COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

6-21-CA

S.R.F.

APPELLANT

- and -

J.M.F.

RESPONDENT

S.R.F. v. J.M.F., 2021 NBCA 24

CORAM:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
January 26, 2021

History of Case:

Decision under appeal:
2021 NBQB 17

Preliminary or incidental proceedings:
[2021] N.B.J. No. 44

Appeal heard and judgment rendered:
March 31, 2021

Reasons delivered:
August 26, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

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

S.R.F.

APPELANT

- et -

J.M.F.

INTIMÉE

S.R.F. c. J.M.F., 2021 NBCA 24

CORAM :
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 26 janvier 2021

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2021 NBBR 17

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2021] A.N.-B. nº 44

Appel entendu et jugement rendu :
le 31 mars 2021

Motifs déposés :
le 26 août 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Howard T. Myatt

J.M.F. on her own behalf

THE COURT

At the conclusion of the hearing, the appeal was allowed, the decision of the motion judge was set aside, and the matter was remitted to the Court of Queen's Bench for hearing before a different judge of that Court. In the circumstances of this case, each party was ordered to bear their own costs. We indicated written reasons would follow. These are set out in the following text.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Howard T. Myatt

J.M.F. en son propre nom

LA COUR

À la conclusion de l'audience, l'appel a été accueilli, la décision rendue par le juge saisi de la motion a été annulée et l'affaire a été renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour la tenue d'une audience devant un autre juge de ce tribunal. Eu égard aux circonstances de l'espèce, il a été ordonné à chaque partie d'assumer ses propres frais. Nous avons indiqué que les motifs suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] The parties to this appeal are working their way through the legal ramifications of a marital breakdown. In a decision dated January 26, 2021, a judge of the Court of Queen's Bench denied the appellant father's claim for undue hardship. The parties were ordered "to calculate the relevant child support on a prospective basis and retroactive from February, 2017 onward" within 30 days, and the father was given an additional 30 days thereafter to "make the necessary payments."

[2] On February 26, 2021, a judge of this Court heard the father's Motion for Leave to Appeal and rendered his decision that same day. He granted the motion and, with the approval of the Chief Justice pursuant to Rule 62.03(5)(b), ordered that the appeal be expedited to a date to be set by the Chief Justice. That date was March 31, 2021.

[3] At the conclusion of the hearing on March 31, 2021, the appeal was allowed, the decision of the motion judge was set aside, and the matter was remitted to the Court of Queen's Bench for a hearing before a different judge of that Court. In the circumstances of this case, each party was ordered to bear their own costs. We indicated written reasons would follow. These are set out below.

II. Background

[4] The appellant father and respondent mother were married on August 14, 2010, and separated on February 2, 2017. They are the parents of twins born in 2012. An *Ex Parte* Interim Order was issued on February 3, 2017, and an Interim Consent Order on February 28, 2017. Neither Order dealt with the issue of child support.

[5] The mother filed a Petition for Divorce on April 18, 2019, and a motion on June 4, 2019. In her motion, the mother sought a variation of the access provisions set out in the Interim Order, prospective and retroactive child support, special expenses, and spousal support. On July 23, 2019, the father filed a motion claiming undue hardship pursuant to s. 10(2)(a) of the *Federal Child Support Guidelines*, S.O.R./97-175 (*Guidelines*).

[6] A further Interim Order issued effective August 20, 2019, addressing access and ordering the father to pay $950 per month in child support pending the hearing of his claim for undue hardship.

[7] On November 15, 2019, a hearing was held from which flowed the January 26, 2021 decision presently under appeal.

III. Issues and Analysis

[8] The father alleges the motion judge erred:

1. In misapprehending the evidence in his determination of the father's income for the purpose of adjudicating the undue hardship claim;

2. In his determination of the father's income as well as in his calculation of the father's monthly expenses; and

3. In ordering that all arrears be paid within 30 days, without first determining the amount of the arrears, and without determining whether or not the father had the ability to pay.

