

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

45-22-CA

C.S.

C.S.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

D.S.

D.S.

RESPONDENT

INTIMÉE

C.S. v. D.S., 2022 NBCA 51

C.S. c. D.S., 2022 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:  
May 17, 2022

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :  
le 17 mai 2022

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
[2022] N.B.J. No. 136

Procédures préliminaires ou accessoires :  
[2022] A.N.-B. n° 136

Appeal heard:  
September 14, 2022

Appel entendu :  
le 14 septembre 2022

Judgment rendered:  
September 15, 2022

Jugement rendu :  
le 15 septembre 2022

Reasons delivered:  
November 24, 2022

Motifs rendus :  
le 24 novembre 2022

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Stéphanie M. Cormier

For the respondent:  
Daniel R. Jardine

THE COURT

The appeal was dismissed with reasons to follow.  
These are the reasons.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Stéphanie M. Cormier

Pour l'intimée :  
Daniel R. Jardine

LA COUR

L'appel a été rejeté et la Cour a indiqué que les motifs suivraient. Voici les motifs.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] Over the years single judges of this Court have written several decisions regarding the circumstances required to grant leave to appeal interim orders. Generally, it is unusual for a single judge to grant leave to appeal from an interim order unless it is demonstrated that the interim order is clearly wrong and exceeds the wide ambit of reasonable outcomes (see *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (C.A.) (QL); *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388). In our view, the interim order central to this case was not clearly wrong, nor was it outside the ambit of reasonable solutions available on a summary interim proceeding. There was no error in law, no misapprehension of evidence, nor any error in the application of the governing principles. As a result, we dismissed the appeal with reasons to follow. These are those reasons.

II. Facts

[2] The parties were married for 13 years and have three children (aged eleven, eight and two years). They separated in November 2021. Despite their separation, the parents continued to reside together in the marital home and agreed to a temporary shared parenting arrangement based on a “1-1-1-1-3” schedule.

[3] On March 4, 2022, the mother filed a Notice of Motion in which she sought the majority of parenting time with the children, final decision-making power, interim child support and special expenses. The mother argued, among other things, that the Anglophone father was unable to help with homework as the two eldest children attend a Francophone school. The father responded that the children receive tutoring twice per week during which time they complete their homework, and the father was only required to complete homework with the children once per week.

[4] On March 6, 2022, the mother moved out of the marital home and into her parents' residence. The parties continued the shared parenting time arrangement based on the "1-1-1-1-3" schedule. After the mother moved, the father suggested modifying the shared parenting arrangement to a "2-2-3" schedule to reduce the number of exchanges for the children during the week. The mother declined. The parents continued to follow the "1-1-1-1-3" schedule up to and including the date of the motion hearing on May 4, 2022.

[5] The Financial Statement (Form 72J) and Affidavit filed by the mother for the motion did not include her income information. Further, the mother filed a supplementary affidavit immediately prior to the hearing which included school-related documents for two of the children (updated school attendance records and copies of their report cards dated January and April 2022). Although these documents were accepted, the motion judge stated their contents would not be considered in his deliberations.

[6] The hearing took place on May 4, 2022. As a preliminary matter, the motion judge was advised by both solicitors that the parties had come to an agreement with respect to certain issues; this agreement was subsequently placed on the record. The agreement of the parties included a provision requiring the mother or her employer to provide certain financial disclosure to the Appellant within 30 days.

[7] Both parties asked the motion judge to render a decision with respect to interim parenting time arrangements, interim child support and special expenses.

[8] The father argued that the *status quo* of shared parenting should not be changed on an interim basis absent compelling reasons to do so, and that no such compelling reasons existed in this case. The father further requested that the *status quo* of shared parenting should not be changed on the basis of the conflicting affidavit evidence of the parties and that a trial was required.

[9] The mother argued that the father's living situation was unstable because he had not yet decided whether he would buy out the mother's interest in the marital home or they would list it for sale.

[10] The mother did not provide any evidence respecting her long-term plan for living arrangements. As of the date of the Motion, the mother resided with her parents.

[11] Apart from the mother's Supplementary Affidavit filed immediately prior to the Motion hearing, neither party filed updated affidavit evidence with the Court regarding any events that occurred after the mother moved out of the marital home.

[12] The motion judge determined that although the existing shared parenting arrangement was implemented to ensure minimal disruption to the children while the parents resided together, once the mother moved out of the marital home there was a compelling reason for him to deviate from the *status quo* of shared parenting.

[13] The motion judge ordered that the mother would have primary care of the children, and the father would have parenting time with the children every second weekend and every Wednesday evening from after school until the following morning, and any other parenting time upon reasonable notice. He also ordered the father to pay child support for the three children based on his income.

[14] The father applied for leave to appeal and sought a stay of execution of the motion judge's order. He submitted the judge's reasons were insufficient; there was no best interests of the child analysis under s. 50 of the *Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23; and the *status quo* of shared parenting should not have been changed on the basis of the conflicting affidavit evidence without hearing *viva voce* evidence.

[15] On May 25, 2022, a single judge of this Court granted leave to appeal to the father, and stayed the execution of the interim order pending the hearing of the appeal.

