

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

31-23-CA

M.L.

M.L.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

D.B.

D.B.

RESPONDENT

INTIMÉ

M.L. v. D.B., 2023 NBCA 95

M.L. c. D.B., 2023 NBCA 95

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LeBlond
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlond
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
April 13, 2023

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 13 avril 2023

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
September 13, 2023

Appel entendu :
le 13 septembre 2023

Judgment rendered:
November 2, 2023

Jugement rendu :
le 2 novembre 2023

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Martine Larocque

Pour l'appelante :
Martine Larocque

D.B. on his own behalf

D.B. en son propre nom

THE COURT

The appeal is allowed, the motion judge's decision and subsequent order are set aside, and the matter is referred to the Court of King's Bench to be heard by a different judge of that Court. The cross-appeal requesting that the commencement date of the retroactive child support be changed from January 1, 2021, to August 1, 2021, is dismissed. The father shall pay costs of \$2,000 to the mother.

LA COUR

L'appel est accueilli, la décision du juge saisi de la motion et l'ordonnance ultérieure sont annulées et l'affaire est renvoyée à la Cour du Banc du Roi pour y être entendue par un juge différent. L'appel reconventionnel par lequel il est sollicité que la date de prise d'effet de la prestation alimentaire pour enfant rétroactive passe du 1^{er} janvier 2021 au 1^{er} août 2021 est rejeté. Le père devra payer à la mère des dépens de 2 000 \$.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR

I. Introduction

[1] Les questions principales soulevées dans le présent appel sont de savoir si le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il : (1) a refusé d'attribuer un revenu à un parent qui avait cessé de travailler pour rester à la maison avec trois enfants plus jeunes; (2) n'a pas ordonné de prestation alimentaire rétroactive alors qu'il était indiqué dans une ordonnance par consentement provisoire que la question serait traitée plus tard; et (3) n'a pas octroyé de frais spéciaux.

II. Faits

[2] Après une brève relation, les parties sont devenues parents d'un enfant qui a actuellement 11 ans. Au moment de la naissance de l'enfant, la mère, M.L., recevait de l'aide sociale et, en 2013, le ministre du Développement social a obtenu par subrogation une ordonnance alimentaire pour enfant. Entre 2013 et 2015, de nombreuses comparutions ont donné lieu à des ordonnances provisoires, la plupart entamées par le père, D.B. En 2018, la mère ne recevait plus d'aide sociale.

[3] Puisque le père n'avait pas de contact avec l'enfant, il est retourné devant le tribunal à l'automne 2020 pour demander du temps de parentage. À l'époque, il était pêcheur de homard.

[4] Le 22 octobre 2021, les parties ont signé une ordonnance par consentement provisoire. L'ordonnance par consentement énonçait le temps de parentage du père, fixait la prestation alimentaire pour l'avenir, établie en fonction du revenu du père en 2020, soit 107 890 \$, et précisait que la question de la prestation alimentaire rétroactive serait abordée ultérieurement.

[5] Le 13 mars 2023, le père a déposé une motion en modification de la prestation alimentaire pour enfant, puisqu'il ne travaillait plus. Il a eu un troisième enfant avec sa compagne (une infirmière immatriculée qui travaille par quarts) et, comme le couple n'avait pas de service de garde d'enfants, il a décidé de rester à la maison pour s'occuper de ses trois plus jeunes enfants. Il gagnait plus de 100 000 \$ par an lorsqu'il travaillait comme pêcheur de homard. Au moment de l'audition de la motion, son affidavit indiquait qu'il gagnerait environ 20 000 \$.

[6] Dans des documents déposés en réponse à la motion en modification, la mère a demandé au juge saisi de la motion d'attribuer un revenu au père et d'ordonner le versement d'une prestation alimentaire avec effet rétroactif à juin 2018, ainsi que des frais spéciaux. Dans son affidavit, elle a indiqué que le père pouvait gagner un important revenu en travaillant comme pêcheur de homard quelques mois par année. Son affidavit indiquait également que, selon des publications sur Facebook, il était également qualifié pour travailler en tant que monteur de lignes principal.