A. *Standard of review*

[9] The Court has articulated the standard of review in family law matters on numerous occasions. The scope for appellate intervention is narrow, as was succinctly set out by Quigg J.A. in *J.D.F. v. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] N.B.J. No. 252 (QL):

> It is clear from the jurisprudence of this Court that the standard of review in family law cases allows us to intervene only when there has been a material error of law or principle, or serious misapprehension of the evidence. [para. 14]

[10] While the scope for appellate intervention may be narrow, when the standard has been satisfied and error established, the Court is required to step in. Such is the case in the matter before us. I will begin by focusing my analysis on the third of the alleged errors.

B. *Determination of arrears*

[11] In the order issued by the motion judge dated February 17, 2021, the parties were given the following direction:

> The parties shall have 30 days to calculate the relevant child support on a prospective basis and retroactive from February 2017 onward. The Respondent shall make the necessary payments according to the adjustments within 30 days thereafter.

This mirrors the wording found in the motion judge's written reasons at paragraph 68.

[12] The error on the part of the motion judge is clear, as pointed out by the father: the motion judge was required to determine the amount of the arrears and, after having done so, should then have determined the father's ability to pay before imposing a 30-day deadline for payment. In support of his position, the father relies on the decision of Robertson J.A. in *Brown v. Brown*, 2010 NBCA 5, [2010] N.B.J. No. 18 (QL):

> A distinction must be drawn between the jurisdiction to forgive arrears and the jurisdiction to order their enforcement. Assume that the payer truly lacks the financial resources to pay arrears. What is the support recipient to do? As a practical matter, the route to enforcement begins in the office of the Director of Support

> Enforcement and ends up on the doorstep of the Court of Queen's Bench. Once the proper amount of arrears is fixed, the judge will be asked to determine whether the payer is financially capable of addressing the arrears problem by making, for example, monthly payments to be applied against this outstanding obligation. If, however, the payer's income is insufficient to meet both past and present support obligations and reasonable costs of living, the court cannot be expected to craft an order that "draws blood from a stone". It may well be that the court will have to consider ordering a temporary suspension with respect to the payment of arrears. Either way, there can be no true hardship if the payer is truly experiencing a present inability to pay arrears and the future appears equally bleak. If the payer truly lacks the financial wherewithal to address the arrears problem, any enforcement options available to the support recipient and the court are of no practical benefit. This is why the plea of hardship is more illusionary than real. Above all, the issue of enforcement is not to be confused with the question of whether the courts possess a residual discretion to forgive arrears. [para. 44]
>
> [Emphasis added.]

[13] With respect to the obligation placed on the court when required to determine support arrears, a more recent decision of the Court offers clear guidance. Baird J.A., writing for the Court in *T.M.D. v. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] N.B.J. No. 44 (QL), states:

> It is not clear from the evidence what the exact amount of the arrears was at the time of the motion hearing. The appellant submitted they were $52,956. The motion judge estimated them to be in "the vicinity of $32,000"; however, this amount was calculated by the motion judge, retroactively to 2013, and was based on his "derogation" from the Table amount as noted (Decision /Order at page 4). The motion judge delegated the responsibility of calculating them to the Enforcement Office. This is clearly wrong. When a court assesses arrears, the resulting order must specify the amount of the arrears assessed; otherwise, there is no enforceable order. There is no authority either in the Act or the Guidelines, which permits the delegation of the assessment of the arrears to an administrative body. The

> Support Enforcement Office is one of record; i.e., it records the amounts due and owing, and it records the payments on account. The Director of Support Enforcement exercises a quasi-judicial function but only when he or she has an enforceable court order. [para. 16]

[14] As she went on to observe at paragraph 22, "An order which establishes how child support arrears are to be paid should not be arbitrary. It must be grounded on the basis of a reasoned and articulated analysis of the financial realities of the parties." She concludes by stating, "In the absence of an analysis with respect to undue hardship, it is not possible for the Court to determine whether this order correctly met the objectives of the *Guidelines*, as noted." This is entirely on point with the present appeal.

[15] The judge tasked with determining arrears is vested with discretion as to how the arrears are to be paid, as the Court explained in *N.S. v. S.S.*, 2019 NBCA 29, [2019] N.B.J. No. 67 (QL):

> The decision respecting the suspension of the payment of all of the arrears until further order of the court is discretionary in nature. Absent 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, we have no justification to interfere. It was within the motion judge's discretion to postpone or suspend payment of the amounts she determined were owing. We agree with the essential features of the carefully considered reasons of the motion judge and dismiss the appeal. [para. 11]

[16] The discretion discussed above does not, however, extend to foregoing an assessment of the amount of arrears, nor to placing the obligation to do so on the parties, nor does it extend to setting an arbitrary deadline for payment. As stated in *T.M.D.*, at paragraph 16, "When a court assesses arrears, the resulting order must specify the amount of the arrears assessed; otherwise, there is no enforceable order."