[16] On September 15, 2022, we dismissed the appeal with reasons to follow.

III. Grounds of Appeal

[17] The father contends the motion judge erred in law:

- 1) by failing to provide the parties with sufficient reasons to support his conclusion that a shared parenting arrangement was no longer in the best interests of the children and by failing to provide the parties with a reasoned decision;
- 2) by failing to consider all factors related to the circumstances of the children in determining the best interests of the children and by failing to properly conduct a “best interests of the child” analysis pursuant to s. 50 of the *Family Law Act*;
- 3) by making an order which constituted a marked departure from the *status quo*, in the absence of compelling reasons to do so, and by reducing his parenting time with the children on the basis of affidavit evidence which contained a substantial dispute of facts; and
- 4) by making an order that the parties share special expenses on a prorated basis in accordance with their respective incomes without making a determination with respect to the income and without disclosure of the mother’s income in accordance with s. 21 of the *Federal Child Support Guidelines*.

[18] He further submits the motion judge erred in mixed law and fact:

- 5) by significantly misapprehending the evidence thereby misapplying the law in determining that the mother’s departure from the marital home on March

6, 2022, constituted a compelling reason to change the *status quo* of shared parenting.

#### IV. Standard of Review

[19] In *J.D.F. v. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] N.B.J. No. 252 (QL), the Court stated the following:

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.

With respect to the standard of review concerning findings of fact and discretionary orders (including cost awards), Richard J.A., as he then was, states in *Lang v. Lang*, [2007] N.B.J. No. 348 (C.A.) (QL):

The law is equally clear that the Court of Appeal cannot retry a case. The Court of Appeal 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 (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]

[paras. 14-15]

[20] Therefore, the Court will interfere with a discretionary order if the order is based 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. We were not satisfied any of those errors exists in this case.

V. Analysis

A. *Proposed consent order*

[21] A few days prior to the appeal hearing, the parents presented a consent order to the Court. They agreed to the following:

[...] that the Motions Judge committed an error of law by making an order which constituted a marked departure from the *status quo* of shared parenting which the children had known since November 2021, in the absence of compelling reasons to do so, and by reducing the Appellant's parenting time with the children on the basis of affidavit evidence which contained a substantial dispute of facts; and

[...] that the appeal should be allowed.

[22] The parties agreed to the following relief:

1. The appeal is allowed.
2. The Interim Order issued by the Court of Queen's Bench Family Division is set aside and the matter shall be remitted to a different judge for adjudication.
3. Each party shall bear their own costs.

[23] After reviewing the proposed consent order, the panel declined to accept it.

In *Kitchen v. R.*, 2020 NBCA 69, [2020] N.B.J. No. 247 (QL), Green J.A. wrote:

This case presents one of those infrequent criminal appeals in which both the convicted appellant and the respondent Crown are in complete agreement: errors were made at trial requiring appellate intervention. They also agree on the appropriate disposition. This, however, is not in and of itself sufficient to end the matter. The Court has an obligation to satisfy itself the shared position advanced by the parties is correct at law. We are required to do more than simply acquiesce. In this instance, my colleagues and I all agreed the parties were, and are, correct. I shall explain.

[para. 8]



[24] Although *Kitchen* concerned a criminal case, the governing principles regarding agreements between parties can be extrapolated from it. The Court must satisfy itself the agreement between the parties is correct at law. As the panel was not satisfied that the motion judge had erred, we did not execute the order and required a hearing.

B. *Interim orders*

[25] In *Legault*, Richard J.A., as he then was, discussed the purpose of interim orders. The parties had lived in a common law relationship for 13 years and had two children. After they separated, the parties shared custody of the children and this continued for approximately four years. Subsequent events occurred which led the mother to file a Notice of Application seeking, among other relief, sole custody of the children with restricted access to their father. Shortly after filing the Notice of Application the mother filed a Notice of Motion seeking similar relief on an interim basis.

[26] The motion was heard, and an interim order was issued granting the relief sought by the mother. In his reasons, Richard J.A. discussed the purpose of interim orders:

The purpose of an interim order is to cover a short period of time between the making of the order and trial. By necessity, the order is made on limited evidence: usually by affidavit. It is designed to “provide a reasonably acceptable solution to a difficult problem until trial,” to use the words of Zuber J.A. in *Sypher v. Sypher*, [1986] O.J. No. 536, online: QL (OJ) (Ont. C.A.), adopted by Rice J.A. of this Court in *Wentzell v. Wentzell*, [1999] N.B.J. No. 25, online: QL (NBJ), which case was in turn relied upon by Robertson J.A. in *Piercy v. Foreman*, [2003] N.B.J. No. 76, online: QL (NBJ). In the *Sypher* case, Zuber J.A. reasoned that “an appellate court should not interfere with an interim order unless it is demonstrated that the interim order is clearly wrong and exceeds the wide ambit of reasonable solutions that are available on a summary interim proceeding.” I agree.

In the circumstances of the present case, it has not been shown that the interim order falls outside the ambit of

reasonable solutions. Moreover, upon reading the documents filed in support of the Motion for leave to appeal and after careful consideration of the submissions of counsel for the parties, I am not persuaded that the criteria set out in Rule 62.03(4) have been satisfied. [paras. 4-5]

[27] In *J.H.*, Larlee J.A. wrote: “I note that it is generally unusual for a single judge of this Court to grant leave to appeal from an interim custody and access order” (para. 12).

