

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

13-24-CA

M.S. (P.)

M.S. (P.)

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

K.S.

K.S.

RESPONDENT

INTIMÉ

M.S. (P.) v. K.S., 2024 NBCA 143

M.S. (P.) c. K.S., 2024 NBCA 143

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Robichaud

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge Robichaud

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:  
January 19, 2024

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :  
le 19 janvier 2024

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:  
October 10, 2024

Appel entendu:  
le 10 octobre 2024

Judgment rendered:  
December 19, 2024

Jugement rendu :  
le 19 décembre 2024

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Olivia Frigault

Pour l'appelante :  
Olivia Frigault

K.S. on his own behalf

K.S. en son propre nom

THE COURT

LA COUR

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

L'appel est accueilli et des dépens de 2 500 \$ sont adjugés.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] This appeal concerns an Interim Order dated January 19, 2024, whereby a judge of the Court of King’s Bench, ordered the immediate sale of the parties’ marital home because, in her opinion, a sale would probably be the inevitable result at trial, based on “the history of financial challenges.”

[2] M.S. (P.), the wife, submits the motion judge erred by speculating about the financial capabilities of the parties and, more particularly, those of the wife based on evidence before her at an interim hearing. M.S. (P.) submits that it is after a trial that a judge is in a better position to determine the fate of the marital home after hearing evidence from both parties. In this case, I agree.

II. Background

[3] The parties were married in August 1999, and separated in February 2023. There are two children of the marriage, one who is presently a 20-year-old university student and the second who is a 15-year-old high school student. Both children live primarily in the marital home with their mother. At the time of the motion, the husband was residing with his parents about an hour away from the marital home.

[4] There are two mortgages registered against the marital home. The first mortgage is for approximately \$208,306.50, and the second is in the amount of approximately \$60,000. The combined monthly mortgage payment, including property taxes, is \$3,047.16.

[5] The parties also own a rental property in McNamee, New Brunswick, located on Carroll’s Crossing Road. The property tax assessment value of the home in

2024 is \$26,600. There is no mortgage registered against the property. The parties receive approximately \$400 per month in rental income from the property.

[6] The husband is medically retired from the Canadian Armed Forces and claims to earn approximately \$74,740.92 per year. However, the wife is waiting on further financial disclosure from K.S. to confirm his income.

[7] M.S. (P.) is medically retired from the Public Service of Canada and earns approximately \$37,805.00 per year. She has significant health issues, including but not limited to a brain aneurysm.

[8] Following the parties' separation, the husband, although he had moved out of the marital home at separation, continued to pay the mortgage. This payment was, in part, in lieu of child support.

[9] The wife's previous solicitor filed a Notice of Motion on August 11, 2023, seeking interim relief. Specifically, the motion sought interim child support and spousal support.

[10] The husband filed a Responding Document on January 5, 2024. It was served on M.S. (P.) on January 9, 2024. In his Responding Document, he sought the immediate sale of the marital home and for the sale proceeds to be held in trust.

[11] Prior to the hearing of the motion, the parties reached an interim agreement with respect to parenting time and child support.

### III. Procedural History

[12] The Notice of Motion, filed on August 11, 2023, was heard on January 12, 2024, and a decision was issued on January 19, 2024 (the "Decision").

[13] In her Decision, the motion judge granted the husband's request that the marital home be sold immediately and ordered that the sale proceeds be held in trust pending a final resolution of this matter.

[14] The husband was ordered to pay the wife \$1,000 per month, representing approximately one-third of the costs associated with the marital home, such as property tax, mortgage, and home insurance, until such time as the home was sold.

[15] It was also ordered, on consent, that the husband pay \$1,088 per month to the wife as child support for the children of the marriage, who both reside primarily with the wife.

[16] On January 25, 2024, the wife filed a Notice of Appeal and a Notice of Motion requesting leave to appeal, as well as a Stay of Execution with respect to the Decision. Leave to appeal, as well as the request for a Stay of Execution, were specifically sought with respect to the portion of the Decision that ordered that the marital home be listed and sold immediately.

[17] On February 15, 2024, leave to appeal, as well as a Stay of Execution of the Decision pending the appeal were granted with costs of \$1,500 payable to the wife by the husband. The remainder of the Decision remained in force in all other respects.

