

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

92-19-CA

Q.D.T.

Q.D.T.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

H.L.D.

H.L.D.

RESPONDENT

INTIMÉE

Q.D.T. v. H.L.D., 2020 NBCA 19

Q.D.T. c. H.L.D., 2020 NBCA 19

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
August 1, 2019

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine:
le 1^{er} août 2019

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2019 NBQB 154

Décision frappée d'appel :
2019 NBBR 154

Preliminary or incidental proceedings:
[2019] N.B.J. No. 293

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2019] A.N.-B. n° 293

Appeal heard:
January 23, 2020 and February 6, 2020

Appel entendu :
le 23 janvier 2020 et le 6 février 2020

Judgment rendered:
March 26, 2020

Jugement rendu :
le 26 mars 2020

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Jennifer E. Davis

For the respondent:
Ferne M. Ashford

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$2,500.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Jennifer E. Davis

Pour l'intimée :
Ferne M. Ashford

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens, lesquels sont fixés
à 2 500 \$.

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.) (the “Act”). He alleges the motion judge made numerous (i.e. seven) errors in his findings of fact and submits these errors are palpable and overriding and led him to draw conclusions that were unsupported by the evidence. Simply put, the father contends the motion judge’s decision that there had been a material change in circumstances was based on incorrect facts. I do not agree. Although there are palpable errors made by the motion judge, they are not overriding, and in my view, there is no need for appellate intervention.

II. Background

[2] The parties married in 2000. Two children were born during this marriage: a son, presently 18 years of age, and a daughter, now 11 years of age. The parties are both members of the military. They separated in 2014 and, prior to their divorce in April 2017, they shared custody of the children. This arrangement was later incorporated into a Consent Order executed in February 2017, which was intended to continue following the expected relocation of both the mother and the father to Edmonton. The Consent Order provided that the children would not be removed from the Judicial District of Fredericton by either parent, without the consent of the other parent, or without an order of the court. Throughout 2017-2018, various attempts were made by both parents to be relocated from 5 CDSB Gagetown to 3 CDSB Edmonton. For good reason, the mother preferred not to relocate to Edmonton until the divorce was finalized in New Brunswick. In the end, the mother received notice she was being posted to Edmonton on March 12, 2018. On March 26, 2018, the mother filed a Motion to vary the Consent Order based on a change of

circumstances. As per the Order, the children remained in Oromocto with their father until the Motion was determined.

[3] A four-day hearing took place in January 2019. In a decision issued August 1, 2019, the judge allowed the mother's Motion and ordered the primary residence of the 11-year-old daughter to be with the mother in Edmonton, with generous access to the father during summer vacations, March Break and other periods. As the son was 18 years of age, the mother did not seek to vary custody with respect to him.

[4] Between the hearing of the motion in January and the issuance of the decision in August, the circumstances changed in relation to the very reason the mother sought a variation of the Consent Order. The father decided to accept a posting to Edmonton during the 2019 Active Posting Season. Neither party took steps to advise the Court of Queen's Bench and, as a result, the motion judge, unaware that the living circumstances had changed, rendered his decision based on his belief the mother and father were living in different provinces.

[5] The father moved to Edmonton on August 15, 2019, along with his new partner. He filed an appeal of the August 1, 2019 decision. His position is that since he and the mother both reside in Edmonton, the week on, week off shared parenting arrangement provided for in the Consent Order applies or ought to apply. The mother's position is that the daughter's primary residence is with her, as the motion judge ordered.

[6] On October 4, 2019, a judge of this Court partially stayed the motion judge's ruling. He ordered that the daughter remain in the primary care of the mother but allowed more generous access to the father (which had already been occurring) in Edmonton.

III. Grounds of Appeal

[7] The father submits the motion judge erred:

1. By significantly misapprehending the evidence and committing palpable and overriding errors in drawing conclusions that are unsupported by the evidence, and therefore, erred by concluding there was a material change in circumstances after the Consent Order for Divorce of April 6, 2017, was executed.
2. Prior to the release of the trial judge's decision and reasons therefore, the parties' circumstances changed such that the trial judge's Order is no longer appropriate or just.

[8] The second ground was abandoned at the hearing of the appeal.

IV. Standard of Review

[9] It is clear from the jurisprudence of this Court that the standard of review in family law cases allows us to intervene only where there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence or an error of law.