[28] In *D.A. v. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 N.B.R. (2d) 203, the Court was faced with a decision of a judge of the Court of Queen’s Bench, which varied an existing interim custody order. Larlee J.A. wrote:

In *K.C.W.V. v. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 N.B.R. (2d) 351, the Court reiterated that the standard for varying a motion judge’s decision on custody is one of considerable deference. Intervention on appeal requires that there have been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law (see *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100 and *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014). Deference is owed to a motion judge’s assessment of the evidence and his or her determination of custody and all incidental terms. Deference is not owed when reviewing a decision on a question of law, including what the proper criteria should be when determining whether a material change of circumstances has occurred.

The decision under appeal is an interim custody decision which the motion judge rendered in order to address a situation pending a full hearing into the issue. [...]

[paras. 6-7]

[29] In *Canadian Family Law*, 9<sup>th</sup> Edition, Julien D. Payne and Marilyn A. Payne, the authors wrote:

#### F. INTERIM ORDERS

Appellate courts have endorsed a general policy of not disturbing interim orders and are very reluctant to interfere

with interim orders, unless there is an obvious error of patent injustice that must be immediately corrected. [p. 667]

[30] As stated earlier, the panel determined there was no error that had to be “immediately corrected.”

C. *Motion judge’s decision*

(1) Parenting arrangement

[31] After hearing the parties, the motion judge concluded:

1. The shared parenting arrangement was implemented by the parties while they were residing under the same roof which ensured minimal disruption to the children;
2. The mother had moved out of the marital home on March 6, 2021, and this constituted a compelling reason for the Court to deviate from the *status quo* of shared parenting;
3. The children needed stability and routine, and the two-year-old child needed to be insulated as much as possible; and
4. The “2-2-3” schedule being requested by the father would be too disruptive to the children, and that stability and predictability were the overriding concerns.

[32] The judge stated:

THE COURT: I’m giving my ruling on the parenting arrangement you asked me to rule on. Shared parenting arrangement has been in place since the breakdown of the marriage in November of 2021. That arrangement had the

children rotating between the care of the parents in what appears to be a bi-daily basis. The Respondent wishes to maintain a shared parenting arrangement but modify it to a two-two – what’s commonly referred to as a two-two-three schedule. The Respondent argues that the *status quo* should be maintained absent compelling reasons. I note that what is being proposed by the Respondent while a shared parenting plan is not exactly the *status quo*, it is modified. I also note that the present arrangement was implemented when the parties were residing under the same roof as the children. This of course provided formidable destruction to the children but that has changed. The parents are now living in separate domiciles, separate and apart. That in my view is a compelling reason to deviate from the *status quo*. The children are young, 11, 8 and 2. They need stability and routine. The two-year-old especially needs to be insulated from disruption. As much as possible and of course a separate parenting plan for the older children is certainly out of the question because it would end up separating the children which the courts are loathe to do. In my view, a two-two-three schedule is simply too disruptive to the children. Stability and predictability are the overriding concerns of the Court so this is my order: The Applicant shall have primary care of the children. The Respondent shall have access every second weekend scheduled on those weekends when he is not required to work on Saturday mornings, every Wednesday evening from, um, after school until school the next day on those weeks when he does not have weekend access and such other reasonable access at reasonable times upon reasonable notice to the Applicant. The Respondent is to pay child support in accordance with Sections 11 and 12 of the *Family Law Act* and the *Federal Child Support Guidelines*. The parties shall each pay their pro rata share of all special and extraordinary expenses and given the nature of the motion and proceedings today there will be no order as to costs. I don’t know which of counsel is going to prepare the order but have it sent and filed with the Clerk’s office here and it will be transmitted to me for my signature.

MR. JARDINE: I’ll file it being the Applicant and I’ll send it to my friend for review.

THE COURT: Thank you Mr. Jardine, thank you Ms. Cormier.

MS. CORMIER: Thank you

[33] In his written and oral submissions before us, the father relied on various cases issued by the Court, none of which dealt with an initial interim order. The jurisprudence concerns requests for variations of existing interim orders where there were alleged changes in circumstances. As this was an initial motion for interim relief, it was within the discretion of the motion judge to make the determinations that he did. Deference is owed to a motion judge's assessment of the evidence and his or her determination of custody and all incidental terms. The decision under appeal is not clearly wrong nor is it outside the ambit of reasonable solutions available on a summary interim proceeding. It is a temporary, stopgap measure put in place until the final determination of the issues.

(2) Child support and special expenses

[34] A review of the record indicates the motion judge and counsel for both parties discussed what would occur with respect to the amount to be paid for child support and special expenses:

THE COURT: But could I not make an order with respect to child support whatever that is what its going to be based upon the *Federal Child Support Guidelines* and the information that the parties are required to exchange?

MS. CORMIER: Yes.

THE COURT: And then if there's a problem crunching the numbers then you can come back to court but usually it's arithmetic after that.