#### IV. Grounds of Appeal

[18] The wife contends the motion judge erred:

- 1) In law by ordering the sale of the marital home on an interlocutory basis despite there being no risk to the property;
- 2) In law in her interpretation of relevant jurisprudence as it pertained to her jurisdiction to order the sale of a marital home on an interim basis; and

- 3) In mixed fact and law by speculating that the wife could not afford to maintain the marital home.

V. Standard of Review

[19] The wife submits that the motion judge made errors of law, as well as an error of mixed fact and law. It is clear from the jurisprudence from 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: *C.P. v. A.P.*, 2024 NBCA 31, [2024] N.B.J. No. 37 (QL).

[20] In *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147, this Court confirmed that deference is not owed when reviewing a decision on a question of law:

Therefore, deference is owed to a motion judge's assessment of the evidence, determination of custody and all incidental terms. However, 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, what the best interests of the child are or when the motion judge fails to give sufficient reasons for his or her decision. [para. 10]

VI. Analysis

[21] In her motion for interim relief, the wife requested exclusive possession of the marital home pending the final determination respecting the division of marital property. The husband, in response, asked that the marital home be sold immediately because the parties could not afford to keep the home and his continued contribution to the mortgage would impede his ability to move from his parents' home and secure alternative housing.

A. *Ground #1 – Did the motion judge err in law by ordering the sale of parties’ marital home on an interlocutory basis, despite there being no immediate risk to the property?*

[22] In *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (QL), Richard J.A., as he then was, commented on 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. [Emphasis added; para. 4]

[23] In this case, the Interim Order went far beyond providing a “reasonably acceptable solution.” Had it not been stayed, the order would have resulted in an irreversible, significant life-altering change for not only the wife, but the parties’ children as well.

[24] In my view, this is not the type of decision that should have been made based solely on affidavit evidence and a one-hour hearing without any *viva voce* evidence being presented.

[25] It may be that the marital home will eventually need to be sold but to order the sale of the home on an interim basis solely because the parties are struggling financially is premature and sets a dangerous precedent. Furthermore, it is not apparent how paying the proceeds realized from the sale of the marital home into trust pending the

final resolution of this matter would be of any assistance to the parties, who are experiencing financial difficulties.

[26] In *Noel v. Butler*, 2014 NBQB 55, 415 N.B.R. (2d) 377, Walsh J. dismissed a request that a marital home be sold on an interim basis, and commented on the threshold that would be required to convince him to order otherwise:

[...] Nevertheless, even accepting that the Court has the jurisdiction to order the home sold at this interlocutory stage (see: *Dion v. Roy* 2013 NBQB 178), I have not been convinced to exercise my discretion to do so. Instead, I defer to the *de facto status quo*. My cumulative reasons in brief are:

- (i) That there is otherwise no pressing need to have the home sold at this time - there is no mortgage to service (or to be at risk for) and, contrary to the respondent's allegations, no compelling evidence that the applicant is wasting or otherwise putting the property at risk and there is no evidence that the respondent is without adequate shelter or financial means to obtain adequate shelter in the interim - and the timing of any sale would appear poor given the time of year; and
- (ii) That it is the trial judge who should have the flexibility of determining, after proper consideration of the entire picture related to the equitable claims, under what circumstances the home shall be sold (and, possibly, who should have a right of first refusal, if there is such authority) and what division of the proceeds should be made and what, if any, adjustments are required because of one party's occupation of the home prior to trial; and
- (iii) That, exercising its inherent powers to control its own process, the Court intends to order the matter set down for trial, so that there are no further delays. [Emphasis added; para. 5]

[27] In this case, I would adopt the comments of Walsh J., it is the final trial judge who is better positioned to determine what happens to the marital home, after hearing evidence from both parties.

[28] In her Decision, the motion judge relied on section 11 of the *Marital Property Act*, R.S.N.B. 2012, c. 107, which directs that the court:

**11** In or pending an application under section 3 or 4, the Court may make such interim orders as it considers necessary for restraining the disposition or impoverishment of any property that may be divided under this Act and for the possession, delivering up, safekeeping and preservation of the property.

**11** Dans le cas ou dans l'attente d'une requête présentée en vertu de l'article 3 ou 4, la Cour peut rendre les ordonnances provisoires qu'elle estime nécessaires pour empêcher la disposition ou l'appauvrissement de tout bien qui peut être réparti en vertu de la présente loi et pour sa possession, sa remise, sa bonne garde et sa conservation.