V. Analysis

A. *Alleged misapprehension of evidence*

[10] The father contends the motion judge committed palpable and overriding error in drawing conclusions that were unsupported by the evidence. In his written submission, the father listed seven such errors.

[11] A review of the record indicates that the motion judge did make errors in his summary of the evidence but none of these, either individually or cumulatively, rise to the level of overriding errors that had any effect on his decision.

[12] Many times, throughout the four-day trial, the father testified he did not know what his plan would be for 2019. While it was his testimony that he requested a move, he also testified he could be “releasing” from the military in 2019 and he had been accepted to attend UNB Law School in Fredericton. He mentioned contemplating a posting to England and also spoke of the possibility of releasing and obtaining a civilian job. He discussed the possibility of obtaining a posting to Kingston or Edmonton at some point in the future. Based on the father’s evidence, it is of little wonder the judge made some errors in his interpretation of the evidence. Regardless, although some of the errors are palpable, they are not overriding. The record did not indicate he would be in the same city – Edmonton – as the mother.

[13] In *Dedes v. Dedes*, 2015 BCCA 194, [2015] B.C.J. No. 883 (QL), the British Columbia Court of Appeal states:

The relationship between *Gordon* and *Willick* was addressed by this Court in *Turpin v. Clark*, 2009 BCCA 530 (leave to appeal refused, [2010] S.C.C.A. No. 5), which considered the proper test to be applied on a variation of a consent order made under the *Divorce Act*:

[46] The test for establishing a material change of circumstances was articulated in *Willick*, in the context of a variation application for increased child support, as a change that, if known at the time the prior order was made, would likely have resulted in a different order (at 688). In *Carter v. Carter* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 45, 34 R.F.L. (3d) 1 (C.A.), a material change in circumstances was described, in the context of a variation application to rescind spousal support, as a change that was “substantial, unforeseen and continuing.” In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, it was described, in the context of a variation application for custody of a child, as a change “which was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated by the judge who made the initial order” (para. 13).

[47] In an attempt to reconcile these differing articulations of the test, Lambert J.A. in *Stones v. Stones*, 2004 BCCA 99, 48 R.F.L. (5th) 223,

redefined the “foreseeable change” version, focussing on unanticipated changes that were not within the contemplation of the parties when they made their agreement:

[15] In my opinion, the question of what is a material change of circumstances may vary from one case to another. That is particularly so in relation to foreseeability. There are a group of cases which decide that retirement from employment, even at the retirement age set by the employer, or by collective agreement, can be a material change of circumstances, although clearly it would be foreseeable.

[16] I suppose that the question should really be asked in each case of whether the circumstance in question was one which the parties must have had in contemplation and built into the framing of their agreement. Perhaps it is a change that the parties were prepared to leave out of contemplation in the agreement because of complexity or some other reason, so that when it occurs it is a material change of circumstances, even though the parties knew it must be going to happen at some time or another.

[Emphasis added in *Turpin*.]

[para. 21]

[14] In the case before us, the parties both testified that when they executed the Consent Order in February 2017, they both contemplated maintaining a shared parenting regime because of their continued attempts to relocate to the same city: Edmonton. Both parents testified they intended to obtain postings to Edmonton, although it was not definite that they could. The mother testified that, when the Consent Order was signed in February 2017, she did not anticipate being posted elsewhere while the father remained in Oromocto with the children.

[15] Furthermore, the Consent Order states:

The children shall not be moved out of the judicial district of Fredericton without the consent of the other party, or without an Order of the Court. [para. 4]

[16] With respect to this paragraph, it is apparent that both parties understood if one of them was relocated out of the Judicial District of Fredericton and the other party would not consent to the children being moved as well, the parents would have to go to court to have the custody issue determined. This paragraph, in my opinion, anticipated a change in circumstances could occur if the parents were going to live in separate cities.

[17] The motion judge interpreted and applied the law correctly with respect to material change of circumstances in this situation. He said:

There is no question that, [the daughter] has endured a change of circumstances since the making of the order that is both material and of great detriment to her. At the time the order was made, she enjoyed a relatively harmonious family life with her brother and both her parents in two different homes. Now, as a direct result of the interpretation of that order, she will be in the primary care of one of her parents, living 4,400 km from the other. [para. 102]

I agree.