MS. CORMIER: Yeah, because my understanding is that they would be looking – if we're doing a shared parenting arrangement – that they would be looking for a set-off amount pursuant to Section 9, we would agree to that, it's just a question of –

THE COURT: Question of pro-rata sharing and extraordinary expenses, special expenses. I can make a

generic order without a number and you people can do the math.

MS. CORMIER: Yes. The only problem with that is that we would want a number in the order just for enforcement purposes but we can work that out ourselves once the disclosure is done.

THE COURT: Well, I'm sure you can.

MR. JARDINE: I don't think it's a contentious issue –

MS. CORMIER: No.

MR. JARDINE: - between my friend and I. My friend's objecting to the method in which it was disclosed. I think I can remedy that.

THE COURT: That's fine. Once there's disclosure then it's really just math.

MR. JARDINE: Yeah. It's been disclosed – it's, but, you know, I don't think that's an issue that we're hung up on.

MS. CORMIER: Um, and I would also add that – because Mr. Jardine and I have discussed this before starting this afternoon, if the Court is prepared to provide us with a decision with respect to the parenting order what we can do afterwards is work out the wording for like the schedule and child support and special expenses and then we would after that we could come back and put probably other consents on the record but what we really need from the Court in order to get to the part is a decision on the parenting time.

THE COURT: You will get a decision from me this afternoon. Do you have anything further you wish to say Mr. Jardine?

MR. JARDINE: Ah, no Justice I think my friend is correct.

[35] The father complains the motion judge made a generic order regarding child support payments and special expenses, asking to the parties do the required calculations. Contrary to the concerns the father submitted before this Court regarding the motion judge's approach to child support payments and special expenses, he agreed, on the record,

that the parties would “work out the wording” for these payments. Furthermore, the motion judge advised the parties if there was any difficulty with this approach they could return to court. That is what the parties should have done in this situation rather than seek leave to appeal the order regarding child support and special expenses.

VI. Conclusion

[36] For these reasons we dismissed the appeal. Since D.S. intended to consent to the appeal sought, we are not awarding any costs.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Au fil des ans, des juges de notre Cour siégeant seuls ont rédigé plusieurs décisions concernant les circonstances requises pour accorder l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance provisoire. En général, il est inhabituel pour un juge siégeant seul d'accorder l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance provisoire, à moins qu'il ne soit démontré que l'ordonnance provisoire est manifestement erronée et qu'elle dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables (voir *Legault c. Rattray*, [2003] A.N.-B. n° 442 (C.A.) (QL); *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 388). À notre avis, l'ordonnance provisoire au cœur de la présente affaire n'était pas manifestement erronée et elle ne dépassait pas l'éventail de solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires amorcées par voie sommaire. Il n'y a pas eu d'erreur de droit, d'interprétation erronée de la preuve ni d'erreur dans l'application des principes directeurs. Nous avons donc rejeté l'appel et indiqué que les motifs suivraient. Voici ces motifs.

II. Faits

[2] Les parties ont été mariées pendant 13 ans et ont trois enfants (âgés de onze, huit et deux ans). Elles se sont séparées en novembre 2021. Malgré leur séparation, les parents ont continué de résider ensemble dans le foyer matrimonial et ont consenti à des arrangements de parentage partagé temporaire, selon un calendrier « 1-1-1-3 ».

[3] Le 4 mars 2022, la mère a déposé un avis de motion dans lequel elle sollicitait la majorité du temps de parentage avec les enfants, le pouvoir décisionnel final, une prestation alimentaire provisoire pour enfants et des frais spéciaux. La mère a fait valoir, entre autres, que le père anglophone n'est pas en mesure d'aider les deux enfants aînés avec leurs devoirs, puisqu'ils fréquentent une école francophone. Le père a répondu



que les enfants reçoivent du tutorat deux fois par semaine et font leurs devoirs durant ces séances et qu'il n'était tenu de les aider avec leurs devoirs qu'une fois par semaine.

[4] Le 6 mars 2022, la mère a quitté le foyer matrimonial et a emménagé avec ses parents. Les parties ont maintenu les arrangements de parentage partagé conformément au calendrier « 1-1-1-1-3 ». Après le déménagement de la mère, le père a proposé de modifier les arrangements de parentage partagé et de suivre un calendrier « 2-2-3 » afin de réduire le nombre d'échanges pour les enfants pendant la semaine. La mère a refusé. Les parents ont continué de suivre le calendrier « 1-1-1-1-3 » jusqu'à la date de l'audition de la motion, soit le 4 mai 2022, inclusivement.

[5] L'état financier (formule 72J) et l'affidavit déposés par la mère à l'appui de la motion ne comprenaient pas de renseignements sur son revenu. En outre, immédiatement avant l'audience, la mère a déposé un affidavit supplémentaire qui comprenait des documents scolaires pour deux des enfants (registres d'assiduité scolaire mis à jour et copies de leurs bulletins de janvier et d'avril 2022). Bien que ces documents aient été acceptés, le juge saisi de la motion a indiqué qu'il ne tiendrait pas compte de leur contenu dans sa décision.