[17] As for the mother's position on this issue, in the course of oral argument, she acknowledged that there had been no determination of arrears, and that updated

financial information should be available. In response to a question from the Court, she indicated she had no problem with the matter being returned to the Court of Queen's Bench but expressed her frustration with the situation. Understandably, to paraphrase the mother's comments to the Court, her focus is on the reality that she needs to be able to provide for her children, and this delay is not helpful in that regard.

[18] The motion judge was in error when he did not determine the amount of arrears and he fell further into error when he arbitrarily ordered the father to pay those arrears, whatever they might be, within 30 days. On this basis alone, I would have determined the matter must be remitted to the Court of Queen's Bench for a new hearing.

C. *Determination of income and expenses*

[19] The father also challenges the motion judge's calculations of income and expenses, as articulated in his written submission:

> - The Appellant has been paying all marital debts since separation. At paragraph 67 of the Motion Judge's Decision and Reasons, he found that the total monthly payment of debt was approximately $3,954.49 per month; however; at paragraph 13 in the last two bullet points, he determined monthly debt payments to be $1,835.29, plus mortgage payments of $2,545.75 (para. 23) for a total of $4,381.04.
>
> - At paragraph 19 of the Decision and Reasons, the Motion Judge calculated the Appellant's monthly expenses to be $12,483.50. At paragraph 66 of the Decision and Reasons, the Motion Judge stated the monthly expenses were $12,394.40. In both these calculations, the figure of $950.00 was used as the child support monthly payment.
>
> - The Appellant's income was determined to be $157,864.96 based on employment income of $116,500.00 and a non-taxable medical disability benefit of $41,364.96. (see para. 16 of the Decision and Reasons).

- Pursuant to section 19(1)(b) of the *Federal Child Support Guidelines*, the Motion Judge grossed up the non-taxable disability benefits of the appellant to $77,155.00 for a total income of $193,655.00.

- Having found that the Appellant's total income for child support purposes was $193,655.00, no determination was made as to what amount of monthly child support was payable by the Appellant based on the grossed up income.

- In the Decision and Reasons, no attempt was made to determine what the Appellant's monthly expenses would be using the child support payment based on imputed income of $193,655.00.

- Having determined that the appellant should be paying child support for the two children of the marriage based on the imputed income of $193,655.00, the Motion Judge failed to consider the effect that the increased child support payment would have on the appellant's claim of undue hardship.

- Furthermore, when determining the appellant's ability to pay, the Motion Judge used the imputed income as the appellant's actual income, i.e. $193,655.00.

- At paragraph 66 of the Decision and Reasons, the Motion Judge found the appellant had income of $16,137.92 per month available to him to pay expenses when, in fact, his actual monthly income was $13,155.41 per month ($157,864.96 / 12).

- Having found no hardship, the Motion Judge made no determination of the amount of child support owing by the appellant from the date of separation, leaving it to the parties to calculate the arrears on a retrospective basis.

- Despite not determining the amount of arrears owing since February 2017, the Motion Judge ordered the full amount of arrears shall be payable within 30 days of the determination. [paras. 7-15]

[20] As the father correctly points out, the calculation of his monthly expenses, as reflected in his Financial Statement dated November 12, 2019, was based on a monthly child support obligation of $950. This was the figure set in the Interim Order of August 20, 2019. However, as a result of the decision under appeal, his monthly child support payments increased significantly:

> [The father's] gross pay and grossed up income is the basis upon which child support shall be determined. The calculations for child support are based upon the payor's Total Income as set out on Line 150.00 of the T1 Income Tax Form. Because the non-taxable income must be grossed-up, [the father's] total income for child support purposes for this period is $193,655.00. [decision para. 57]

[21] Taking the above into consideration, the father argues his monthly expenses must be adjusted to reflect a child support obligation of $2,512.00, not $950.00. This the motion judge did not do when deciding the father's claim of undue hardship:

> To be successful, [the father] must convince the Court that his income is not sufficiently large to cover all of the relevant debts without reducing the child support on an interim basis. His income is $193,655.00, or roughly $16,157.92 per month. The total expenses [the father] established in his Financial Statements was $12,394.40. If his figures are accurate, he has $3,743.52 per month available to cover his unexpected or emergency debts. [decision para. 66]

[22] The motion judge went on to conclude, "Still, given that [the father's] excess income over expenses was a healthy $3,743.52, it is obvious [the father] is capable of paying these accounts while, at the same time paying his appropriate child support" (decision para. 67). As a result, the motion judge dismissed the father's claim of undue hardship but did so on the basis of *inaccurate* figures.

[23] From the father's perspective, the motion judge's decision is further tainted by the reality that his monthly income is $13,155.41, based on an actual annual

income of $157,864.96, and not $16,137.92 monthly, the amount used by the motion judge. The motion judge arrived at this figure using the grossed-up annual income of $193,655. The father argues, "The grossing up of income is fictional and does not take into account consideration that a debt cannot be paid with 'grossed-up' income" and submits the motion judge was "clearly wrong" when he determined the father "had $16,137.92 a month available to him to pay monthly expenses." The father offered no authority to support this argument. Since the issue was not canvassed before us in any meaningful way, I will not comment further.

[24] A new hearing will allow for a thorough consideration of these issues as well as the determination of arrears and how those arrears are to be paid. It is important to note that this Court is not deciding whether the father's claim of undue hardship should succeed or not. That will be for the new hearing in the Court of Queen's Bench to determine, using accurate and up-to-date financial information (see *Colucci v. Colucci*, 2021 SCC 24, [2021] S.C.J. No. 24 (QL), *per* Martin J. at paras. 136-138).

IV. Conclusion

[25] It was for the reasons as set out above that I joined my colleagues in allowing the appeal, setting aside the decision of the motion judge, and remitting the matter to the Court of Queen's Bench for hearing before a different judge of that Court. In the circumstances of this case, we ordered each party to bear their own costs.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Les parties au présent appel abordent actuellement les répercussions juridiques de l'échec d'un mariage. Dans une décision datée du 26 janvier 2021, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande du père appelant fondée sur les difficultés excessives. Une ordonnance a été rendue enjoignant aux parties de [TRADUCTION] « calculer la prestation alimentaire pour enfants qui s'applique pour l'avenir et rétroactivement à partir de février 2017 » dans un délai de 30 jours et accordant au père un délai supplémentaire de 30 jours pour [TRADUCTION] « faire les paiements nécessaires ».

[2] Le 26 février 2021, un juge de notre Cour a entendu la motion en autorisation d'appel du père et a rendu sa décision le même jour. Il a accueilli la motion et, avec l'approbation du juge en chef, conformément à la règle 62.03(5)b), a ordonné que l'audition de l'appel soit accélérée et que l'appel soit entendu à une date fixée par le juge en chef. Cette date était le 31 mars 2021.

[3] À la conclusion de l'audience tenue le 31 mars 2021, l'appel a été accueilli, la décision du juge saisi de la motion a été annulée et l'affaire a été renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour la tenue d'une audience devant un autre juge de ce tribunal. Eu égard aux circonstances de l'espèce, il a été ordonné à chaque partie d'assumer ses propres frais. Nous avons indiqué que les motifs écrits suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit.

II. Contexte

[4] Le père appelant et la mère intimée se sont mariés le 14 août 2010 et se sont séparés le 2 février 2017. Ils sont le père et la mère de jumeaux nés en 2012. Une

ordonnance provisoire *ex parte* et une ordonnance provisoire par consentement ont été rendues respectivement le 3 et le 28 février 2017. Ni l'une ni l'autre de ces ordonnances ne traitaient de la question des aliments pour enfants.

[5] La mère a déposé une requête en divorce le 18 avril 2019 et une motion le 4 juin 2019. Dans sa motion, elle a sollicité la modification des dispositions en matière d'accès prévues dans l'ordonnance provisoire, une prestation alimentaire pour enfants pour l'avenir et rétroactive, les dépenses spéciales et une prestation alimentaire matrimoniale. Le 23 juillet 2019, le père a déposé une motion dans laquelle il invoquait des difficultés excessives au titre de l'al. 10(2)a) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (les *Lignes directrices*).

