

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

102-11-CA

K.L.S.

(Respondent) APPELLANT

- and -

D.R.S.

(Petitioner) RESPONDENT

K.L.S. v. D.R.S., 2012 NBCA 16

CORAM:

The Honourable Justice Bell  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
June 23, 2011

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
November 22, 2011

Judgment rendered:  
February 23, 2012

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Green

Concurred in by:  
The Honourable Justice Bell

Dissenting reasons by:  
The Honourable Justice Quigg

K.L.S.

(Intimée) APPELANTE

- et -

D.R.S.

(Requérant) INTIMÉ

K.L.S. c. D.R.S., 2012 NBCA 16

CORAM :

L'honorable juge Bell  
L'honorable juge Quigg  
L'honorable juge Green

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 23 juin 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu :  
Le 22 novembre 2011

Jugement rendu :  
Le 23 février 2012

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Green

Souscrit aux motifs :  
L'honorable juge Bell

Motifs dissidents :  
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant :  
Ferne M. Ashford

For the respondent:  
Kelly A. Driscoll

THE COURT

The appeal is allowed. The petition for divorce is granted, and the matter is remitted to the trial judge for determination of the outstanding issues between the parties. There is no order of costs.

Quigg J.A., dissenting, would have dismissed the appeal.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :  
Ferne M. Ashford

Pour l'intimé :  
Kelly A. Driscoll

LA COUR

L'appel est accueilli. La requête en divorce est accueillie, et l'affaire est renvoyée à la juge du procès pour qu'elle statue sur les autres questions en litige entre les parties. La Cour n'accorde aucuns dépens.

La juge Quigg, dissidente, aurait rejeté l'appel.

The following are the reasons delivered by

QUIGG J.A. (dissenting)

[1] I have had the benefit of reviewing my colleagues' reasons for judgment and I agree with the standard of review they identify as having to be met on an appeal of family law cases: considerable deference to the trial judge's decision, unless there has been material error, a misapprehension of the evidence or an error of law. With respect, however, I do not agree with their conclusion that the trial judge erred in law by giving "undue weight" to one factor when determining whether the criteria contained in s. 8(2)(a) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2<sup>nd</sup> Supp.), had been met. In my view, this case is an example of why appellate courts should be reluctant to interfere with the exercise of discretionary power by a trial judge in her determination of a family law matter.

[2] This case involves a couple seeking a divorce, corollary relief and a division of marital property. The judge determined they had not met the criterion set out in s. 8(2)(a) of the *Divorce Act* : to have lived separate and apart for at least one year. Accordingly, she held she lacked jurisdiction to grant the divorce, order corollary relief or an order for the division of marital property. The relevant portions of s. 8 of the *Divorce Act* read as follows :

**Breakdown of marriage**

**8. (2)** Breakdown of a marriage is established only if

(a) the spouses have lived separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or

[...]

**Divorce**

**8. (2)** L'échec du mariage n'est établi que dans les cas suivants :

a) les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l'action en divorce et vivaient séparément à la date d'introduction de l'instance;

[...]

**Calculation of period of separation**

**Calcul de la période de séparation**

**8.(3)** For the purposes of paragraph (2)(a),

**8.(3)** Pour l'application de l'alinéa (2)a) :

[...]

[...]

(b) a period during which spouses have lived separate and apart shall not be considered to have been interrupted or terminated

b) il n'y a pas interruption ni cessation d'une période de vie séparée dans les cas suivants :

(i) by reason only that either spouse has become incapable of forming or having an intention to continue to live separate and apart or of continuing to live separate and apart of the spouse's own volition, if it appears to the court that the separation would probably have continued if the spouse had not become so incapable, or

(i) du seul fait que l'un des époux est devenu incapable soit d'avoir ou de concevoir l'intention de prolonger la séparation, soit de la prolonger de son plein gré, si le tribunal estime qu'il y aurait eu probablement prolongation sans cette incapacité,

(ii) by reason only that the spouses have resumed cohabitation during a period of, or periods totalling, not more than ninety days with reconciliation as its primary purpose.

(ii) du seul fait qu'il y a eu reprise de la cohabitation par les époux principalement dans un but de réconciliation pendant une ou plusieurs périodes totalisant au plus quatre-vingt-dix jours.

[3] In this case, appellant wife had petitioned for divorce on the ground that there had been a breakdown of the marriage by reason that the parties had been living separate and apart for at least a year. During direct examination, the respondent husband testified that although they had separated in February 2010, they agreed to resume a sexual relationship in May 2010. The trial judge described this in her oral decision:

In his direct examination Mr. [S.] testified that in May 2010, Ms. [S.] approached him about having sexual relations. After discussion about her rules and boundaries that same night, and for the following three consecutive nights they had sexual intercourse. They continued to have sexual intercourse at both of their residences until February 2011, the month preceding the commencement of trial.