[7] Le père n'a déposé ses renseignements financiers que le matin de l'audience.

[8] Le juge saisi de la motion a ordonné le paiement d'une prestation alimentaire avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2021, au motif qu'il ne pouvait pas dépasser la date de l'ordonnance par consentement. Il n'a pas attribué de revenu parce que la mère n'avait pas déposé de requête sollicitant cette réparation. En outre, il n'a rien ordonné au chapitre des frais spéciaux.

III. Moyens d'appel

[9] La mère a énoncé quatre moyens d'appel dans son avis d'appel. Elle fait valoir que le juge saisi de la motion a commis les erreurs de droit suivantes :

- 1) il a refusé d'attribuer un revenu au père;

- 2) il n'a pas tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il a décidé de ne pas ordonner le paiement d'une prestation alimentaire avec effet rétroactif à juin 2018;
- 3) il n'a pas tenu compte de la demande de la mère quant au partage au prorata des frais spéciaux.

[10] La mère indique en outre que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit et de fait en refusant de rajuster la prestation alimentaire pour enfant rétroactivement au 18 juin 2018, même si le paragraphe 3 de l'ordonnance par consentement datée du 22 octobre 2021 indiquait que la question de l'arriéré alimentaire pour l'enfant serait examinée [TRADUCTION] « ultérieurement ».

IV. Norme de contrôle

[11] Dans *L.A.A. c. W.J.V.*, 2020 NBCA 1, [2020] A.N.-B. n° 9 (QL), la Cour a indiqué ce qui suit : « La jurisprudence provenant de notre Cour établit clairement que, s'agissant des décisions en droit de la famille, la norme de contrôle applicable nous permet d'intervenir uniquement si une erreur importante a été commise, s'il y a eu interprétation gravement erronée de la preuve, ou si une erreur de droit a été commise » (par. 9). Cela s'applique en l'espèce.

V. Analyse

[12] Lors de l'audition de la motion, le juge saisi de la motion a indiqué qu'il y avait un [TRADUCTION] « problème d'ordre procédural », car la mère n'avait pas déposé une motion distincte sollicitant une prestation alimentaire pour enfant avec effet rétroactif et l'attribution d'un revenu. Il semblait croire à tort qu'il ne pouvait pas traiter la demande de la mère sans une telle motion :

LE TRIBUNAL : Pouvez-vous m'expliquer pourquoi vous avez pas déposé une motion? Mais, vous devez prendre en considération aussi que l'ordonnance dans laquelle vous faite référence (inaudible) le demandeur ou le requérant était le ministre Développement social à cette époque-là.

[...]

LE TRIBUNAL : J'suis d'accord avec vous qui avait l'obligation de le faire. Mais, ça relevait du ministre pour déposer une motion en conséquence s'il ne l'avait pas fait ou pourriez en faire la demande et non pas de madame personnellement. Et compte tenu–

[...]

LE TRIBUNAL : –compte tenu aussi, du fait, qu'il apparaît que c'était– qu'elle n'était plus à ce moment-là ou vers les années 2018, qu'elle n'était plus récipientes(ph) des services sociaux. À ce moment-là elle aurait eu amplement l'autorité et le droit de déposer sa motion. Si elle l'aurait voulu.

[13] L'avocate du père était manifestement au courant du fait que cette mesure de redressement était sollicitée, puisqu'elle a indiqué ce qui suit :

MME LANTEIGNE : Oui en fait, dans la demande reconventionnelle de l'intimée elle demande une rétroactivité de pension alimentaire.

[14] La règle 73 des *Règles de procédure* s'appliquait à l'instance devant le juge saisi de la motion. La règle 73.02.1, qui est libellée ainsi, est pertinente :

73.02.1 Definition

(1) In this Rule

responding document means a respondent's affidavit in opposition to an application or motion under this Rule or a respondent's affidavit asserting a right or claim provided for under this Rule.

