire. Afin d'éviter qu'une décision soit perçue comme étant arbitraire, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit être justifié dans les motifs. Par ailleurs, comme la Cour suprême l'a souligné dans *Hickey* :

Lorsque des dispositions législatives en matière de droit de la famille confèrent aux juges de première instance le pouvoir de rendre des ordonnances alimentaires en fonction de certains objectifs, de

certaines valeurs, de certains facteurs et de certains critères, ceux-ci doivent jouir d'une grande discrétion pour décider si une pension alimentaire sera accordée ou modifiée et, dans l'affirmative, pour en fixer le montant. Ils doivent, dans l'appréciation des faits, soupeser les objectifs et les facteurs énoncés dans la *Loi sur le divorce* ou dans les lois provinciales relatives aux ordonnances alimentaires. Il s'agit d'une décision difficile mais importante, qui peut s'avérer cruciale dans la vie des ex-époux et de leurs enfants. Vu sa nature factuelle et discrétionnaire, la décision du juge de première instance doit faire l'objet d'une grande déférence par la cour d'appel appelée à réviser une telle décision. [Par. 10]

[Par. 41]

[Soulignement dans l'original.]

[38] La *Loi sur le divorce* précise les facteurs (par. 15.2(4)) et les objectifs (par. 15.2(6)) dont le tribunal doit tenir compte. En l'espèce, les facteurs suivants ont été pris en compte :

- La situation, les ressources et les besoins de chaque époux – la mère a [TRADUCTION] « un revenu raisonnable, compte tenu de ses compétences, mais elle n'a que peu de chances d'avancement ». Le père [TRADUCTION] « a les ressources financières requises pour verser une prestation alimentaire ». La mère [TRADUCTION] « n'aura pas les moyens, au vu des revenus et dépenses actuels du ménage familial, de subvenir adéquatement aux besoins de ses enfants ». Le revenu de ménage combiné du père est de 300 000 \$. Un revenu de 60 432 \$ a été attribué à la mère.
- La durée de la cohabitation des époux – le mariage a été de courte ou moyenne durée.
- Les fonctions remplies par les époux au cours de la cohabitation – la mère dispose d'un fondement relativement solide, en raison tant du fait qu'elle est la source secondaire de revenu que de son rôle continu de pourvoyeuse

principale des soins des enfants, pour faire valoir une demande compensatoire.

[39] Dans l'arrêt *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99, la Cour n'a pas infirmé la décision du juge du procès de fixer le montant de la prestation alimentaire au milieu de l'échelle. La juge d'appel Larlee a écrit : « le juge du procès, après avoir conclu à l'existence du droit à une pension alimentaire au profit de l'épouse, a exercé son pouvoir discrétionnaire en en fixant le montant et la durée. Pour ce qui est du montant, il y avait des preuves à l'appui de sa décision, et il n'a commis aucune erreur en fixant le montant de la pension alimentaire » (par. 27).

[40] En l'espèce, des éléments de preuve étayaient les conclusions du juge du procès. L'évaluation de la prestation alimentaire matrimoniale n'était entachée d'aucune erreur.

(2) Durée

[41] En vue d'établir la durée de la prestation alimentaire matrimoniale, la durée de la relation des époux n'est qu'un des facteurs à prendre en compte en application du par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*. Aux termes de l'article 8.5 des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, deux critères permettent d'établir la fourchette de durée au moyen de la formule de base « avec pension alimentaire pour enfant » : 1) le critère de la « durée du mariage »; 2) le critère de l'« âge des enfants ».

[42] Le premier critère, à savoir le critère de la durée du mariage, est le même que selon la formule « sans pension alimentaire pour enfant ». Les parties ayant été mariées huit années et demie, la durée de la prestation alimentaire serait de huit années et demie selon la fourchette supérieure et de quatre années et un quart selon la fourchette inférieure.

[43] Le second critère de durée repose sur l'âge des enfants. Il s'applique lorsque le nombre d'années avant que le plus jeune enfant finisse ses études secondaires est plus élevé que la durée du mariage. En l'espèce, la période de temps avant que le plus jeune enfant finisse ses études secondaires était de 18 ans, à compter de la date de la séparation, tandis que la durée du mariage était de huit années et demie. L'extrémité supérieure de la fourchette selon ce critère correspondrait à la date à laquelle le plus jeune enfant termine ses études secondaires, tandis que l'extrémité inférieure de la fourchette correspondrait à la date à laquelle l'enfant le plus jeune commence à fréquenter l'école à temps plein.