[p. 2]

[4] The trial judge concluded:

In this case while I accept that the parties separated on February 10, 2010, perhaps with the intention of living separate and apart from each other, I do not accept that that intention continued after they began engaging in sexual relations which were neither infrequent nor occasional, and continued for ten of the eleven months preceding the hearing of the divorce petition. [p. 6]

[5] In her decision, the trial judge identified the provisions of the *Divorce Act* which are relevant to the ground for divorce pled by the petitioner, as well as the section which deals with the calculation of the period of separation. She was clear in her finding that neither party took the position that they had resumed cohabitation for periods not totalling more than 90 days with reconciliation as its primary purpose by reason of their sexual relationship between May 2010 and February 2011. The trial judge extensively reviewed jurisprudence and scholarly works respecting the topic. She correctly stated that much of the jurisprudence provided to her by counsel, as well as cases she found on her own accord, were decided when the 1968 *Divorce Act* was in effect and the requisite period of separation to establish breakdown of a marriage was three years. Thus, many cases relied upon pre-date the 1985 *Divorce Act*, which changed the length of time required to meet the ground of “breakdown of the marriage” to one year.

[6] The trial judge indicated she was aware of jurisprudence from other superior courts and the criteria established in some of these cases. She stated:

In *Dupere v. Dupere* 1974 CarswellNB 187, Limerick J.A. in a minority opinion adopted the eight criteria set out in *Cooper v. Cooper* necessary to establish that spouses are living separate and apart under the same roof. One of those is the absence of sexual relations. He added a further criteria which is not relevant to this [proceeding]. In my opinion the parties have failed to establish that they were living separate and apart for at least one year preceding the determination of their divorce proceeding. [p. 6]

[7] Some of the jurisprudence cited by the judge was contrary to that put before her by counsel for the parties. In *Foote v. Foote*, [1970] O.J. No. 1655 (H.C.J.) (QL), it was held that the words “separate and apart” in the *Divorce Act* meant the parties must be completely divided and withdrawn from intercourse and each other’s society (at para. 12). Thus, where the parties to a divorce action had taken part in a casual act of intercourse during the separation period, the petition was dismissed. Therefore, it is apparent that conflicting jurisprudence exists at the superior court level nationally, and it was up to the trial judge to determine whether the threshold had been met in the case before her. It is apparent the trial judge made her determination based on the length of the relationship and its intimate nature. As Richard J.A. stated in dissent in *Yorke v. Yorke*, 2011 NBCA 79, 378 N.B.R. (2d) 141:

Time and again we have said it is not the role of the Court of Appeal to retry the case or to substitute its own discretion based on the weighing of the evidence. Granted, if the judge commits an error in law or an error in the application of the governing principles, the Court of Appeal is justified to intervene. In my view, there is no such error in this case. [para. 66]

It should be noted that no jurisprudence from this Court, or other Courts of Appeal were cited on this point, and jurisprudence from superior courts of other jurisdictions did not bind this Queen’s Bench judge.

[8] My colleagues have determined the trial judge erred in law in coming to her determination. I do not agree. It is apparent from the judge’s decision she was cognizant of the criteria utilized in other courts, applied it and determined, based on the evidence, the parties’ sexual relationship had been ongoing for “ten of the eleven months preceding the hearing of the divorce” (p. 6). This was a large enough obstacle to impede their claim to have been living separate and apart for at least one year preceding the determination of the divorce. The judge was required to make findings of fact on the basis of the evidence she had before her and concluded they did not meet the statutory criteria. This was a finding of fact that is, in my view, supported by the evidence. This

decision should be afforded deference as there is no error of law and no palpable and overriding error was made by the judge. As Richard J.A. observed in *Yorke*:

[...] this case is a perfect illustration of why considerable deference is owed to a trial judge in family law matters. The case exemplifies how trial judges are called upon to weigh a myriad of factors and to apply fluid principles such as fairness, reasonableness and equity in making decisions often in the face of incomplete evidence and sometimes in light of very unusual sets of circumstances. [...] However, if the judge applies both the right test and acts on the governing principles, the ultimate decision reached by weighing the relevant factors is one that, in my respectful view, must be accorded deference. [para. 73]

In this case, the judge applied the proper provisions of the *Divorce Act* and illustrated that she was aware of criteria found in jurisprudence, but in considering the parties' relationship, she found they did not meet the requirements to obtain a divorce. Unlike an analysis of ss. 15.1(4) and 17(4) of the *Divorce Act*, where undue weight to individual criteria must not be given, this judge had one question to answer: had the parties lived separate and apart for more than one year? Her answer was no. This determination must, in my respectful view, be accorded deference.