[29] In my opinion, there was no evidence before the court that the marital home was at risk of being impoverished or disposed of. In his affidavit, the husband refers to late mortgage payments throughout the parties' relationship, but there was no evidence that these missed payments had put the home at risk of power of sale.

[30] The husband referenced a mortgage statement in his affidavit when commenting on "missed" mortgage payments. A review of the mortgage statement referred to clearly indicates that, although some payments were made a few days after their due dates, they were not "missed". It does not appear the financial institution ever advised it would be acting on the power of sale provisions contained in the mortgage. Therefore, it is apparent there was no risk of disposition or impoverishment of the property as contemplated by s. 11 of the *Act*.

[31] Also in his affidavit, the husband refers to a judgment that had been previously registered against the marital home, but he also conceded that the judgment had been paid and removed.

[32] The authority under s. 11 of the *Act* is meant to be employed in extreme circumstances when there is an evident and identifiable risk to the marital property. The Interim Order went beyond providing “a reasonably acceptable solution” as contemplated in *Legault*.

[33] The wife submits the support ordered by the motion judge would have allowed her to make the mortgage payments on the home pending trial.

[34] In *B.D.Q. v. J.A.S.Q.*, 2017 NBQB 12, [2017] N.B.J. No. 15 (QL), DeWare J., as she then was, declined to grant an order under s. 11 of the *Act* stating:

[...] In my view, a Court must be satisfied when granting an order pursuant to sections 11 and 25 of the *Marital Property Act* that the granting of the order will safe keep and preserve the property. The moving party has not met the evidentiary burden to satisfy me that this is indeed the case. [para. 25]

[35] In the case at bar, a review of the record indicates there was no evidence with respect to how the order requested under s. 11 of the *Act*, would “safekeep or preserve the property”. Although the parties did not dispute that they had struggled financially in the past, there was no indication that the marital home was at risk of being the subject of a power of sale by the financial institution that holds the mortgages.

B. *Ground #2 – Did the application judge err in law in her interpretation of relevant case law as it pertains to her authority to order a sale of a marital home on an interim basis?*

[36] At the appeal hearing the husband was not represented. As we did not have the benefit of counsel to respond fulsomely to this ground, and I would allow the appeal based on the other grounds, I would leave the question of whether the motion judge had jurisdiction to order a sale of a marital home after an interim motion to another day.

C. *Ground #3 – Did the motion judge err by speculating that the wife could not afford to maintain the marital home?*

[37] The wife submits that the motion judge speculated at the hearing that granting her exclusive possession would put the property at risk. During the hearing, the judge commented twice that delaying the sale of the marital home was “delaying the inevitable” and questioned whether the wife would be able to afford the payments if she was ordered to assume the full amount.

[38] However, the wife was awarded child support at the motion, and the husband was ordered to assist with the expenses associated with the marital home. The amount ordered to be paid was nearly enough to pay both mortgages on the home. The record before the motion judge indicated the wife earns approximately \$40,000 per year which also contributes to the mortgage and household expenses. There was no evidence before the motion judge that the wife would be unable to maintain the property and pay the mortgage.

[39] In *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] N.B.J. No. 203 (QL), Baird J.A., writing for the court stated:

[...] A trial judge bases his or her decision on that evidence, and he or she cannot speculate, or “fill in the blanks.” [...] [para. 23]

[40] As mentioned above, the motion was a one-hour hearing in which the parties relied solely on affidavit evidence. There was no evidence presented with respect to either party’s support systems or other financial resources that may have been available to them. Although the motion judge assumed the home would ultimately need to be sold, there was not enough evidence before her to substantiate this.

VII. Conclusion and Disposition

[41] It is for the above reasons I would allow the appeal and reverse the motion judge's order that the house be sold immediately. The fate of the marital home should be determined at the trial of this matter or at such time that the parties can agree on a solution respecting its disposition prior to the trial. I would order costs in the amount of \$2,500 payable by the husband to the wife.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le présent appel porte sur une ordonnance provisoire datée du 19 janvier 2024 par laquelle une juge de la Cour du Banc du Roi a ordonné la vente immédiate du foyer matrimonial des parties, étant d'avis que, compte tenu de leurs [TRADUCTION] « antécédents financiers difficiles », le procès mènerait sans doute inévitablement à une vente.