[44] La Cour a souscrit au critère de l'« âge des enfants » dans l'arrêt *Doucet c. Doucet*, 2014 NBCA 63, 426 R.N.-B. (2^e) 196, aux par. 5 à 8. Dans cette affaire, les parties avaient cohabité moins de dix ans. Le père avait soutenu que le versement d'une prestation alimentaire pendant six ans serait indiqué, et la mère avait avancé que la durée de la prestation, en fonction de la date à laquelle le plus jeune de leurs deux enfants aurait terminé des études secondaires, devrait plutôt être de huit ans. La Cour a jugé appropriée eu égard aux circonstances une prestation alimentaire d'une durée de huit ans.

[45] Bien que cela ne lie pas la Cour, le critère de l'âge des enfants a également été utilisé dans la décision *G.M. c. M.R.*, 2015 NBBR 79, 434 R.N.-B. (2^e) 277. Cette décision a été portée en appel, mais non quant à la question de la prestation alimentaire matrimoniale. Dans cette affaire, les parties avaient été mariées douze ans. Les parties avaient deux enfants et le juge du procès a ordonné qu'une prestation alimentaire matrimoniale soit versée pendant huit ans, soit jusqu'à ce que le plus jeune des enfants ait atteint l'âge de quinze ans.

[46] Le père soutient aussi que le juge du procès a appliqué erronément l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce* et n'a pas mis suffisamment l'accent sur l'indépendance économique de la mère. Or, le juge du procès a bel et bien encouragé l'indépendance économique de la mère en prévoyant une révision après cinq ans. Dans

l'arrêt *M.R. c. J.R.*, 2018 NBCA 12, [2018] A.N.-B. 104 (QL), la juge d'appel Baird a confirmé l'à-propos d'une révision de l'indépendance économique, en ces termes :

Dans l'arrêt *S.C.*, la juge Larlee en est arrivée à la conclusion suivante : « Je suis favorable à l'approche consistant à réviser l'indépendance économique du conjoint bénéficiaire après trois ans qui a été adoptée dans la jurisprudence la plus récente » (par. 5). Je souscris à sa conclusion. Les paramètres de la révision en question ont été examinés dans les arrêts *Arsenault c. Arsenault*, 2002 NBCA 101, 254 R.N.-B. (2^e) 190, et *Bourque c. Bourque*, 2004 NBCA 60, 274 R.N.-B. (2^e) 72. [Par. 66]

[47] En l'espèce, la prestation alimentaire matrimoniale doit être révisée après cinq ans.

[48] Sur ce point, à mon avis, la décision du juge du procès n'est pas entachée d'une erreur de principe ou d'une erreur significative dans l'interprétation de la preuve et elle n'est pas manifestement erronée. La mère s'est fait accorder une prestation alimentaire matrimoniale sur une base tant compensatoire que non compensatoire. Si l'on recourt au critère de la « durée du mariage », la fourchette inférieure est de quatre années et un quart. Selon le critère de l'« âge des enfants », la fourchette inférieure est de cinq ans.

[49] Le père a cité des sources jurisprudentielles sur ce point. La plupart des décisions invoquées sont de peu d'intérêt sur le plan jurisprudentiel puisqu'elles ont été rendues dans les années 1990, et sont ainsi antérieures aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*. Quant à l'affaire *S.C. c. J.C.*, 2006 NBCA 46, 299 R.N.-B. (2^e) 334, elle peut être distinguée de la présente affaire. La distinction la plus évidente vient du fait que, dans *S.C.*, les parties n'avaient pas d'enfant à charge. Dans cette affaire, la Cour a refusé de modifier l'ordonnance de la juge du procès prévoyant une prestation alimentaire de cinq ans puisque cela relevait de son pouvoir discrétionnaire (par. 17).

[50] En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne la durée de la prestation alimentaire matrimoniale. Le juge a effectivement attribué à l'intimée une prestation alimentaire matrimoniale d'une durée correspondant à la fourchette supérieure (jusqu'à la fin des études secondaires du plus jeune des enfants), mais il disposait du pouvoir discrétionnaire de le faire conformément aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*; sans constituer des dispositions législatives, ces lignes directrices sont fondées sur des principes de common law, et la Cour a approuvé à maintes reprises cette façon de procéder.