[9] In the present case, I find no error on the part of the trial judge that would justify appellate interference. She interpreted the evidence as a whole and, while it may be that another judge might give more weight to some of the factors the judge was called upon to consider, the fact is that this judge applied the law and considered the relevant factors in coming to her ultimate determination of the issues at hand (see para. 74 of *Yorke*).

[10] It is dangerous for an appellate court to begin overturning trial judges' decisions on the ground that too much or too little weight was given to one factor to be examined. On the other hand, to give no weight, or to ignore a factor is a different matter. This did not occur in this case. The other problem with which I am concerned is the ability of trial and appellate courts to abrogate the criteria found in s. 8(2)(a) of the

*Divorce Act*, should they feel the legislation is unresponsive to modern realities. Although we may not always agree with current legislation, it serves a purpose, and it is Parliament's task to determine what legislation should be enacted and what criteria must be met. In this case, the judge was placed in a position where she had to determine whether s. 8(2)(a) was met, and reviewed a raft of jurisprudence from superior courts regarding factors to be weighed when determining whether the section had been met. The trial judge made the decision that it had not.

[11] To conclude, the reasons for decision contain no error in law, no error in principle and no misapprehension of the evidence that would permit appellate interference. For these reasons, I would dismiss the appeal.



The judgment of Bell and Green JJ.A. was delivered by

GREEN J.A.

I. Introduction

[12] The parties are a separated couple seeking a divorce, corollary relief, and a division of marital property. In an oral decision dated June 23, 2011, a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, held that their period of separation had been interrupted, and dismissed the Petition for Divorce. As a result, the trial judge held she had no jurisdiction to make an order for corollary relief, and declined to make an order for the division of marital property. The appellant sought to have the decision set aside and the matter remitted to the trial judge. On appeal, the majority of the Court was of the view the appeal should be allowed, the divorce granted, and the outstanding issues relating to corollary relief and the division of property remitted to the trial judge. We indicated that written reasons would follow.

II. Background

[13] The parties were married on March 31, 2004, and separated on February 10, 2010. There is one child of the marriage, born June 14, 2007. The respondent filed a Petition for Divorce on March 2, 2010, citing as grounds that there had been a breakdown of the marriage by reason of the fact that the spouses had lived separate and apart since February 3, 2010. At trial, the parties agreed the actual date of separation was February 10, 2010.

[14] In the course of the trial, the respondent testified that in May, 2010, the appellant approached him about having sexual relations. Certain rules and boundaries were discussed and agreed upon, with the result that the parties engaged in sexual intercourse that night, on the following three consecutive nights, and on various occasions thereafter until February, 2011. Aside from the initial encounters mentioned,

there was no evidence presented at trial to establish the frequency of sexual activity between the parties.

### III. Issues

[15] The appellant attributes the following errors to the trial judge:

- (1) Concluding the parties had failed to establish a breakdown of their marriage;
- (2) Concluding she did not have jurisdiction to make an order for corollary relief and/or an order for the division of marital property; and
- (3) Improperly interpreting sections 8(1), 8(2)(a) and 8(3) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2<sup>nd</sup> Supp.), in “determining that the sexual contact between the parties following separation dictated that the parties had failed to establish that they had lived separate and apart for a period of one year preceding their divorce”.

[16] This appeal presents the rather unusual dynamic of having the appellant and respondent in complete agreement on the issues, the arguments, and the desired outcome. Following the appellant’s submission to the Court, the respondent simply and effectively endorsed what had been presented with the words, “We completely support the appellant’s position”. In short, the parties wished to be divorced, were of the shared conviction that they had been living separate and apart for the requisite amount of time, and were in agreement that the trial judge had erred as outlined above.

IV. Law and Analysis

A. *The Decision at Trial*

[17] The critical passages of the trial judge's decision are reproduced below:

In this case while I accept that the parties separated on February 10, 2010, perhaps with the intention of living separate and apart from each other, I do not accept that that intention continued after they began engaging in sexual relations which were neither infrequent nor occasional, and continued for ten of the eleven months preceding the hearing of the divorce petition.

In *Dupere v Dupere* 1974 Carswell NB 187, Limerick, JA in a minority opinion adopted the eight criteria set out in *Cooper v Cooper* necessary to establish that spouses are living separate and apart under the same roof. One of those is the absence of sexual relations. He added a further criteria which is not relevant to this [proceeding]. In my opinion the parties have failed to establish that they were living separate and apart for at least one year preceding the determination of their divorce proceeding.