[2] M.S. (P.), l'épouse, affirme que la juge saisie de la motion a commis une erreur en émettant des hypothèses sur les capacités financières des parties, les siennes en particulier, sur le fondement de la preuve dont elle disposait à une audience sur des mesures provisoires. Selon M.S. (P.), c'est après un procès et l'audition de la preuve des deux parties qu'un juge est le mieux placé pour déterminer le sort à réserver au foyer matrimonial. En l'espèce, je partage son avis.

II. Contexte

[3] Les parties se sont mariées en août 1999 et se sont séparées en février 2023. Deux enfants sont issus du mariage; l'un est actuellement âgé de 20 ans et fréquente l'université, et l'autre a 15 ans et va à l'école secondaire. Les deux enfants vivent principalement dans le foyer matrimonial avec leur mère. Au moment de l'audition de la motion, l'époux habitait chez ses parents, à une heure de distance environ du foyer matrimonial.

[4] Le foyer matrimonial est grevé de deux hypothèques. La première hypothèque est d'un montant d'environ 208 306,50 \$ et la deuxième, d'un montant d'environ 60 000 \$. Les versements hypothécaires, impôts fonciers compris, sont ensemble de 3 047,16 \$ par mois.

- [5] Les parties sont aussi propriétaires d'un bien locatif situé sur le chemin Carroll's Crossing, à McNamee, au Nouveau-Brunswick. La valeur d'évaluation pour l'impôt foncier de la maison, d'après l'évaluation foncière de 2024, est de 26 600 \$. Le bien locatif, qui rapporte aux parties un revenu locatif mensuel de 400 \$ environ, n'est grevé d'aucune hypothèque.
- [6] L'époux, qui a pris sa retraite des Forces armées canadiennes pour cause de maladie, dit gagner environ 74 740,92 \$ par année. Toutefois, l'épouse attend que K.S. lui communique plus de renseignements financiers avant de confirmer que c'est bien le cas.
- [7] M.S. (P.) a pris sa retraite de la fonction publique fédérale pour cause de maladie et elle touche environ 37 805,00 \$ par année. Elle a de graves problèmes de santé et souffre notamment d'un anévrisme cérébral.
- [8] Après la séparation des parties, l'époux a continué de rembourser l'hypothèque, même s'il avait quitté le foyer matrimonial au moment de la séparation. Les versements hypothécaires tenaient lieu, en partie, de paiements alimentaires pour enfants.
- [9] L'ancien avocat de l'épouse a déposé un avis de motion le 11 août 2023, en vue de l'obtention de mesures provisoires, à savoir une prestation alimentaire provisoire pour enfants et une prestation alimentaire matrimoniale provisoire.
- [10] Le 5 janvier 2024, l'époux a déposé un document de défense. Ce document a été signifié à M.S. (P.) le 9 janvier 2024. Dans son document de défense, l'époux sollicitait la vente immédiate du foyer matrimonial et la détention en fiducie du produit de la vente.
- [11] Avant l'audition de la motion, les parties ont conclu une entente provisoire au sujet du temps de parentage et des aliments pour enfants.

III. Historique procédural

[12] L'avis de motion a été déposé le 11 août 2023, la motion a été entendue le 12 janvier 2024 et la décision a été rendue le 19 janvier 2024 (la décision).

[13] Dans sa décision, la juge saisie de la motion a fait droit à la demande de l'époux – la vente immédiate du foyer matrimonial – et a ordonné que le produit de la vente soit détenu en fiducie en attendant le règlement définitif de la présente affaire.

[14] Il a été ordonné à l'époux de verser 1 000 \$ par mois à l'épouse, un montant correspondant au tiers environ des frais liés au foyer matrimonial, comme l'impôt foncier, l'hypothèque et l'assurance habitation, jusqu'à ce que le foyer soit vendu.

[15] Il a aussi été ordonné à l'époux, sur consentement, de verser 1 088 \$ par mois à l'épouse à titre de prestation alimentaire pour les enfants à charge, lesquels habitent tous deux principalement avec l'épouse.

[16] Le 25 janvier 2024, l'épouse a déposé un avis d'appel ainsi qu'un avis de motion en autorisation d'appel de même qu'en suspension de l'exécution de la décision. L'autorisation d'appel et la suspension d'exécution étaient demandées expressément à l'égard de la partie de l'ordonnance portant que le foyer matrimonial soit inscrit en vue de la vente et vendu sans délai.