[18] The motion judge then undertook the jurisprudentially prescribed best interests of the child analysis, regarding which I find no error.

VI. Conclusion

[19] In my view, the trial judge undertook the proper analysis, applied the appropriate jurisprudence, and employed the correct test to determine whether a material change of circumstances had occurred. He decided it had and this allowed him to undertake the next step delineated in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J.

No. 52 (QL). This permitted him to vary the existing Consent Order. Applying the appropriate standard of review, I find no error justifying appellate intervention.

VII. Disposition

[20] I would dismiss the appeal with costs of \$2,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le père interjette appel de la décision de la Cour du Banc de la Reine qui a été rendue en application de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) (la *Loi*). Il prétend que le juge saisi de la motion a commis plusieurs (c.-à-d. sept) erreurs dans ses conclusions de fait et soutient que ces erreurs sont manifestes et dominantes et que celles-ci l'ont amené à tirer des conclusions qui ne sont pas étayées par la preuve. Bref, le père prétend que la décision du juge saisi de la motion voulant qu'un changement important soit survenu dans la situation était fondée sur des faits erronés. Je ne suis pas du même avis. Bien que le juge saisi de la motion ait commis des erreurs manifestes, celles-ci ne sont pas dominantes et, selon moi, rien ne justifie une intervention en appel.

II. Contexte

[2] Les parties se sont mariées en 2000. Deux enfants sont nés de cette union : un fils, maintenant âgé de 18 ans, et une fille, maintenant âgée de 11 ans. Les deux parties sont membres des Forces armées. Elles se sont séparées en 2014 et, avant leur divorce en avril 2017, elles se partageaient la garde des enfants. Cet arrangement a plus tard été incorporé dans une ordonnance par consentement signée en février 2017 et devait se poursuivre après la réaffectation prévue tant de la mère que du père à Edmonton. L'ordonnance par consentement prévoyait qu'aucun des parents ne pourrait retirer les enfants de la circonscription judiciaire de Fredericton sans le consentement de l'autre ou sans une ordonnance du tribunal. Entre 2017 et 2018, les deux parents ont maintes fois tenté d'être réaffectés de la BS 5 Div C Gagetown à la BS 3 Div C Edmonton. Pour de bonnes raisons, la mère a préféré ne pas être réaffectée jusqu'à ce que le divorce soit prononcé au Nouveau-Brunswick. Finalement cependant, la mère a reçu un avis l'informant qu'elle était affectée à Edmonton le 12 mars 2018. Le 26 mars 2018, la mère

a déposé une motion en modification de l'ordonnance par consentement sur le fondement d'un changement de situation. En application de l'ordonnance, les enfants ont demeuré à Oromocto avec leur père jusqu'à ce que la motion soit tranchée.

[3] Une audience de quatre jours a eu lieu en janvier 2019. Dans une décision rendue le 1^{er} août 2019, le juge a accueilli la motion de la mère et a ordonné que la résidence principale de la fille de 11 ans soit chez la mère, à Edmonton, avec un accès généreux au père durant les vacances d'été, le congé du mois de mars et d'autres périodes. Étant donné que le fils était âgé de 18 ans, la mère n'a pas sollicité de modification de la garde en ce qui le concerne.

[4] Entre l'audition de la motion en janvier et le prononcé de la décision en août, la situation a changé relativement à la raison même pour laquelle la mère avait sollicité une modification de l'ordonnance par consentement. Le père a décidé d'accepter une affectation à Edmonton durant la période active des affectations de 2019. Aucune partie n'a pris de mesures pour aviser la Cour du Banc de la Reine et, par conséquent, le juge saisi de la motion, ignorant que les conditions de résidence avaient changé, a rendu sa décision croyant que la mère et le père vivaient dans des provinces différentes.

[5] Le père est déménagé à Edmonton le 15 août 2019 avec sa nouvelle conjointe. Il a déposé un appel de la décision du 1^{er} août 2019. Il affirme qu'étant donné que lui et la mère résident tous deux à Edmonton, l'arrangement de parentage partagé, par alternance hebdomadaire, prévu dans l'ordonnance par consentement s'applique ou devrait s'appliquer. La mère soutient que la résidence principale de leur fille est chez elle, comme l'a ordonné le juge saisi de la motion.