I find their separation was interrupted for the period of eight months between May 2010 and February 2011. The Petition for Divorce is therefore dismissed. It follows that the court has no jurisdiction to make an order for corollary relief. I make no order for a division of property under the *Marital Property Act* as it is inextricably entwined with the part of the claim for corollary relief. [p. 6]

B. *The Standard of Review*

[18] In *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, Larlee J.A. set out the standard of review to be applied in family law cases, emphasized the importance of deference to the trial judge, and discussed the appropriate basis for appellate intervention:

The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 2001 SCC 60. The Supreme Court of Canada set out a standard of considerable deference for the decisions of trial courts in cases of family law. Intervention on appeal requires that there have been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law. A material error is further explained:

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. [para. 15]

Speaking for the Court, Bastarache J. further clarified that "an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion" (para. 15). See this Court's decisions on the application of the deferential standard: *MacLean v. MacLean* (2004), 274 N.B.R. (2d) 90, [2004] N.B.J. No. 363 (QL), 2004 NBCA 75 at para. 18; *J.P. v. R.R.* (2004), 278 N.B.R. (2d) 351, [2004] N.B.J. No. 467 (QL), 2004 NBCA 98 at para. 27; *Scott v. Scott* (2004), 278 N.B.R. (2d) 61, [2004] N.B.J. No. 468 (QL), 2004 NBCA 99 at para. 32 and *Boudreau v. Brun* (2005), 293 N.B.R. (2d) 126, [2005] N.B.J. No. 501 (QL), 2005 NBCA 106 at para. 5. [paras. 8-9]

### C. *The Legislative Framework*

[19] The relevant provisions of the *Divorce Act* relied upon at trial and on appeal, are as follows:

## **Divorce**

**8.** (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, grant a divorce to the spouse or spouses on the ground that there has been a breakdown of their marriage.

### **Breakdown of marriage**

(2) Breakdown of a marriage is established only if

(a) the spouses have lived separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or

(b) the spouse against whom the divorce proceeding is brought has, since celebration of the marriage,

(i) committed adultery, or

(ii) treated the other spouse with physical or mental cruelty of such a kind as to render intolerable the continued cohabitation of the spouses.

### **Calculation of period of separation**

(3) For the purposes of paragraph (2)(a),

(a) spouses shall be deemed to have lived separate and apart for any period during which they lived apart and either of them had the intention to live separate and apart from the other; and

(b) a period during which spouses have lived separate and apart shall not be considered to have been interrupted or terminated

(i) by reason only that either spouse has become incapable of forming or having an intention to continue to live separate and apart or of continuing to live separate and apart of the spouse's own volition, if it

## **Divorce**

**8.** (1) Le tribunal compétent peut, sur demande de l'un des époux ou des deux, lui ou leur accorder le divorce pour cause d'échec du mariage.

### **Échec du mariage**

(2) L'échec du mariage n'est établi que dans les cas suivants :

a) les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l'action en divorce et vivaient séparément à la date d'introduction de l'instance;

b) depuis la célébration du mariage, l'époux contre qui le divorce est demandé a :

(i) soit commis l'adultère,

(ii) soit traité l'autre époux avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation.

### **Calcul de la période de séparation**

(3) Pour l'application de l'alinéa (2)a) :

a) les époux sont réputés avoir vécu séparément pendant toute période de vie séparée au cours de laquelle l'un d'eux avait effectivement l'intention de vivre ainsi;

b) il n'y a pas interruption ni cessation d'une période de vie séparée dans les cas suivants :

(i) du seul fait que l'un des époux est devenu incapable soit d'avoir ou de concevoir l'intention de prolonger la séparation, soit de la prolonger de son plein gré, si le tribunal estime qu'il y aurait eu probablement

appears to the court that the separation would probably have continued if the spouse had not become so incapable, or

(ii) by reason only that the spouses have resumed cohabitation during a period of, or periods totaling, not more than ninety days with reconciliation as its primary purpose.

prolongation sans cette incapacité,

(ii) du seul fait qu'il y a eu reprise de la cohabitation par les époux principalement dans un but de réconciliation pendant une ou plusieurs périodes totalisant au plus quatre-vingt-dix jours.