[6] L'audience a eu lieu le 4 mai 2022. À titre préliminaire, les deux avocats ont indiqué au juge saisi de la motion que les parties étaient parvenues à une entente sur certaines questions; cette entente a par la suite été versée au dossier. L'entente conclue entre les parties comprenait une disposition exigeant que la mère, ou l'employeur de cette dernière, fournisse certains renseignements financiers à l'appelant dans les 30 jours qui suivraient.

[7] Les deux parties ont demandé au juge saisi de la motion de rendre une décision concernant les arrangements provisoires relatifs au temps de parentage, la prestation alimentaire provisoire pour enfants et les frais spéciaux.

- [8] Le père a fait valoir que le *statu quo* du parentage partagé ne devrait pas être modifié de façon provisoire à moins que des raisons impérieuses le justifient et que, en l'espèce, il n'existait aucune raison impérieuse. Le père a également demandé que le *statu quo* du parentage partagé ne soit pas modifié sur le fondement de la preuve par affidavit contradictoire des parties et il a soutenu qu'un procès était nécessaire.
- [9] La mère a fait valoir que les conditions de vie du père étaient instables, parce qu'il n'avait pas encore décidé s'il rachèterait l'intérêt de la mère dans le foyer matrimonial ou s'il mettrait le foyer en vente.
- [10] La mère n'a fourni aucun élément de preuve concernant son plan de logement à long terme. À la date de la motion, la mère résidait avec ses parents.
- [11] Mis à part l'affidavit supplémentaire que la mère a déposé immédiatement avant l'audition de la motion, ni l'une ni l'autre des parties n'a déposé auprès de la Cour de preuve par affidavit mise à jour au sujet d'événements survenus après que la mère a quitté le foyer matrimonial.
- [12] Le juge saisi de la motion a conclu que, même si les arrangements actuels de parentage partagé avaient été mis en œuvre afin que les enfants subissent le moins de perturbations possible pendant que les parents habitaient ensemble, une fois que la mère a quitté le foyer matrimonial, il disposait d'une raison impérieuse de s'écarter du *statu quo* du parentage partagé.
- [13] Le juge saisi de la motion a ordonné que la mère soit le parent pourvoyeur principal de soins des enfants et que le père ait du temps de parentage avec les enfants toutes les deux fins de semaine, tous les mercredis soir après l'école jusqu'au lendemain matin et à tout autre moment moyennant un préavis raisonnable. Il a également ordonné au père de verser une prestation alimentaire pour les trois enfants en fonction de son revenu.

[14] Le père a sollicité l'autorisation d'interjeter appel et a demandé la suspension de l'exécution de l'ordonnance du juge saisi de la motion. Il a fait valoir que les motifs du juge étaient insuffisants; le juge n'a pas effectué l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant prescrite à l'art. 50 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, ch. 23; et le *statu quo* du parentage partagé n'aurait pas dû être modifié sur le fondement de la preuve par affidavit contradictoire sans audition de témoignages de vive voix.

[15] Le 25 mai 2022, une juge de notre Cour siégeant seule a accordé l'autorisation d'interjeter appel au père et a suspendu l'exécution de l'ordonnance provisoire en attendant l'audition de l'appel.

[16] Le 15 septembre 2022, nous avons rejeté l'appel et indiqué que les motifs suivraient.

### III. Moyens d'appel

[17] Le père fait valoir que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit :

- 1) en omettant de fournir aux parties des motifs suffisants pour appuyer sa conclusion selon laquelle des arrangements de parentage partagé n'étaient plus dans l'intérêt supérieur des enfants et en omettant de fournir aux parties une décision motivée;
- 2) en omettant de tenir compte de tous les facteurs liés à la situation des enfants pour déterminer l'intérêt supérieur de ces derniers et en n'analysant pas l'« intérêt supérieur des enfants » conformément à l'art. 50 de la *Loi sur le droit de la famille*;
- 3) en rendant une ordonnance qui constituait un écart marqué par rapport au *statu quo*, et ce en l'absence de raisons impérieuses de le faire, et en réduisant son

temps de parentage avec les enfants sur la foi d'une preuve par affidavit de laquelle ressortait une contestation importante des faits;

- 4) en ordonnant aux parties de partager les frais spéciaux au prorata conformément à leurs revenus respectifs, sans prendre de décision à l'égard du revenu et sans communication des renseignements sur le revenu de la mère effectuée conformément à l'art. 21 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*.

[18] Il prétend en outre que le juge saisi de la motion a commis une erreur mixte de droit et de fait :

- 5) en commettant une erreur significative dans l'interprétation de la preuve et en appliquant ainsi le droit de façon erronée pour conclure que le départ de la mère du foyer matrimonial le 6 mars 2022 constituait une raison impérieuse de modifier le *statu quo* du parentage partagé.

#### IV. Norme de contrôle

[19] Dans *J.D.F. c. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] A.N.-B. n° 252 (QL), la Cour a indiqué ce qui suit :

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

S'agissant de la norme de contrôle qui s'applique aux conclusions de fait et aux ordonnances discrétionnaires (y compris l'adjudication de dépens), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) déclare ce qui suit dans l'arrêt *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. n° 348 (C.A.) (QL) :

[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]

[par. 14 et 15]

[20] Par conséquent, la Cour modifiera une ordonnance discrétionnaire si cette dernière 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. Nous n'avons pas été convaincus que l'une de ces erreurs existe en l'espèce.