[17] Le 15 février 2024, l'autorisation d'appel ainsi que la suspension de l'exécution de la décision en attendant l'issue de l'appel ont été accordées, et l'époux a été condamné à verser des dépens de 1 500 \$ à l'épouse. La décision est demeurée en vigueur à tous autres égards.

IV. Moyens d'appel

[18] L'épouse soutient que la juge saisie de la motion a commis les erreurs suivantes :

- 1) une erreur de droit en ordonnant la vente du foyer matrimonial à titre de mesure provisoire, bien que la propriété ne fût pas exposée à un risque;
- 2) une erreur de droit en interprétant comme elle l'a fait la jurisprudence pertinente relative à sa compétence d'ordonner la vente d'un foyer matrimonial à titre de mesure provisoire;
- 3) une erreur mixte de fait et de droit en émettant comme hypothèse que l'épouse n'avait pas les moyens de conserver le foyer matrimonial.

V. Norme de contrôle

[19] L'épouse soutient que la juge saisie de la motion a commis des erreurs de droit ainsi qu'une erreur mixte de fait et de droit. Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour que, en matière familiale, la norme de contrôle applicable ne nous permet d'intervenir que s'il y a eu erreur importante, erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou erreur de droit (*C.P. c. A.P.*, 2024 NBCA 31, [2024] A.N.-B. n° 37 (QL)).

[20] Dans *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 147, notre Cour a confirmé qu'il n'y avait pas lieu de faire preuve de déférence lorsqu'il s'agit de réviser une décision sur une question de droit :

Il y a donc lieu de faire preuve de déférence envers la façon dont le juge saisi d'une motion a apprécié la preuve et dont il a déterminé les droits de garde et fixé toutes les modalités et conditions accessoires. Toutefois, nous ne sommes pas tenus à la déférence lorsqu'il s'agit de réviser une décision sur une question de droit, notamment celle de savoir quels

devraient être les critères applicables aux fins de déterminer si un changement de situation important est survenu, en quoi consiste l'intérêt de l'enfant ou à quel moment le juge saisi de la motion omet de motiver suffisamment sa décision. [par. 10]

## VI. Analyse

[21] Dans sa motion pour mesures provisoires, l'épouse a sollicité la possession exclusive du foyer matrimonial dans l'attente de la décision finale sur la répartition des biens matrimoniaux. En réponse, l'époux a demandé la vente immédiate du foyer matrimonial, puisque les parties n'avaient pas les moyens de le conserver et que, s'il continuait de contribuer au paiement de l'hypothèque, il ne pourrait pas quitter la maison de ses parents et se trouver un autre logement.

A. *Premier moyen – La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur de droit en ordonnant la vente du foyer matrimonial des parties à titre de mesure provisoire, bien que la propriété n'ait pas été exposée à un risque immédiat?*

[22] Dans *Legault c. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (QL), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) a traité de l'objet 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. [Soulignement ajouté; par. 4]

[23] En l'espèce, l'ordonnance provisoire sortait largement du cadre des [TRADUCTION] « solutions raisonnablement acceptables ». L'ordonnance, si elle n'avait pas été suspendue, aurait changé, de manière irréversible et significative, la vie non seulement de l'épouse, mais aussi des enfants des parties.

[24] Selon moi, ce n'est pas le type de décision qu'il fallait prendre sur le seul fondement d'une preuve par affidavit, à l'issue d'une audience d'une heure au cours de laquelle aucun témoignage de vive voix n'a été présenté.

[25] Il se peut que le foyer matrimonial doive éventuellement être vendu, mais ordonner la vente du foyer à titre provisoire uniquement parce que les parties ont des difficultés financières est prématuré et crée un dangereux précédent. Il n'apparaît pas clairement, non plus, comment le versement en fiducie du produit de la vente du foyer matrimonial, en attendant le règlement définitif de l'affaire, pourrait aider le moins les parties, qui éprouvent des problèmes financiers.