D. *Separate and Apart*

[20] The courts are periodically called upon to determine whether or not spouses are living separate and apart for the purposes of s. 8(2)(b), even though they both continue to reside in the marital home. The existing case law (see, for example, *Teillet v. Teillet*, [1997] M.J. No. 135 (Q.B.) (QL); *Cooper v. Cooper*, [1972] O.J. No. 975 (H.C.J.) (QL) and *Dupere v. Dupere* (1974), 9 N.B.R. (2d) 554, [1974] N.B.J. No. 148 (S.C.Q.B.D.) (QL), *aff'd* (1974), 10 N.B.R. (2d) 148, [1974] N.B.J. No. 169 (C.A.) (QL)) discloses a number of factors which are to be considered, including:

1. Do the parties occupy separate bedrooms?
2. Do the parties engage in sexual relations?
3. How do the parties communicate with one another?
4. Is there any sharing of domestic responsibilities?
5. Do the parties share meals together?
6. Do the parties engage in social or recreational activities with one another?
7. Do the parties share "facilities", such as watching television together?
8. Is there any valid reason for the parties to be living under the same roof?

[21] Obviously, the factors enumerated above are not entirely applicable to fact situations such as that found in the case at bar, but they do offer a useful starting point. When the Court is called upon to determine whether or not spouses who are not cohabitating are living separate and apart for the purposes of the *Divorce Act*, the following should be considered:

1. Are the parties actually living in separate residences?
2. How do the parties communicate with one another?
3. Do the parties engage in sexual relations?
4. Do the parties share meals together?
5. Do the parties attend or engage in social or recreational activities together?
6. Do the parties share domestic responsibilities (such as cleaning, maintenance, or renovation work) pertaining to the marital home, even though they no longer reside together?
7. Do the parties spend time together in private, engaged in the types of routine activities married couples or families often do together, such as watching television?
8. Do the parties travel or vacation together, or spend time together celebrating holidays or special occasions?
9. How do the parties present themselves to family, friends, and the community at large?

[22] This list is not intended to be exhaustive. As part of an analytical framework, these and similar factors should be considered collectively, and the Court should base its finding on whether the parties are at law living separate and apart based on the whole of the evidentiary record. It is not necessary for each individual factor to point conclusively to legal separation. As well, no one factor should be given undue weight, especially to the exclusion of some or all of the others which may point to a contrary result.

[23] The courts long ago accepted the possibility that an estranged couple may at law be living separate and apart, even though they continue to reside under the same roof. That said, surely we must also be open to the possibility that an estranged couple who no longer share a residence may at law be living separate and apart even though, for whatever reason, they continue to engage in consensual sexual activity with one another.

[24] Had the inquiry at trial looked at all or most of the factors set out above, the following picture would have emerged:

- The respondent maintains a separate residence, which he has arranged in such a way that the parties' child has a second home there.
- The parties do not communicate well, argue frequently, and what communication does take place is sometimes hostile. There are allegations of abuse between the parties, and both testified their relationship included name-calling.
- As discussed, the parties did engage in sexual relations with one another.
- The only meal shared together was on the child's birthday.
- The parties do not attend or engage in social or recreational activities together. In fact, on those occasions when the parties would both be in attendance at their child's activities, or happen to see one another in the community, the encounters could be problematic.



- The parties do not travel or vacation together, and with the exception of a two-hour period at Easter, do not spend holiday time together as a family.
- The parties present themselves to others as being separated and not on good terms.

[25] Only one of these factors suggests that perhaps the parties were not living separate and apart, that being an ongoing sexual relationship. Although the case law from trial courts across the country is not uniform, this fact alone should not, and in my opinion does not in this case, constitute an interruption of separation.

[26] In *Greaves v. Greaves*, [2004] O.J. No. 2522 (S.C.J.) (QL), the Court held as follows:

I accept the evidence of Mr. Greaves witnesses confirming the objective perception that this couple was separated. They did not socialize as a couple. They did not routinely eat together as a family. They did not attend the same church. **Although they had a consistent sexual relationship, I cannot find this determinative, any more than the absence of a sexual relationship would be.**

[Emphasis added.] [para. 37]

[27] Two recent cases out of the British Columbia courts are also helpful. In *G.A.W. v. C.M.P.*, 2010 BCSC 532, [2010] B.C.J. No. 710 (QL), Savage J. held:

The question arises whether there was a reconciliation within the meaning of section 8(3) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2<sup>nd</sup> Supp.) or whether the facts support there being a continuation of the marriage. Did the nature and frequency of the parties continuing contact constitute either a continuation of the marriage or cohabitation with reconciliation as its primary purpose over the requisite period? [...]

The nature of the contact belies the resumption of the married state. There were no joint responsibilities or obligations assumed. There was no commitment to a married state. The parties never presented themselves to the world as partners, or co-mingled their affairs, in a way which would indicate a joint intention to resume a married state. The parties represented themselves to third parties as single and unmarried. [paras. 29-30]

[28] Fenlon J. in *Oliver v. Oliver*, 2011 BCSC 1126, [2010] B.C.J. No. 1581 (QL), makes the following pertinent observation:

In general, when parties choose to live in separate residences (other than temporarily because of work or educational demands), they lack one of the foundational elements of a marriage. Absent a mutual intention to reconcile, they may continue to have a relationship of sorts, but it will not be a marriage. [para. 98]

I would make the same comment about these parties. Whatever label one may place on their relationship during the period of sexual contact after February 10, 2010, it was not a marriage.