V. Analyse

A. *L'ordonnance par consentement proposée*

[21] Quelques jours avant l'audition de l'appel, les parents ont présenté une ordonnance par consentement à la Cour. Ils ont convenu de ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en rendant une ordonnance qui constituait un écart marqué par rapport au *statu quo* du parentage partagé que les enfants connaissaient depuis novembre 2021, en l'absence de raisons impérieuses de le faire, et en limitant le temps de

parentage de l'appelant avec les enfants sur le fondement d'une preuve par affidavit de laquelle ressortait une contestation importante de faits;

[...] que l'appel devrait être accueilli.

[22] Les parties ont convenu des mesures réparatoires suivantes :

1. L'appel est accueilli.
2. L'ordonnance provisoire rendue par la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille est annulée et l'affaire est renvoyée à un juge différent qui sera chargé de trancher l'affaire.
3. Chacune des parties acquittera ses propres frais.

[23] Après avoir examiné l'ordonnance par consentement proposée, la formation a refusé de l'accepter. Dans *Kitchen c. R.*, 2020 NBCA 69, [2020] A.N.-B. n° 247 (QL), le juge Green a indiqué ce qui suit :

Notre Cour est saisie d'un appel pénal, peu fréquent, où le condamné appelant et le ministère public intimé sont tout à fait d'accord : des erreurs ont été commises au procès qui nécessitent l'intervention d'une juridiction d'appel. Ils sont d'accord également sur la décision qu'il conviendrait de rendre. L'affaire n'est toutefois pas close pour autant. La Cour a l'obligation de se persuader de ce que la thèse commune des parties est correcte en droit. Elle est tenue à plus qu'à un simple acquiescement. Dans le cas présent, mes collègues et moi avons convenu que les parties avaient raison et nous en demeurons convaincus. J'explique notre décision. [par. 8]

[24] Bien que l'arrêt *Kitchen* porte sur une affaire criminelle, on peut en extrapoler les principes directeurs concernant des ententes entre des parties. La Cour a l'obligation de se persuader que l'entente entre les parties est correcte en droit. Comme la formation n'était pas persuadée que le juge saisi de la motion avait commis une erreur, nous n'avons pas signé l'ordonnance et avons exigé la tenue d'une audience.

B. *Les ordonnances provisoires*

[25] Dans l'arrêt *Legault*, le juge Richard (tel était alors son titre) a analysé l'objectif des ordonnances provisoires. Les parties avaient vécu en union de fait pendant 13 ans et avaient deux enfants. Après leur séparation, les parties ont partagé la garde des enfants pendant environ quatre ans. Des événements ultérieurs se sont produits, ce qui a amené la mère à déposer un avis de requête par lequel elle sollicitait notamment la garde exclusive des enfants avec un accès restreint à leur père. Peu de temps après le dépôt de l'avis de requête, la mère a déposé un avis de motion par lequel elle sollicitait des mesures réparatoires semblables à titre provisoire.

[26] La motion a été entendue et une ordonnance provisoire accordant les mesures réparatoires sollicitées par la mère a été rendue. Dans ses motifs, le juge Richard a discuté de l'objectif des ordonnances provisoires :

[TRADUCTION]

Une ordonnance provisoire vise à couvrir une courte période se situant entre le moment où l'ordonnance est rendue et le procès. Par nécessité, l'ordonnance est rendue sur le fondement d'une preuve limitée, habituellement par affidavit. L'objet de l'ordonnance, pour reprendre les propos du juge Zuber dans la décision *Sypher c. Sypher (Ont. C.A.)*, [1986] O.J. No. 536, en ligne : QL (OJ) (C.A. Ont.) est de [TRADUCTION] « fournir, jusqu'au procès, une solution raisonnablement acceptable à un problème difficile ». Ces propos ont aussi été repris par le juge Rice, de notre Cour, dans l'arrêt *Wentzell c. Wentzell*, [1999] A.N.-B. n° 25, en ligne : QL (ANB), sur lequel s'est fondé à son tour le juge Robertson dans l'arrêt *Piercy c. Foreman*, [2003] A.N.-B. n° 76, en ligne : QL (ANB). Dans la décision *Sypher*, le juge Zuber a suivi le raisonnement suivant : [TRADUCTION] « [U]n tribunal d'appel ne devrait pas intervenir dans une ordonnance provisoire à moins qu'il ne soit démontré que l'ordonnance provisoire est manifestement erronée et qu'elle dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires amorcées par voie sommaire. » Je souscris à ces propos.

Dans le cas qui nous occupe, il n'a pas été démontré que l'ordonnance provisoire dépasse l'éventail de solutions raisonnables. En outre, après avoir lu les documents déposés à l'appui de la motion en autorisation d'appel et fait un examen approfondi des observations des avocats des parties, je ne suis pas convaincu que les critères énoncés à la règle 62.03(4) ont été remplis. [par. 4 et 5]

[27] Dans l'arrêt *J.H.*, la juge Larlee a écrit ce qui suit : « Je souligne qu'il est plutôt inhabituel qu'un juge de notre Cour siégeant seul accorde l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance provisoire en matière de garde et d'accès » (par. 12).