[6] La Cour a rendu une autre ordonnance provisoire entrant en vigueur le 20 août 2019, dans laquelle elle traitait de l'accès et ordonnait au père de verser une prestation alimentaire pour enfants de 950 $ par mois en attendant l'audition de sa demande fondée sur les difficultés excessives.

[7] La décision dont appel a été rendue le 26 janvier 2021 à l'issue d'une audience tenue le 15 novembre 2019.

III. Questions en litige et analyse

[8] Le père soutient que le juge saisi de la motion a commis des erreurs :

1. dans l'appréciation de la preuve lorsqu'il a déterminé le revenu du père afin de trancher la demande fondée sur les difficultés excessives;

2. dans la détermination du revenu du père ainsi que dans le calcul des dépenses mensuelles du père;

3. du fait qu'il a ordonné le paiement intégral de l'arriéré dans un délai de 30 jours sans en avoir d'abord déterminé le montant, et sans avoir déterminé si le père était capable de le payer.

A. *La norme de contrôle*

[9] La Cour a énoncé à de nombreuses reprises la norme de contrôle qui s'applique dans les affaires relevant du droit de la famille. La portée de l'intervention en appel est restreinte, comme l'a succinctement énoncé la juge Quigg dans l'arrêt *J.D.F. c. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] A.N.-B. nº 252 (QL) :

> Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que, selon la norme de contrôle applicable dans les affaires de droit de la famille, la Cour peut intervenir uniquement lorsqu'une erreur de droit importante ou une erreur importante dans l'application des principes ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve a été commise. [par. 14]

[10] Même si la portée de l'intervention en appel est restreinte, la Cour est tenue d'intervenir lorsqu'on a satisfait à la norme de contrôle et établi qu'une erreur a été commise. C'est le cas en l'espèce. Mon analyse portera d'abord sur la troisième des présumées erreurs.

B. *La détermination de l'arriéré*

[11] Dans l'ordonnance que le juge saisi de la motion a rendue le 17 février 2021, les directives suivantes ont été données aux parties :

> [TRADUCTION]
> Les parties disposeront d'un délai de 30 jours pour calculer le montant pertinent de la prestation alimentaire qui s'applique pour l'avenir et rétroactivement à partir de février 2017. L'intimé est tenu de faire les paiements nécessaires moyennant les rajustements dans les 30 jours qui suivront.

C'est le libellé qui se trouve au par. 68 des motifs du juge saisi de la motion.

[12] Comme l'a indiqué le père, l'erreur commise par le juge saisi de la motion est claire : il était tenu de déterminer le montant de l'arriéré et, cela fait, il aurait dû par la suite établir la capacité du père de payer ce montant avant de lui imposer un délai de 30 jours pour faire le paiement. À l'appui de sa position, le père invoque les motifs du juge Robertson dans l'arrêt *P.M.B. c. M.L.B.*, 2010 NBCA 5, [2010] A.N.-B. n° 18 (QL) :

> Il faut distinguer la compétence de remettre l'arriéré et la compétence d'en ordonner l'exécution. Supposons que les ressources financières manquent véritablement au débiteur alimentaire pour rembourser l'arriéré. Que peut faire l'attributaire de pension alimentaire? En pratique, l'exécution forcée emprunte un chemin qui s'amorce au bureau du Directeur de l'exécution des ordonnances de soutien et s'achève aux portes du palais de justice. Une fois l'arriéré exactement chiffré, le juge aura à déterminer si le débiteur alimentaire a la capacité financière de s'attaquer au problème, par exemple en versant des mensualités qui seront soustraites de l'impayé. Si toutefois le revenu du débiteur ne lui permet pas de satisfaire à ses obligations alimentaires tant passée que présente, et d'acquitter des frais de subsistance raisonnables, il ne faudra pas s'attendre du tribunal qu'il rende une ordonnance qui tentera de tirer du débiteur ce qu'il n'a pas. Il se peut que le tribunal doive songer à ordonner une suspension temporaire du remboursement de l'arriéré. De toute façon, il ne pourra y avoir de véritables difficultés si le débiteur alimentaire connaît une réelle incapacité actuelle de rembourser l'arriéré, et si l'avenir s'annonce tout aussi sombre. Si les moyens financiers de s'attaquer au problème de l'arriéré lui manquent véritablement, les voies d'exécution forcée qui s'offrent à l'attributaire de pension alimentaire et au tribunal seront sans portée pratique. C'est pourquoi les difficultés alléguées sont plus illusoires que réelles. Surtout, il ne faut pas confondre la question de l'exécution forcée et la question de savoir si les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise des arriérés. [par. 44]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[13] S'agissant de l'obligation qui incombe au tribunal appelé à déterminer l'arriéré alimentaire, une décision plus récente de la Cour donne des indications claires sur ce point. La juge Baird, s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *T.M.D. c. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] A.N.-B. nº 44 (QL), a affirmé ce qui suit :