[29] With respect, when the trial judge chose to focus on a single issue in determining whether the parties were living separate and apart for the requisite period, and did not address any factors other than sexual activity in her decision, she fell into error and opened the door for appellate intervention. In my opinion, it was an error of law to give undue weight to one factor, and no weight whatsoever to the various other factors.

[30] On the issue of reconciliation, I will comment briefly. Both parties testified that reconciliation was not their intention when they met to engage in intimate contact. It is ironic that had they characterized these sexual encounters as attempts to reconcile (and on the assumption that the 90-day time limitation set out in s. 8(3)(b)(ii) of

the *Divorce Act* was respected), apparently the question of whether they were living separate and apart would have been answered much more simply.

V. Conclusion

[31] On balance, the evidence in this case is strongly weighted in favour of a finding that in fact, and at law, the parties have been living separate and apart since February 10, 2010. For that reason, the majority of the Court determined that the appeal should be allowed, the Petition for Divorce granted, and the matter remitted to the trial judge, who has already heard a considerable volume of evidence, to deal with the remaining issues between the parties.

[32] In the unusual circumstances of this case, in which both parties adopted the same position and argument on appeal, I would make no order of costs.

LA JUGE QUIGG (Dissidente)

[1] J'ai eu l'avantage d'examiner les motifs de jugement de mes collègues, et je souscris à leur indication de la norme de contrôle à laquelle il doit être satisfait en appel dans les affaires de droit de la famille : une grande retenue envers la décision du juge du procès, à moins qu'il n'y ait eu une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit. Toutefois, avec égards, je ne souscris pas à leur conclusion voulant que la juge du procès ait commis une erreur de droit en accordant une « importance indue » à un seul facteur au moment de déterminer si les critères énoncés à l'al. 8(2)a) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), avaient été remplis. À mon avis, la présente espèce est un exemple qui montre pourquoi les tribunaux d'appel devraient hésiter à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès lorsqu'elle statue sur une affaire de droit de la famille.

[2] Il s'agit en l'espèce d'un couple qui demande un divorce, des mesures accessoires et la répartition des biens matrimoniaux. La juge a déterminé que les époux n'avaient pas satisfait au critère énoncé à l'al. 8(2)a) de la *Loi sur le divorce* : avoir vécu séparément pendant au moins un an. En conséquence, elle a déclaré qu'elle n'avait pas la compétence requise pour accorder le divorce, ordonner des mesures accessoires ou ordonner la répartition des biens matrimoniaux. Les extraits pertinents de l'art. 8 de la *Loi sur le divorce* sont libellés comme suit :

**Breakdown of marriage**

**8. (2)** Breakdown of a marriage is established only if

(a) the spouses have lived separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or

[...]

**Divorce**

**8. (2)** L'échec du mariage n'est établi que dans les cas suivants :

a) les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l'action en divorce et vivaient séparément à la date d'introduction de l'instance;

[...]

**Calculation of period of separation**

**Calcul de la période de séparation**

8.(3) For the purposes of paragraph (2)(a),

8.(3) Pour l'application de l'alinéa (2)a) :

[...]

[...]

(b) a period during which spouses have lived separate and apart shall not be considered to have been interrupted or terminated

b) il n'y a pas interruption ni cessation d'une période de vie séparée dans les cas suivants :

(i) by reason only that either spouse has become incapable of forming or having an intention to continue to live separate and apart or of continuing to live separate and apart of the spouse's own volition, if it appears to the court that the separation would probably have continued if the spouse had not become so incapable, or

(i) du seul fait que l'un des époux est devenu incapable soit d'avoir ou de concevoir l'intention de prolonger la séparation, soit de la prolonger de son plein gré, si le tribunal estime qu'il y aurait eu probablement prolongation sans cette incapacité,

(ii) by reason only that the spouses have resumed cohabitation during a period of, or periods totalling, not more than ninety days with reconciliation as its primary purpose.

(ii) du seul fait qu'il y a eu reprise de la cohabitation par les époux principalement dans un but de réconciliation pendant une ou plusieurs périodes totalisant au plus quatre-vingt-dix jours.