C. *Dépens*

[51] Dans son mémoire, le père soutient que le juge du procès a attribué à l'intimée des dépens d'un montant [TRADUCTION] « inhabituellement élevé » (10 000 \$), de manière incompatible avec la jurisprudence du Nouveau-Brunswick. Le père a déposé la requête en divorce. Le juge du procès devait trancher les questions de la garde, de la prestation alimentaire pour enfants, des frais spéciaux, de l'assurance devant garantir les paiements alimentaires, de l'arriéré, de la prestation alimentaire matrimoniale et des dépens. Les parties ont initialement demandé le partage des biens matrimoniaux et dettes matrimoniales, mais cette question a été réglée au moyen d'une ordonnance par consentement.

[52] La Cour a confirmé que l'octroi des dépens relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, et elle n'interviendra que si elle est convaincue que le juge a commis une erreur manifeste en exerçant ce pouvoir. Dans l'arrêt *M.R. c. J.R.*, la juge d'appel Baird a écrit ce qui suit :

Je conclus que la juge du procès a commis une erreur en n'attribuant aucuns dépens. Une grande partie des retards est attribuable au défaut de J.R. de tenir ses engagements et de s'acquitter de son obligation de communication. Malgré les demandes répétées de M.R. en vue d'obtenir des dépens provisoires, la détermination des dépens a été reportée au procès. La règle 59 énumère les critères que la Cour devrait prendre en considération afin d'attribuer des dépens. Dans

D.E. c. L.E., 2014 NBCA 67, [2014] A.N.-B. n° 289 (QL), la juge Larlee écrivait ce qui suit :

Aux termes de la règle 59 des *Règles de procédure*, les dépens afférents à une instance sont à la discrétion de la Cour, laquelle peut déterminer par qui et dans quelle mesure ils seront payés. Je réitère les observations qu'a faites le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. c. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 358, [1998] A.N.-B. n° 412 (C.A.) (QL), sur la question de l'attribution de dépens à l'issue de la cause :

Il ne fait aucun doute que, lorsque le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire relativement aux dépens, notre Cour n'interviendra pas sauf si elle est convaincue que le juge a commis une erreur manifeste en exerçant ce pouvoir. Voir *Williams et al. c. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 10 (C.A.). [...] [par. 34]

La partie qui obtient gain de cause a ordinairement droit à ses dépens, bien que le juge puisse exercer son pouvoir discrétionnaire en refusant de les lui accorder : *Flieger c. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 R.N.-B. (2^e) 322. [par. 23 et 24]

[Par. 100]

[53] De plus, la Cour a affirmé : « L'adjudication des dépens relève clairement, sans contredit, du juge de procès et ne devrait pas être modifiée à la légère en appel. Cela dit, l'intervention du tribunal d'appel est indiquée lorsque les circonstances le justifient » (voir *Succession Knowles c. Knowles*, 2016 NBCA 62, [2016] A.N.-B. n° 235 (QL), au par. 28). Comme la Cour l'a aussi déclaré, dans *L.T.G. c. C.J.G.*, 2011 NBCA 12, 369 N.-B.R. (2^e) 202, au par. 14, « [u]n très large pouvoir discrétionnaire est accordé au juge dans l'évaluation des dépens ».

[54] Dans l'arrêt *L.R.R.*, la Cour a examiné l'octroi de dépens de 12 500 \$ par la juge de première instance. La juge d'appel Larlee a écrit : « la juge saisie de la requête avait le pouvoir discrétionnaire de conclure que l'issue du procès était favorable à l'intimé sur la question la plus litigieuse qu'était la garde. Elle lui a attribué la garde exclusive de l'enfant et lui a par conséquent accordé des dépens » (par. 21). Cela ressemble beaucoup à la présente situation. L'argument du père selon lequel le montant des dépens accordés est inhabituellement élevé et non conforme à l'état du droit ne saurait être retenu. Je suis d'avis de ne pas modifier le montant des dépens adjugés.

VI. Dispositif

[55] Je suis d'avis de rejeter l'appel et de fixer les dépens à 5 000 \$.