(2) A responding document shall contain

[...]

73.02.1 Définition

(1) Dans la présente règle

Document de défense désigne un affidavit de l'intimé contestant une requête ou une motion prévue par la présente règle ou un affidavit de l'intimé revendiquant un droit ou formant une demande prévu par la présente règle.

(2) Un document de défense doit contenir

[...]

(f) where the respondent opposes an application or motion, the grounds relied on, f) lorsque l'intimé conteste une requête ou une motion, les motifs sur lesquels il se base,

(g) where the respondent asserts rights or claims, a list of the rights or claims and the persons against whom the rights or claims are made[.] g) lorsque l'intimé revendique un droit ou forme une demande, la liste des droits ou des demandes et des personnes contre lesquelles les droits sont revendiqués ou les demandes sont formées[.]

[15] En l'espèce, la mère s'est conformée à la règle 73.02.1 en exposant clairement, dans son document de défense, son opposition à une diminution de la prestation alimentaire pour enfant et ses demandes au chapitre de l'attribution de revenu, du rajustement au titre de la prestation alimentaire rétroactive, de l'arriéré alimentaire et des frais spéciaux :

En vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, je demande à la Cour :

- a. Une ordonnance prévoyant que les revenus du requérant soit imputés à 153 189\$ alors qu'il détenait toujours son emploi.
- b. Subsidiairement, une ordonnance prévoyant que les revenus du requérant soit imputés à 102 695\$ étant la moyenne des 3 dernières années (107 890\$ en 2020, 153 189\$ en 2021 et 47 006\$ en 2022).
- c. Subsidiairement, une ordonnance prévoyant que les revenus du requérant soit imputés à 76 165\$ étant un "senior lineman" tel qu'indiqué sur sa page facebook.
- d. Le versement d'un montant de soutien au bénéfice de l'enfant, en conformité avec les articles 11 et 12 de la Loi et des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants. Ce montant sera payable auprès du Service des Ordonnances de Soutien Familial (SOSF) du Nouveau-Brunswick.
- e. Une ordonnance prévoyant le rajustement rétroactif du soutien pour enfant et le versement des arrérages de soutien au bénéfice des enfants, à partir du 18 juin 2018, soit 3 ans précédant la date de la demande de divulgation financière et de l'avis donné à l'autre

partie de réajustement du soutien pour enfant, en conformité avec les articles 11 et 12 de la Loi et des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants et de l'article 22 de la *Loi sur le droit de la famille*, à l'aide du revenu que cette cour imputera ou non au requérant. Le montant ainsi déterminé sera payable auprès du Service des Ordonnances de Soutien Familial (SOSF) du Nouveau-Brunswick.

- f. Une ordonnance prévoyant que les dépenses spéciales au bénéfice des enfants soient assumées par les parties au prorata des revenus en vertu de l'article 7 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Ce montant sera payable auprès du Service des Ordonnances de Soutien Familial (SOSF) du Nouveau-Brunswick.
- g. Une ordonnance sommant au requérant de déposer un état financier complet avant que soit déterminée de façon finale la question des arrérages de soutien pour enfant et du rajustement rétroactif du soutien pour enfant.

[16] En ce qui concerne l'évaluation de la prestation alimentaire rétroactive, le juge saisi de la motion semble également avoir cru à tort qu'il ne pouvait pas aller plus loin que 2021, puisque les parties avaient signé l'ordonnance par consentement le 22 octobre 2021.

[17] Le juge a indiqué ce qui suit :

LE TRIBUNAL : 2020-2021, on recule pas plus loin qu'ça là. Y a une ordonnance, tout ce qui est antérieur à ça aurait dû être discuté, négocié, argumenté, apporté à ce point-là. On va pas retourner en arrière de cette ordonnance-là. La seule considération que je vais faire c'est la rétroactivité à partir de cette date-là. Parce que cette ordonnance-là était basé sur le revenu de 20 nous avons aujourd'hui le revenu de 21.