[28] Dans *D.A. c. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 203, la Cour était appelée à se pencher sur une décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine modifiant une ordonnance de garde provisoire existante. La juge Larlee a indiqué ce qui suit :

Dans *K.C.W.V. c. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351, notre Cour a réitéré que la modification de la décision rendue par un juge en matière de garde requiert l'application d'une norme de grande déférence. L'intervention en appel 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 (*P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 100; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014). La cour doit faire preuve de retenue à l'égard de la façon dont le juge saisi de la motion a apprécié la preuve ainsi qu'à l'égard de son ordonnance de garde et de toutes les modalités et conditions y afférentes. Aucune déférence n'est requise en ce qui concerne une question de droit, y compris celle qui consiste à déterminer le critère approprié pour établir s'il est survenu un changement de situation important.

La décision portée en appel est une ordonnance de garde provisoire que le juge saisi de la motion a rendue pour composer avec une situation donnée, en attendant une audience en bonne et due forme. [...] [par. 6 et 7]

[29] Dans *Canadian Family Law*, 9<sup>e</sup> édition, les auteurs Julien D. Payne et Marilyn A. Payne écrivent :



[TRADUCTION]

F. ORDONNANCES PROVISOIRES

Les tribunaux d'appel ont approuvé la politique générale de ne pas modifier les ordonnances provisoires et ils sont très réticents à modifier des ordonnances provisoires, à moins qu'il n'y ait une erreur d'injustice flagrante qui doit être rectifiée immédiatement. [p. 667]

[30] Comme je l'ai indiqué plus tôt, la formation a conclu qu'il n'y avait aucune erreur qui devait être [TRADUCTION] « rectifiée immédiatement ».

C. *La décision du juge saisi de la motion*

(1) Arrangements de parentage

[31] Après avoir entendu les parties, le juge saisi de la motion a conclu ce qui suit :

1. Les arrangements de parentage partagé ont été mis en œuvre par les parties alors que ces dernières habitaient sous le même toit, ce qui a permis de limiter les perturbations pour les enfants;
2. La mère a quitté le foyer matrimonial le 6 mars 2021, ce qui constituait une raison impérieuse pour la Cour de s'écarter du *statu quo* du parentage partagé;
3. Les enfants avaient besoin de stabilité et de routine et il fallait protéger autant que possible l'enfant de deux ans;
4. Le calendrier « 2-2-3 » sollicité par le père entraînerait trop de perturbations pour les enfants et la stabilité et la prévisibilité étaient les principales préoccupations.

[32] Le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR : Je rends ma décision sur les arrangements de parentage sur lesquels vous m'avez demandé de me prononcer. Des arrangements de parentage partagé sont en place depuis l'échec du mariage en novembre 2021. Selon ces arrangements, les enfants alternaient entre les soins des parents aux deux jours, semble-t-il. L'intimé souhaite maintenir les arrangements de parentage partagé, mais les modifier pour les remplacer par un calendrier deux-deux, ce que l'on appelle communément un calendrier de deux-deux-trois. L'intimé fait valoir que le *statu quo* devrait être maintenu en l'absence de raisons impérieuses. Je note que la proposition de l'intimé, dans un plan de parentage partagé, n'est pas exactement le *statu quo*, il est modifié. Je note également que les présents arrangements ont été mis en œuvre alors que les parties habitaient avec les enfants sous le même toit. Bien entendu, cela a causé un bouleversement important aux enfants, mais cela a changé. Les parents habitent maintenant dans des domiciles séparés et vivent séparément. À mon avis, il s'agit d'une raison impérieuse de s'écarter du *statu quo*. Les enfants sont jeunes, 11, 8 et 2 ans. Ils ont besoin de stabilité et de routine. Plus particulièrement, l'enfant de deux ans doit, être protégé contre les perturbations. Dans la mesure du possible, et, bien sûr, un plan de parentage différent pour les enfants plus âgés est certainement hors de question parce qu'il finirait par séparer les enfants, ce que les tribunaux détestent faire. À mon avis, un calendrier deux-deux-trois perturbe tout simplement trop les enfants. La stabilité et la prévisibilité sont les principales préoccupations de la Cour; j'ordonne donc ce qui suit : La requérante sera le parent pourvoyeur principal de soins des enfants. L'intimé aura accès toutes les deux fins de semaine lorsqu'il n'est pas tenu de travailler le samedi matin, tous les mercredis soir, de, euh, après l'école jusqu'au début de la journée scolaire le lendemain pendant les semaines où il n'a pas d'accès la fin de semaine et tout autre accès raisonnable, à des moments raisonnables, après avoir donné un préavis raisonnable à la requérante. L'intimé doit verser une prestation alimentaire pour enfants conformément aux art. 11 et 12 de la *Loi sur le droit de la famille* et aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Chaque partie paiera sa part proportionnelle de tous les frais spéciaux et extraordinaires et, compte tenu de la nature de la motion et de l'instance qui s'est déroulée aujourd'hui, je n'adjugerai pas de dépens. Je ne sais pas quel

avocat préparera l'ordonnance, mais veuillez l'envoyer et la déposer au bureau du greffe ici et elle me sera transmise pour que je la signe.