[26] Dans *Noel c. Butler*, 2014 NBBR 55, 415 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 377, le juge Walsh a rejeté une demande de vente du foyer matrimonial à titre de mesure provisoire, et il a traité du seuil qu'il faudrait atteindre pour le convaincre de rendre une ordonnance différente :

[TRADUCTION]  
[...] Néanmoins, même si l'on accepte que notre Cour a la compétence voulue pour ordonner la vente du foyer à ce stade préliminaire (voir *Dion c. Roy*, 2013 NBBR 178), on ne m'a pas convaincu d'exercer mon pouvoir discrétionnaire de le faire. Je m'en remets plutôt au statu quo de fait. Voici en résumé les motifs sur lesquels je me fonde :

- (i) Il n'existe par ailleurs aucun besoin pressant d'ordonner la vente du foyer à ce stade – il n'y a pas d'hypothèque à rembourser (ou susceptible de présenter un risque) et, contrairement aux allégations de l'intimée, aucune preuve convaincante que le requérant soit en train de dilapider la propriété ou de la mettre en péril et aucun élément de preuve n'indique que l'intimée ne dispose pas d'un hébergement approprié ou des moyens financiers voulus pour se trouver provisoirement un tel hébergement – et il semblerait qu'à cette époque de l'année, le moment soit mal choisi pour procéder à une vente.
- (ii) C'est le juge du procès qui devrait disposer de la souplesse voulue pour déterminer, après avoir procédé à un examen approprié de la situation dans son ensemble en ce qui concerne les demandes en equity, dans quelles circonstances le foyer devrait être vendu (et, éventuellement, qui devrait avoir un droit de premier refus, s'il dispose de ce pouvoir), quelle devrait être la répartition du produit de la vente et quels sont les rajustements qui devraient être ordonnés, s'il y a lieu, pour tenir compte du fait qu'une des parties a occupé le foyer avant la tenue du procès.
- (iii) Il est de l'intention de la Cour, dans l'exercice de ses pouvoirs inhérents de contrôler sa propre procédure, d'ordonner la mise au rôle de l'affaire afin d'éviter tout autre retard. [Soulignement ajouté; par. 5]

[27] En l'espèce, je souscrirais aux propos du juge Walsh : le juge du procès qui rend la décision finale, après avoir entendu la preuve des deux parties, est le mieux placé pour déterminer ce qu'il doit advenir du foyer matrimonial.

[28] Dans sa décision, la juge saisie de la motion s'est fondée sur l'article 11 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.R.N.-B. 2012, ch. 107, qui prescrit ce qui suit :

**11** In or pending an application under section 3 or 4, the Court may make such interim orders as it considers necessary for restraining the disposition or impoverishment of any property that may be divided under this Act and for the possession, delivering up, safekeeping and preservation of the property.

**11** Dans le cas ou dans l'attente d'une requête présentée en vertu de l'article 3 ou 4, la Cour peut rendre les ordonnances provisoires qu'elle estime nécessaires pour empêcher la disposition ou l'appauvrissement de tout bien qui peut être réparti en vertu de la présente loi et pour sa possession, sa remise, sa bonne garde et sa conservation.

[29] À mon avis, la Cour du Banc du Roi ne disposait d'aucune preuve montrant que le foyer matrimonial était exposé à un risque d'appauvrissement ou de disposition. Dans son affidavit, l'époux fait état de versements hypothécaires tardifs tout au long de la relation entre les parties, mais aucune preuve n'indique que ces défauts de paiement ont exposé le foyer à un risque d'exercice du pouvoir de vente.

[30] Dans son affidavit, lorsqu'il a parlé de paiements hypothécaires [TRADUCTION] « manqués », l'époux a mentionné un état du compte de prêt hypothécaire. L'examen de cet état de compte fait voir clairement que, même si certains paiements ont été effectués quelques jours après leur échéance, il ne s'agissait pas de paiements [TRADUCTION] « manqués ». Il ne semble pas que l'institution financière ait avisé les parties à quelque moment que ce soit qu'elle exercerait le pouvoir de vente prévu dans l'acte hypothécaire. Il est donc évident que le bien n'a été exposé à aucun risque de disposition ou d'appauvrissement, pour reprendre les termes employés à l'art. 11 de la *Loi*.

[31] Dans son affidavit, l'époux mentionne aussi un jugement enregistré précédemment grevant le foyer matrimonial, mais il a aussi concédé que la créance judiciaire avait été payée et radiée.

[32] Le pouvoir conféré par l'art. 11 de la *Loi* est censé n'être exercé que dans des circonstances extrêmes, lorsque le bien matrimonial est exposé à un risque évident et discernable. L'ordonnance provisoire est sortie du cadre des [TRADUCTION] « solutions raisonnablement acceptables » visées dans l'arrêt *Legault*.