[18] En revanche, le paragraphe 3 de l'ordonnance par consentement d'octobre 2021 prévoit ce qui suit :

La question des arrérages de pension alimentaire au bénéfice de [N.-M.L.], né le 6 septembre 2012, sera révisée ultérieurement.

[19] Dans son mémoire, le père reconnaît que le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant qu'il ne pouvait pas ordonner de prestation alimentaire pour enfant rétroactive avec prise d'effet avant 2021, parce que les parties avaient signé une ordonnance par consentement cette année-là, mais le père semble également faire valoir que la prestation alimentaire pour enfant ne peut avoir un effet rétroactif qu'au 18 juin 2021, date à laquelle la mère l'a pressé de se conformer à son obligation d'origine législative de communiquer ses renseignements financiers. Le père indique ce qui suit :

L'intimé est d'accord que le juge du procès a commis une erreur dans l'analyse de la rétroactivité de la pension alimentaire en décidant qu'elle soit révisée en date du 1er janvier 2021. Toutefois, l'intimé allègue que la rétroactivité ne devrait pas être en date du 18 juin 2018 tel que demandé par l'appelante.

Pour la situation de l'enfant, l'appelante n'a jamais déterminé que l'enfant était en besoin financier dans sa preuve.

[L'intimé] a déposé son état financier à jour et détaillé qui démontre ceci à l'audience.

La date d'information réelle est entre les mois de juin et août 2021. C'est la première fois que l'appelante demandait les preuves de revenus ou demandait quelconque aide financière à l'intimé.

[20] De toute évidence, les parties envisageaient la tenue d'une nouvelle audience pour établir l'arriéré, et cette question n'a pas été traitée. La demande visant les frais spéciaux non plus n'a pas été traitée.

[21] Le juge saisi de la motion a commis une erreur en ne tranchant pas ces questions. Bien que conscients de la jurisprudence et de la demande de la mère voulant que notre Cour rende la décision qui aurait dû être rendue, nous concluons que notre Cour n'est pas aussi bien placée qu'un juge saisi de la motion pour établir la prestation

alimentaire pour enfant qui est indiquée (à titre rétroactif et pour l'avenir) et décider s'il y a lieu d'attribuer un revenu au moment d'ordonner le paiement d'une telle prestation alimentaire, de l'arriéré et des frais spéciaux. Il est impossible, sur le fondement du dossier, de trancher ces questions et de tirer les conclusions de fait qui sont essentielles à la détermination de la présente affaire (voir *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100).

VI. Dispositif

[22] Pour ces motifs, nous accueillons l'appel, annulons la décision du juge saisi de la motion et l'ordonnance ultérieure et ordonnons la tenue d'une nouvelle audience devant un juge différent. L'appel reconventionnel est rejeté. Le père devra payer à la mère des dépens de 2 000 \$.

THE COURT

I. Introduction

[1] The principal issues in this appeal are whether a motion judge erred when he: (1) declined to impute income to a parent who had stopped working to remain at home with three younger children; (2) did not order retroactive support when an interim consent order stated it was to be addressed later; and (3) did not award special expenses.

II. Facts

[2] After a brief relationship, the parties became the parents of a child who is presently 11 years of age. At the time the child was born, the mother, M.L., was receiving social assistance and, in 2013, the Minister of Social Development obtained a subrogated order for child support. Between 2013 and 2015, there were numerous court appearances that resulted in interim orders, most of which were initiated by the father, D.B. By 2018, the mother was no longer receiving social assistance.

[3] As the father did not have contact with the child, he returned to court in the fall of 2020, seeking parenting time. At the time, he was a lobster fisher.

[4] On October 22, 2021, the parties executed an interim consent order. The Consent Order set out parenting time for the father, established prospective child support based on the father's 2020 income of \$107,890 and stated that retroactive support would be addressed later.