[3] En l'espèce, l'épouse appelante avait présenté une requête en divorce pour le motif qu'il y avait eu échec du mariage du fait que les parties avaient vécu séparément pendant au moins un an. En interrogatoire principal, le mari intimé a témoigné que bien que les époux se soient séparés en février 2010, ils ont accepté de renouer des relations sexuelles en mai 2010. La juge du procès a décrit la situation dans sa décision orale :

[TRADUCTION]

En interrogatoire principal, M. [S.] a témoigné qu'en mai 2010, M<sup>me</sup> [S.] lui a suggéré d'avoir des relations sexuelles. Après une discussion sur les règles et les limites qu'elle imposait, la nuit même et pendant les trois nuits suivantes, ils ont eu des relations sexuelles. Ils ont continué d'avoir des relations sexuelles à leurs deux domiciles jusqu'en février 2011, le mois précédant le début du procès.

[P. 2]

[4] La juge du procès a conclu :

[TRADUCTION]

En l'espèce, bien que j'admets que les parties se sont séparées le 10 février 2010, peut-être avec l'intention de vivre séparément, je n'admets pas que cette intention ait persisté après qu'elles ont commencé à avoir des relations sexuelles qui n'étaient ni rares ni occasionnelles et qui ont continué pendant 10 des 11 mois précédant l'audition de la requête en divorce. [P. 6]

[5] Dans sa décision, la juge du procès a indiqué les dispositions de la *Loi sur le divorce* qui sont pertinentes pour le motif de divorce plaidé par la requérante ainsi que l'article qui traite du calcul de la période de séparation. Elle a tiré clairement la conclusion qu'aucune des deux parties n'a soutenu qu'elles avaient recommencé à cohabiter pendant des périodes totalisant au plus 90 jours principalement dans un but de réconciliation, du fait des relations sexuelles qu'elles ont eues de mai 2010 à février 2011. La juge du procès a examiné à fond la jurisprudence et les ouvrages de doctrine à ce sujet. Elle a affirmé avec raison qu'une grande partie de la jurisprudence que lui ont fournie les avocats, ainsi que les précédents qu'elle a trouvés de son propre chef, ont été établis lorsque la *Loi sur le divorce* de 1968 était en vigueur et que la période de séparation requise pour prouver l'échec du mariage était de trois ans. Ainsi, de nombreuses affaires invoquées sont antérieures à la *Loi sur le divorce* de 1985, qui a changé la durée requise pour établir le motif d'« échec du mariage », la fixant à un an.

[6] La juge du procès a indiqué qu'elle était consciente de la jurisprudence d'autres cours supérieures et des critères établis dans certains de ces précédents. Elle a affirmé :

[TRADUCTION]

Dans l'arrêt *Dupere c. Dupere*, 1974 CarswellNB 187, le juge d'appel Limerick, dans une opinion minoritaire, a adopté les huit critères énumérés dans le jugement *Cooper c. Cooper* comme étant nécessaires pour établir que les époux vivent séparément sous le même toit. L'un de ces critères est l'absence de relations sexuelles. Il a ajouté un

critère additionnel, qui n'est pas pertinent pour la présente instance. À mon avis, les parties n'ont pas établi qu'elles ont vécu séparément pendant au moins un an avant la décision sur leur instance en divorce. [P. 6]

[7] Une partie de la jurisprudence invoquée par la juge était contraire à celle que lui ont présentée les avocats des parties. Dans le jugement *Foote c. Foote et al.*, [1970] O.J. No. 1655 (H.C.J.) (QL), il a été déclaré que le mot « séparés » dans la *Loi sur le divorce* veut dire que les parties doivent être totalement séparées et ne pas avoir de relations, tant sexuelles que sociales (au par. 12). Les parties à une action en divorce ayant eu une relation sexuelle occasionnelle pendant la période de séparation, la requête a été rejetée. Il est donc évident qu'il existe des divergences dans la jurisprudence des cours supérieures à l'échelle nationale, et il appartenait à la juge du procès de déterminer s'il avait été satisfait au critère en l'espèce. Il est évident que la juge du procès a rendu sa décision en tenant compte de la durée et du caractère intime de la relation. Comme l'a affirmé le juge d'appel Richard dans son opinion dissidente de l'arrêt *Yorke c. Yorke*, 2011 NBCA 79, 378 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 141 :

Maintes et maintes fois, nous avons affirmé que le rôle de la Cour d'appel ne consiste pas à juger l'affaire de nouveau ou à imposer sa propre opinion fondée sur l'appréciation de la preuve. Certes, si le juge a commis une erreur de droit ou une erreur dans l'application des principes directeurs, la Cour est justifiée d'intervenir. À mon avis, pareille erreur n'a pas été commise en l'espèce. [Par. 66]

Il faut remarquer qu'aucune jurisprudence de notre Cour ni d'autres cours d'appel n'a été invoquée sur ce point, et la juge de notre Cour du Banc de la Reine n'était pas liée par la jurisprudence des tribunaux d'autres ressorts.