[6] Le 4 octobre 2019, un juge de notre Cour a partiellement suspendu la décision du juge saisi de la motion. Il a ordonné que la mère demeure la pourvoyeuse principale de soins de la fille, avec un accès plus généreux au père (accès qui était déjà exercé) à Edmonton.

III. Moyens d'appel

[7] Le père soutient que le juge saisi de la motion a commis des erreurs pour les raisons suivantes :

1. il a interprété erronément de façon significative la preuve et commis des erreurs manifestes et dominantes en tirant des conclusions qui ne sont pas étayées par la preuve et, par conséquent, en tirant la conclusion qu'un changement important était survenu dans la situation après la signature de l'ordonnance de divorce par consentement, le 6 avril 2017;
2. avant que la décision, et les motifs s'y rapportant, du juge de première instance ne soient rendus, la situation des parties avait changé de telle sorte que l'ordonnance de ce dernier n'est plus convenable ou juste.

[8] Le deuxième moyen a été abandonné lors de l'audition de l'appel.

IV. Norme de contrôle

[9] Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour que la norme de contrôle dans les affaires de droit familial nous autorise à intervenir seulement lorsqu'il y a eu une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit.

V. Analyse

A. *Allégation d'interprétation erronée de la preuve*

[10] Le père soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur manifeste et dominante en tirant des conclusions qui ne sont pas étayées par la preuve. Dans son mémoire, le père énumère sept erreurs de ce genre.

[11] Un examen du dossier révèle que le juge saisi de la motion a effectivement commis des erreurs dans son résumé de la preuve, mais aucune de ces erreurs, prise individuellement ou collectivement, n'est dominante et n'a d'incidence sur sa décision.

[12] À plusieurs reprises au cours de l'audience de quatre jours, le père a témoigné qu'il ignorait quel serait son plan pour 2019. Bien qu'il ait témoigné avoir demandé une réaffectation, il a également témoigné qu'il pourrait [TRADUCTION] « quitter » les Forces armées en 2019 et que sa demande d'admission à la faculté de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick à Fredericton avait été acceptée. Il a mentionné qu'il envisageait une affectation en Angleterre et a également évoqué la possibilité de quitter les Forces armées et d'obtenir un emploi civil. Il a discuté de la possibilité d'obtenir une affectation à Kingston ou à Edmonton à un moment donné à l'avenir. Sur le fondement de la preuve du père, il ne faut pas s'étonner que le juge ait commis des erreurs dans son interprétation de la preuve. Quoiqu'il en soit, bien que certaines erreurs soient manifestes, elles ne sont pas dominantes. Le dossier ne révèle pas qu'il demeurerait dans la même ville que celle où demeure la mère, soit Edmonton.

[13] Dans l'affaire *Dedes c. Dedes*, 2015 BCCA 194, [2015] B.C.J. n° 883 (QL), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit ceci :

[TRADUCTION]

La relation entre les arrêts *Gordon* et *Willick* a été abordée par notre Cour dans l'affaire *Turpin c. Clark*, 2009 BCCA 530 (autorisation d'appel refusée, [2010] S.C.C.A. n° 5), où la Cour a examiné le critère approprié à appliquer pour l'examen d'une demande de modification d'une ordonnance par consentement rendue sous le régime de la *Loi sur le divorce* :

[TRADUCTION]

[46] Le critère pour établir un changement important de situation a été énoncé dans l'arrêt *Willick*, dans le contexte d'une demande de modification visant à augmenter la prestation alimentaire pour enfant, comme étant un

changement qui, s'il avait été connu au moment où l'ordonnance antérieure a été rendue, se serait vraisemblablement traduit par une ordonnance différente (à la p. 688). Dans *Carter c. Carter* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 45, 34 R.F.L. (3d) 1 (C.A.), un changement important de situation a été décrit, dans le contexte d'une demande de modification visant l'annulation d'une prestation alimentaire matrimoniale, comme étant un changement qui était [TRADUCTION] « important, imprévu et permanent ». Dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, il a été décrit, dans le contexte d'une demande de modification de la garde d'un enfant, comme étant un changement qui « doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale » (par. 13).