[5] On March 13, 2023, the father filed a motion to vary child support because he was no longer working. He had a third child with his partner (a registered nurse who works shifts) and, as the couple had no childcare, he decided to stay at home to care for his three younger children. He earned over \$100,000 a year when he worked as a lobster

fisher. At the time of the motion, his affidavit stated he would earn approximately \$20,000.

[6] In documentation filed in response to the Motion to Vary, the mother requested that the motion judge impute income to the father and order retroactive support back to June 2018 along with special expenses. In her affidavit, she stated the father could earn a considerable income working as a lobster fisher for a few months a year. Her affidavit also stated, based on Facebook posts, that he was also qualified to work as a senior linesman.

[7] The father only filed his financial information the morning of the hearing.

[8] The motion judge ordered retroactive child support to January 1, 2021, on the basis that he could not go back before the date of the Consent Order. He did not impute income on the basis that the mother had not filed an application requesting such relief. Furthermore, he did not make any award for special expenses.

III. Grounds of Appeal

[9] The mother has set out four grounds of appeal in her Notice of Appeal. She submits the motion judge erred in law by:

- 1) refusing to impute income to the father;
- 2) ignoring the best interests of the child when he decided not to order retroactive support back to June 2018; and
- 3) ignoring the mother's request for special expenses on a pro-rata basis.

[10] The mother further states the motion judge erred in law and fact by refusing to adjust the child support retroactively to June 18, 2018, despite the fact that paragraph 3 of the Consent Order dated October 22, 2021, provided that the question of child support arrears would be reviewed "later."

IV. Standard of Review

[11] The Court stated in *L.A.A. v. W.J.V.*, 2020 NBCA 1, [2020] N.B.J. No. 9 (QL): “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” (para. 9). This applies in this case.

V. Analysis

[12] During the hearing of the motion, the motion judge stated there was a “procedural problem” in that the mother had not filed a separate motion requesting retroactive child support and an imputation of income. He seemed to have the mistaken belief that he could not entertain the mother’s request without such a motion:

[TRANSLATION]

THE COURT: Can you explain to me why you did not file a motion? However, you must also consider that in the order to which you are referring (inaudible), the plaintiff or the applicant was the Minister of Social Development at the time.

[...]

THE COURT: I agree with you that he was required to do so. However, it was the responsibility of the Minister to file a motion accordingly if he had not done so, it could be requested, but it could not be filed from Madam personally. And, considering –

[...]

THE COURT: – considering also the fact that it appears that it was – that she was no longer at that time or around 2018, that she was no longer receiving(ph) social assistance. At that time, she would have had ample power and right to file her motion. Had she wanted to.

[13] The father’s lawyer was clearly aware of this relief being sought as she stated:

[TRANSLATION]

MS. LANTEIGNE: Yes, indeed, in the respondent's counterclaim, she is asking for retroactive support.

[14] Rule 73 of the *Rules of Court* applied to the proceeding before the motion judge. Of relevance is Rule 73.02.1, which states:

73.02.1 Definition

73.02.1 Définition

(1) In this Rule

(1) Dans la présente règle

responding document means a respondent's affidavit in opposition to an application or motion under this Rule or a respondent's affidavit asserting a right or claim provided for under this Rule.

Document de défense désigne un affidavit de l'intimé contestant une requête ou une motion prévue par la présente règle ou un affidavit de l'intimé revendiquant un droit ou formant une demande prévu par la présente règle.

(2) A responding document shall contain

(2) Un document de défense doit contenir

[...]

[...]

(f) where the respondent opposes an application or motion, the grounds relied on,

f) lorsque l'intimé conteste une requête ou une motion, les motifs sur lesquels il se base,

(g) where the respondent asserts rights or claims, a list of the rights or claims and the persons against whom the rights or claims are made[.]

g) lorsque l'intimé revendique un droit ou forme une demande, la liste des droits ou des demandes et des personnes contre lesquelles les droits sont revendiqués ou les demandes sont formées[.]