[33] L'épouse affirme que la prestation alimentaire octroyée par la juge saisie de la motion lui aurait permis d'effectuer les paiements hypothécaires requis en attendant le procès.

[34] Dans *B.D.Q. c. J.A.S.Q.*, 2017 NBBR 12, [2017] A.N.-B. n° 15 (QL), la juge DeWare (tel était alors son titre) a refusé d'accorder une ordonnance en vertu de l'art. 11 de la *Loi*. Elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Afin d'accorder une ordonnance en vertu des articles 11 et 25 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, la Cour doit être convaincue, selon moi, que cela assurera la bonne garde et la conservation de la propriété. L'auteur de la motion ne s'est pas acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait afin de me convaincre que tel était bien le cas.  
[par. 25]

[35] En l'espèce, l'examen du dossier ne révèle l'existence d'aucune preuve montrant de quelle manière l'ordonnance sollicitée en vertu de l'art. 11 de la *Loi* [TRADUCTION] « assurera la bonne garde et la conservation de la propriété ». Même si les parties n'ont pas contesté avoir éprouvé des difficultés financières par le passé, rien n'indique que le foyer matrimonial était susceptible de faire l'objet d'un pouvoir de vente exercé par l'institution financière titulaire des hypothèques.

B. *Deuxième moyen – La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur de droit en interprétant comme elle l'a fait la jurisprudence se rapportant à sa compétence d'ordonner la vente d'un foyer matrimonial à titre de mesure provisoire?*

[36] L'époux n'était pas représenté lors de l'audition de l'appel. Comme nous ne pouvions compter sur un avocat pour obtenir des réponses approfondies sur ce moyen, et comme j'accueillerais l'appel sur le fondement des autres moyens, je reporterais à un autre jour l'examen de la question de savoir si la juge saisie de la motion avait compétence pour ordonner, dans le cadre d'une motion pour mesures provisoires, la vente d'un foyer matrimonial.

C. *Troisième moyen – La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur en émettant comme hypothèse que l'épouse n'avait pas les moyens de conserver le foyer matrimonial?*

[37] L'épouse affirme que la juge saisie de la motion a émis comme hypothèse, à l'audience, que la propriété serait exposée à un risque si elle en obtenait la possession exclusive. Lors de l'audience, la juge a dit deux fois que reporter la vente du foyer matrimonial revenait à [TRADUCTION] « reporter l'inévitable », et elle a mis en doute l'aptitude de l'épouse à effectuer les paiements requis s'il lui était ordonné d'en acquitter le plein montant.

[38] À l'audition de la motion, toutefois, l'épouse s'est vu accorder une prestation alimentaire pour enfants, et il a été ordonné à l'époux de contribuer aux dépenses liées au foyer matrimonial. Le montant attribué suffisait presque à acquitter les paiements pour les deux hypothèques grevant le foyer. Selon le dossier dont la juge saisie de la motion disposait, l'épouse gagne environ 40 000 \$ par année, ce qui contribue aussi aux paiements hypothécaires et aux dépenses du ménage. Aucun élément de preuve n'indiquait à la juge que l'épouse ne pourrait pas assurer l'entretien de la propriété et effectuer les paiements hypothécaires.

[39] Dans *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] A.N.-B. n° 203 (QL), la juge d'appel Baird s'est exprimée au nom de la Cour :

[...] Le juge de première instance fonde sa décision sur cette preuve et il lui est interdit d'émettre des hypothèses ou de « combler les vides ». [...] [par. 23]

[40] Tel qu'il a été mentionné, l'audition de la motion a duré une heure et les parties ont uniquement eu recours à une preuve par affidavit. Aucune preuve n'a été présentée quant aux réseaux de soutien ou aux autres ressources financières à la disposition de l'une ou l'autre partie. Bien que la juge saisie de la motion ait supposé que le foyer devrait finalement être vendu, cette supposition n'était pas étayée par une preuve suffisante.

VII. Conclusion et dispositif

[41] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais l'appel et j'infirmierais l'ordonnance de la juge saisie de la motion prescrivant la vente immédiate du foyer matrimonial. Le sort à réserver au foyer devrait être décidé au procès, ou auparavant, si les parties peuvent convenir d'une solution quant à sa disposition. Je condamnerais l'époux à verser des dépens de 2 500 \$ à l'épouse.