M. JARDINE : Je la déposerai, en tant que requérant, et je l'enverrai à mon amie pour qu'elle l'examine.

LA COUR : Merci, M. Jardine. Merci, M<sup>me</sup> Cormier.

M<sup>me</sup> CORMIER : Merci.

[33] Dans son mémoire et ses observations orales devant nous, le père a invoqué diverses décisions rendues par la Cour, dont aucune ne portait sur une ordonnance provisoire initiale. La jurisprudence porte sur des demandes de modification d'ordonnances provisoires existantes où on prétendait qu'il y avait eu des changements de circonstances. Puisqu'il s'agissait d'une première motion pour mesures réparatoires provisoires, le juge saisi de la motion avait le pouvoir discrétionnaire de tirer les conclusions qu'il a tirées. Il faut faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve par le juge saisi de la motion et de sa décision quant à la garde et à toutes les conditions accessoires. La décision faisant l'objet de l'appel n'est pas manifestement erronée et elle ne dépasse pas l'éventail de solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires amorcées par voie sommaire. Il s'agit d'une mesure temporaire qui est mise en place jusqu'à ce que les questions en litige soient tranchées de façon définitive.

(2) Pension alimentaire pour enfants et frais spéciaux

[34] Un examen du dossier révèle que le juge saisi de la motion et les avocats des deux parties ont discuté de ce qui adviendrait du montant à payer au titre de la prestation alimentaire pour enfants et des frais spéciaux :

[TRADUCTION]

LA COUR : Mais, est-ce que je pourrais rendre une ordonnance à l'égard de la prestation alimentaire pour enfants en fonction des *Lignes directrices fédérales sur les*

*pensions alimentaires pour enfants* et des renseignements que les parties sont tenues de communiquer?

M<sup>me</sup> CORMIER : Oui.

LA COUR : Et vous pourrez ensuite revenir devant la Cour s'il y a un problème dans le calcul. Mais d'habitude, ce n'est que de l'arithmétique après ça.

M<sup>me</sup> CORMIER : Ouais, parce que je crois comprendre qu'ils sollicitent – si nous concluons des arrangements de parentage partagé – qu'ils sollicitent un montant compensatoire conformément à l'art. 9, nous nous entendrions à ce sujet, c'est juste une question de –

LA COUR : Question du partage proportionnel et des frais extraordinaires, des frais spéciaux. Je peux rendre une ordonnance d'application générale sans montant et vous pourrez faire le calcul.

M<sup>me</sup> CORMIER : Oui. Le seul problème c'est que nous voudrions qu'un montant soit inscrit dans l'ordonnance seulement pour son application, mais nous pourrions régler cela nous-mêmes une fois que la communication aura été faite.

LA COUR : Eh bien, je suis sûr que vous le pourrez.

M. JARDINE : Je ne pense pas que c'est une question litigieuse –

M<sup>me</sup> CORMIER : Non.

M. JARDINE : – entre mon amie et moi. Elle s'oppose à la façon dont la communication a été faite. Je pense que je peux régler cela.

LA COUR : C'est très bien. Une fois que les renseignements sont communiqués, ce n'est qu'une question de mathématiques.

M. JARDINE : Ouais. Cela a été communiqué – c'est, mais, vous savez, je ne pense pas que c'est une question litigieuse.

M<sup>me</sup> CORMIER : Euh, et j'ajouterais aussi que – puisque M. Jardine et moi en avons discuté avant de commencer cet

après-midi, si la Cour est disposée à rendre une décision concernant l'ordonnance parentale, nous pourrons ensuite élaborer le libellé pour le calendrier, la prestation alimentaire pour enfants et les frais spéciaux, puis nous pourrons ensuite revenir et probablement consentir à d'autres choses pour consignation au dossier. Mais, pour ce faire, nous avons vraiment besoin d'une décision de la Cour au sujet du temps de parentage.

LA COUR : Vous aurez une décision de ma part cet après-midi. Souhaitez-vous dire autre chose, M. Jardine?

M. JARDINE : Ah, non monsieur le juge, je pense que mon amie a raison.

[35] Le père se plaint que le juge saisi de la motion a rendu une ordonnance d'application générale concernant les paiements d'aliments pour enfants et les frais spéciaux, demandant aux parties d'effectuer les calculs nécessaires. Contrairement aux préoccupations soulevées par le père devant notre Cour au sujet de l'approche adoptée par le juge saisi de la motion relativement à la prestation alimentaire pour enfants et aux frais spéciaux, le père a convenu, et il a été consigné au dossier, que les parties [TRADUCTION] « élaboreraient le libellé » pour ces paiements. En outre, le juge saisi de la motion a indiqué aux parties qu'elles pourraient revenir devant la Cour si cette approche posait des difficultés. C'est ce que les parties auraient dû faire en l'espèce plutôt que de demander l'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance relative à la prestation alimentaire pour enfants et aux frais spéciaux.

## VI. Conclusion

[36] Pour ces motifs, nous avons rejeté l'appel. Puisque D.S. avait l'intention de consentir à l'appel, nous n'adjugeons aucuns dépens.