[15] In this case, the mother complied with Rule 73.02.1 in clearly delineating, in her responding document, her opposition to a decrease in child support as well as a request for an imputation of income, an adjustment for retroactive support, arrears and special expenses:

[TRANSLATION]

Under the *Family Law Act*, I am asking the Court for the following:

- a. An order providing that an income of \$153,189 be imputed to the applicant while he was still employed.

- b. Alternatively, an order providing that an income of \$102,695 be imputed to the applicant, being the average of the past 3 years (\$107,890 in 2020, \$153,189 in 2021 and \$47,006 in 2022).
- c. Alternatively, an order providing that an income of \$76,165 be imputed to the applicant, as a “senior linesman,” as shown on his Facebook page.
- d. The payment of an amount of child support, in accordance with sections 11 and 12 of the *Act* and the *Federal Child Support Guidelines*. That amount will be payable to the Family Support Orders Service of New Brunswick (FSOS).
- e. An order providing for the retroactive adjustment of child support and the payment of child support arrears dating back to June 18, 2018, which is three years prior to the date of the request for financial disclosure and the notice given to the other party for the adjustment of child support, in accordance with sections 11 and 12 of the *Act* and the *Federal Child Support Guidelines* and section 22 of the *Family Law Act*, using the income that this court will or will not impute to the applicant. The amount so determined will be payable to the Family Support Orders Service of New Brunswick (FSOS).
- f. An order providing that special expenses for the children be paid by the parties on a pro-rata basis under section 7 of the *Federal Child Support Guidelines*. Such amount will be payable to the Family Support Orders Service of New Brunswick (FSOS).
- g. An order requiring the applicant to file a complete financial statement before the final determination of the issues regarding child support arrears and retroactive adjustment of child support.

[16] With respect to the assessment of retroactive child support, the motion judge also appears to have mistakenly believed he could not go back before 2021 as the parties had executed the Consent Order on October 22, 2021.

[17] The judge said:

[TRANSLATION]

THE COURT: 2020-2021, we are not going back further than that. There is an order. Everything that came before that should have been discussed, negotiated, argued, brought up at that point. We are not going to go back past that order. The only thing I am going to consider is retroactive support to that date, because that order was based on the income for 20 and we now have the income for 21.

[18] By contrast, paragraph 3 of the October 2021 Consent Order provides:

[TRANSLATION]

The issue of child support arrears for [N.-M.L.], born on September 6, 2012, will be addressed at a later date.

[19] The father, in his written submission, concedes that the motion judge erred in determining he could not order retroactive child support prior to 2021 because the parties signed a consent order that year, but the father also appears to argue that child support can only be retroactive to June 18, 2021, when the mother pressed him to comply with his existing statutory obligation to disclose income information. The father states:

[TRANSLATION]

The respondent agrees that the trial judge erred in the analysis of retroactive support by determining that it be reexamined to January 1, 2021. However, the respondent alleges that retroactive support should not go back to June 18, 2018, as requested by the appellant.

With respect to the child's situation, the appellant never established in her evidence that the child was in financial need.

[The respondent] filed his updated and detailed financial statement showing this at the hearing.

The date of effective notice is between June and August 2021. It is the first time that the appellant requested proof of income or any financial assistance from the respondent.

[20] Clearly, the parties contemplated a further hearing to have the arrears determined, and this was not addressed. The request to determine special expenses was not dealt with either.

[21] The motion judge erred in failing to resolve these issues. Although mindful of the jurisprudence and the request by the mother that this Court should make the decision that ought to have been made, we conclude that this Court is not in as good a position as a motion judge to determine the proper child support (retroactively and prospectively), whether there should be an imputation of income when ordering such child support, arrears and special expenses. Based on the record, it is impossible to resolve these issues and to make the findings of fact that are crucial to the determination of this situation (see *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100).

VI. Disposition

[22] For these reasons, we allow the appeal, set aside the motion judge's decision and subsequent order and order a new hearing before a different judge. The cross-appeal is dismissed. The father shall pay costs of \$2,000 to the mother.