> La preuve n'indique pas clairement quel était le montant exact de l'arriéré lors de l'audition de la motion. L'appelante soutenait que l'arriéré était de 52 956 $. Le juge estimait qu'il était [TRADUCTION] « d'environ 32 000 »; il a cependant calculé ce montant en supposant que l'arriéré courait à compter de 2013 et en appliquant la [TRADUCTION] « dérogation » au montant prévu par les tables dont il a été question précédemment (décision/ordonnance, p. 4). Le juge a délégué au bureau de l'exécution la responsabilité du calcul de l'arriéré. Procéder ainsi est manifestement erroné. Le tribunal qui établit l'arriéré doit rendre une ordonnance qui en spécifie le montant, sans quoi il n'aura pas rendu d'ordonnance exécutoire. Ni la *Loi sur le divorce* ni les *Lignes directrices* n'habilitent à déléguer l'établissement de l'arriéré à un organe administratif. Le bureau de l'exécution des ordonnances de soutien est un bureau d'enregistrement, c'est-à-dire qu'il inscrit dans un registre les montants exigibles et les versements reçus. Le directeur de l'exécution des ordonnances de soutien exerce une fonction quasi judiciaire, mais seulement s'il dispose d'une ordonnance judiciaire exécutoire. [par. 16]

[14] Elle a ensuite observé, au par. 22 : « Une ordonnance qui détermine comment un arriéré d'aliments pour enfants sera réglé ne devrait pas être arbitraire. Elle doit reposer sur une analyse expressément motivée des réalités financières des parties. » Elle conclut en disant : « En l'absence d'une analyse au chapitre des difficultés excessives, il est impossible à la Cour de déterminer si cette ordonnance répondait correctement aux objectifs des *Lignes directrices*. » Cela est tout à fait pertinent en ce qui concerne le présent appel.

[15] Le juge chargé de déterminer l'arriéré est investi du pouvoir discrétionnaire lui permettant de fixer la manière dont l'arriéré sera payé, comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *N.S. c. S.S.*, 2019 NBCA 29, [2019] A.N.-B. nº 67 (QL) :

> La décision qui concerne la suspension du remboursement de l'arriéré total jusqu'à ce que la cour rende une nouvelle ordonnance est de nature discrétionnaire. En l'absence d'une erreur de droit, d'une erreur dans l'application des principes directeurs ou d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve, rien ne justifie notre intervention. La juge saisie des motions avait le pouvoir discrétionnaire de reporter ou de suspendre le paiement des montants qu'elle jugeait exigibles. Nous souscrivons aux éléments essentiels des motifs soigneusement rédigés par la juge et nous rejetons l'appel. [par. 11]

[16] Toutefois, le pouvoir discrétionnaire exposé ci-dessus ne peut être exercé pour renoncer à l'établissement de l'arriéré ou pour obliger les parties à le faire, et il ne permet pas de fixer une date limite arbitraire pour effectuer le paiement. Comme on l'a déclaré au par. 16 de l'arrêt *T.M.D.*, « [l]e tribunal qui établit l'arriéré doit rendre une ordonnance qui en spécifie le montant, sans quoi il n'aura pas rendu d'ordonnance exécutoire ».

[17] En ce qui concerne la position adoptée par la mère relativement à cette question, cette dernière a reconnu, au cours de l'argumentation orale, que l'arriéré n'avait pas été établi et que des renseignements financiers mis à jour devraient être disponibles. En réponse à une question de la Cour, elle a indiqué qu'elle n'avait pas d'objection à ce que l'affaire soit renvoyée à la Cour du Banc de la Reine, mais elle a exprimé sa frustration à l'égard de la situation. Il est compréhensible, pour paraphraser les observations que la mère a faites à la Cour, qu'elle doive avant tout penser à subvenir aux besoins de ses enfants et que le présent retard ne lui soit d'aucune aide à cet égard.