[47] Dans une tentative de réconcilier ces différentes formulations du critère, le juge Lambert, dans l'affaire *Stones c. Stones*, 2004 BCCA 99, 48 R.F.L. (5th) 223, a redéfini la version du [TRADUCTION] « changement prévisible » du critère, se concentrant sur les changements imprévus qui n'étaient pas envisagés par les parties au moment où elles ont signé leur entente :

[TRADUCTION]

[15] À mon avis, la question de savoir ce qui constitue un changement important de situation peut varier d'un cas à l'autre. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne la prévisibilité. Il y a un groupe d'affaires dans lesquelles on a décidé qu'un départ à la retraite, même à l'âge de la retraite qui est fixé par l'employeur ou par une convention collective, peut constituer un changement important de situation, bien que ce changement puisse manifestement être prévisible.

[16] Je suppose que la question devrait réellement être posée dans chaque cas de savoir si la situation donnée était une situation que les parties devaient avoir

envisagée et prévue dans l'élaboration de leur entente. Peut-être s'agit-il d'un changement que les parties fussent prêtes à exclure du cadre de leur entente pour cause de complexité ou pour toute autre raison, de sorte que lorsqu'il survient, il s'agit d'un changement important de situation, même si les parties savaient que le changement surviendrait à un moment ou un autre.

[Soulignements dans l'arrêt *Turpin*.]

[par. 21]

[14] En l'espèce, les deux parties ont témoigné qu'au moment où elles ont signé l'ordonnance par consentement, en février 2017, elles envisageaient toutes les deux de conserver le régime de parentage partagé parce qu'elles poursuivaient leurs démarches d'affectation dans la même ville : Edmonton. Les deux parents ont témoigné qu'ils avaient l'intention d'obtenir des affectations à Edmonton, mais ce n'était pas clair s'ils pouvaient concrétiser cette démarche. La mère a témoigné que, au moment de la signature de l'ordonnance par consentement en février 2017, elle ne s'attendait pas à être affectée ailleurs pendant que le père demeurait à Oromocto avec les enfants.

[15] De plus, l'ordonnance par consentement prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les enfants ne peuvent pas être retirés de la circonscription judiciaire de Fredericton sans le consentement des deux parents ou sans une ordonnance du tribunal. [par. 4]

[16] En ce qui concerne ce paragraphe, il est clair que les deux parties comprenaient que si l'une d'elles était affectée à l'extérieur de la circonscription judiciaire de Fredericton et que l'autre ne consentait pas à ce que les enfants déménagent également, les parents devraient se présenter devant le tribunal pour que celui-ci tranche la question de la garde. Ce paragraphe, à mon avis, prévoyait qu'un changement de situation pourrait survenir si les parents allaient vivre dans des villes différentes.

[17] Le juge saisi de la motion a interprété et appliqué le droit correctement en ce qui concerne le changement important de situation en l'espèce. Il a dit ceci :

[TRADUCTION]

Il ne fait pas de doute que [la fille] a subi un changement de situation depuis que l'ordonnance a été rendue, changement qui, à la fois, est important et qui lui est très préjudiciable. Au moment du prononcé de l'ordonnance, elle jouissait d'une vie de famille relativement harmonieuse avec son frère et ses deux parents dans deux maisons différentes. Maintenant, comme conséquence directe de l'interprétation de cette ordonnance, l'un de ses parents en sera le pourvoyeur principal de soins, et elle vivra à 4 400 km de l'autre. [par. 102]

Je suis du même avis.

[18] Le juge saisi de la motion s'est ensuite livré à l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant prescrite par la jurisprudence, analyse dans laquelle je ne trouve aucune erreur.

VI. Conclusion

[19] À mon avis, le juge saisi de la motion a effectué l'analyse qui convient, a appliqué la jurisprudence appropriée et a utilisé le bon critère pour déterminer si un changement important était survenu dans la situation. Il a conclu que tel était le cas, ce qui lui permettait de passer au volet suivant de l'analyse, volet qui est énoncé dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S n° 52 (QL). Il était donc autorisé à modifier l'ordonnance par consentement existante. Par application de la norme de contrôle appropriée, je conclus qu'il n'a pas commis d'erreur justifiant une intervention en appel.

VII. Dispositif

[20] L'appel est rejeté avec dépens, lesquels sont fixés à 2 500 \$.