[18] Le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il a omis d'établir le montant de l'arriéré et il s'est trompé encore plus lorsqu'il a arbitrairement ordonné au père de payer cet arriéré, quel qu'il soit, dans un délai de 30 jours. J'aurais décidé, pour ce seul motif, qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour la tenue d'une nouvelle audience.

C. *Établissement du revenu et des dépenses*

[19] Le père conteste aussi les calculs du revenu et des dépenses réalisés par le juge saisi de la motion, comme il l'explique dans son mémoire :

> [TRADUCTION]
>
> - L'appelant paye toutes les dettes matrimoniales depuis la séparation. Au paragraphe 67 des motifs de la décision du juge saisi de la motion, ce dernier a conclu que le montant total des dettes payées mensuellement était d'environ 3 954,49 $. Toutefois, au paragraphe 13, aux deux derniers points, il a établi que les paiements mensuels de dettes étaient de 1 835,29, en plus des paiements hypothécaires de 2 545,75 $ (par. 23), pour un total de 4 381,04 $.
>
> - Au paragraphe 19 de ses motifs de décision, les dépenses mensuelles de l'appelant, selon les calculs du juge saisi de la motion, étaient de 12 483,50 $. Au paragraphe 66 des motifs, il a affirmé que les dépenses mensuelles étaient de 12 394,40 $. Dans ces deux calculs, le chiffre employé au titre des prestations alimentaires mensuelles au profit des enfants était de 950 $.
>
> - Le revenu de l'appelant a été fixé à 157 864,96 $, compte tenu d'un revenu d'emploi de 116 500 $ et de prestations non imposables d'invalidité médicale de 41 364,96 $ (voir le par. 16 des motifs de la décision).
>
> - En vertu de l'al. 19(1)b) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, le juge saisi de la motion a majoré le montant des prestations non imposables d'invalidité de l'appelant à 77 155 $, pour lui attribuer un revenu total de 193 655 $.
>
> - Ayant conclu que le revenu total de l'appelant aux fins du calcul des aliments pour enfants était de 193 655 $, le juge n'a pas fixé le montant de la prestation alimentaire pour enfants qui était payable par l'appelant en fonction du revenu majoré.

- Dans les motifs de la décision, aucune tentative n'a été faite afin de déterminer le montant des dépenses mensuelles de l'appelant s'il payait la prestation alimentaire pour enfants établie en fonction du revenu qui lui a été attribué, soit 193 655 $.

- Ayant déterminé que l'appelant devrait verser une prestation alimentaire au profit des deux enfants à charge établie en fonction du revenu attribué de 193 655 $, le juge saisi de la motion a omis de tenir compte de l'incidence de la prestation alimentaire pour enfants majorée sur la demande de l'appelant fondée sur les difficultés excessives.

- De plus, lorsqu'il a déterminé la capacité de payer de l'appelant, le juge saisi de la motion s'est servi du revenu attribué à l'appelant, c'est-à-dire 193 655 $, comme son revenu réel.

- Au paragraphe 66 de ses motifs de décision, le juge saisi de la motion a conclu que l'appelant disposait d'un revenu de 16 137,92 $ par mois pour payer les dépenses alors que son revenu mensuel réel était, en fait, de 13 155,41 $ par mois (157 864,96 $/12).

- Ayant conclu en l'absence de difficultés excessives, le juge saisi de la motion n'a pas fixé le montant de la prestation alimentaire pour enfants dû par l'appelant depuis la date de la séparation, confiant ainsi aux parties le soin de calculer l'arriéré de manière rétrospective.

- Même s'il n'a pas établi le montant de l'arriéré exigible depuis février 2017, le juge saisi de la motion a ordonné le remboursement intégral de l'arriéré dans les 30 jours suivant la date de la décision. [par. 7 à 15]

[20] Comme le souligne à juste titre le père, ses dépenses mensuelles, dont le montant est reflété dans son état financier daté du 12 novembre 2019, ont été calculées à partir d'une obligation d'aliments pour enfant de 950 $ par mois. Il s'agissait du montant indiqué dans l'ordonnance provisoire rendue le 20 août 2019. Toutefois, par suite de la décision dont appel, ses paiements mensuels de prestation alimentaire pour enfants ont considérablement augmenté :

> [TRADUCTION]
> Le salaire brut [du père] et son revenu majoré constituent le fondement sur lequel sera calculée la prestation alimentaire pour enfants. Le calcul de la prestation alimentaire pour enfants est fondé sur le revenu total du débiteur indiqué à la ligne 150.00 de sa formule d'impôt T1. Étant donné que le revenu non imposable doit être majoré, le revenu total [du père] aux fins du calcul de son obligation alimentaire pour cette période est de 193 655 $. [par. 57 de la décision]

[21] Compte tenu de ce qui précède, le père soutient que ses dépenses mensuelles doivent être rajustées pour refléter une obligation d'aliments pour enfant de 2 512 $, et non de 950 $, ce que le juge saisi de la motion a omis de faire lorsqu'il a tranché la demande du père fondée sur les difficultés excessives :

> [TRADUCTION]
> Pour avoir gain de cause, [le père] doit convaincre la Cour que son revenu n'est pas suffisamment élevé pour couvrir toutes les dettes pertinentes sans réduire, de façon provisoire, le montant de la prestation alimentaire pour enfants. Son revenu est de 193 655 $, ou à peu près 16 157,92 $ par mois. Les dépenses totales [que le père] a indiquées dans ses états financiers sont de 12 394,40 $. Si les montants qu'il a indiqués sont exacts, il dispose de 3 743,52 $ par mois pour couvrir les dettes inattendues ou d'urgence. [par. 66 de la décision]

[22] Le juge saisi de la motion a par la suite formulé la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Néanmoins, étant donné que le revenu [du père] qui excède ses dépenses était de 3 743,52 $, un montant très respectable, il est évident que [le père] est capable de payer ces comptes tout en payant, en même temps, une prestation alimentaire pour enfants appropriée » (par. 67 de la décision). Par conséquent, le juge saisi de la motion a rejeté la demande du père fondée sur les difficultés excessives, mais il a fait cela en se fondant sur des montants *inexacts*.

[23] Selon le père, la décision du juge saisi de la motion est encore plus viciée par le fait que son revenu mensuel, établi à partir d'un revenu annuel réel de

157 864,96 $, est de 13 155,41 $ et non de 16 137,92 $, le montant employé par le juge saisi de la motion, qui est arrivé à ce nombre en se servant du revenu annuel majoré de 193 655 $. Le père soutient que [TRADUCTION] « [l]a majoration du revenu est une fiction et ne tient pas compte du fait qu'une dette ne peut pas être remboursée au moyen d'un revenu "majoré" », et il affirme que le juge saisi de la motion avait [TRADUCTION] « manifestement tort » lorsqu'il a indiqué que le père [TRADUCTION] « disposait de 16 137,92 $ par mois pour payer les dépenses mensuelles ». Le père n'a présenté aucun précédent à l'appui de cet argument. Étant donné que la question n'a pas été discutée devant nous de façon significative, je ne ferai pas d'autres observations à ce sujet.

[24] La tenue d'une nouvelle audience permettra d'examiner ces questions de manière approfondie, d'établir l'arriéré et de déterminer la manière dont il devra être remboursé. Il est important de noter que notre Cour ne statue pas sur la question de savoir si la demande du père fondée sur les difficultés excessives devrait être accueillie ou non. C'est à la Cour du Banc de la Reine, lors de la nouvelle audience, qu'il reviendra d'en décider, au moyen de renseignements financiers exacts et à jour (voir *Colucci c. Colucci*, 2021 CSC 24, [2021] A.C.S. nº 24 (QL), motifs de la juge Martin, aux par. 136 à 138).

IV. Conclusion

[25] Les motifs exposés ci-dessus sont ceux pour lesquels je me suis joint à mes collègues pour accueillir l'appel, annuler la décision du juge saisi de la motion et renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour la tenue d'une audience devant un autre juge de ce tribunal. Eu égard aux circonstances de l'espèce, nous avons ordonné à chaque partie d'assumer ses propres frais.