[8] Mes collègues ont déterminé que la juge du procès a commis une erreur de droit en parvenant à sa décision. Je ne suis pas d'accord. La décision de la juge montre avec évidence qu'elle était consciente des critères utilisés par d'autres tribunaux, les a appliqués et a déterminé, à partir de la preuve, que les parties avaient eu des relations sexuelles pendant [TRADUCTION] « 10 des 11 mois précédant l'audition de la requête

en divorce » (p. 6). C'était un obstacle assez considérable pour nier la prétention voulant qu'elles aient vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé du divorce. La juge était tenue de tirer des conclusions de fait à partir de la preuve qui lui était présentée, et elle a conclu que les parties ne satisfaisaient pas aux critères de la *Loi*. C'était une conclusion de fait qui, à mon avis, est étayée par la preuve. Il faudrait exercer une grande retenue face à cette décision, car la juge n'a commis aucune erreur de droit ni aucune erreur manifeste et dominante. Comme l'a fait remarquer le juge d'appel Richard dans l'arrêt *Yorke* :

[...] la présente affaire illustre parfaitement pourquoi il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard des décisions des juges de première instance dans les affaires de droit de la famille. L'affaire illustre bien comment les juges de première instance sont appelés à sopeser une myriade de facteurs et à appliquer des principes fluides, tels que la justice, la raisonnable et l'équité, pour rendre leur décision souvent en présence d'une preuve incomplète et parfois à la lumière d'un ensemble de circonstances très inhabituelles. [...] Toutefois, si le juge applique le bon critère et s'appuie sur les principes directeurs, la décision finale à laquelle il parvient en sopesant les facteurs pertinents est, à mon humble avis, une décision à l'égard de laquelle il faut faire preuve de retenue. [Par. 73]

En l'espèce, la juge a appliqué les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* et a montré qu'elle était consciente des critères qu'on trouve dans la jurisprudence, mais en considérant la relation entre les parties, elle a conclu qu'elles ne répondaient pas aux exigences requises pour obtenir un divorce. Contrairement à une analyse au titre des par. 15.1(4) et 17(4) de la *Loi sur le divorce*, où il ne faut pas accorder une importance indue à un critère isolément, la juge en l'espèce devait répondre à une seule question : les parties avaient-elles vécu séparément pendant plus d'un an? Sa réponse était non. Cette décision, à mon humble avis, doit être traitée avec retenue.

[9] En l'espèce, je ne trouve de la part de la juge du procès aucune erreur qui justifierait une intervention en appel. Elle a interprété la preuve dans son ensemble, et bien qu'il soit possible qu'un autre juge ait accordé un plus grand poids à certains des



facteurs dont la juge était appelée à tenir compte, il reste que la juge a appliqué les principes de droit et a tenu compte des facteurs pertinents en parvenant à sa décision finale sur les questions soulevées (voir le par. 74 de l'arrêt *Yorke*).

[10] S'expose à certains dangers une cour d'appel qui commence à infirmer les décisions des juges de première instance pour le motif qu'ils ont accordé une importance excessive ou insuffisante à un facteur à considérer. Par contre, c'est une autre histoire lorsque le juge n'accorde aucun poids à un facteur ou le laisse de côté. Cela n'est pas arrivé en l'espèce. L'autre problème qui me préoccupe, c'est la capacité des tribunaux de première instance ou d'appel d'abroger les critères énoncés à l'al. 8(2)a) de la *Loi sur le divorce* s'ils trouvent que la législation ne correspond pas aux réalités modernes. Même si parfois nous serions d'avis de rejeter un texte législatif, celui-ci a sa raison d'être, et c'est au Parlement qu'il appartient de déterminer quelles lois devraient être adoptées et auxquels critères il doit être satisfait. En l'espèce, la juge se trouvait dans une situation où elle devait déterminer si les conditions de l'al. 8(2)a) étaient remplies et elle a examiné une abondante jurisprudence des cours supérieures au sujet des facteurs à soupeser pour déterminer si cette disposition était respectée. La juge du procès a conclu qu'elle ne l'était pas.

[11] Pour conclure, les motifs de la décision ne contiennent aucune erreur de droit, aucune erreur de principe et aucune erreur dans l'interprétation de la preuve qui permettraient une intervention en appel. Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

Version française du jugement des juges Bell et Green, rendu par

LE JUGE D'APPEL GREEN

I. Introduction

[12] Les parties sont un couple séparé qui demande le divorce, des mesures accessoires et la répartition des biens matrimoniaux. Dans une décision orale datée du 23 juin 2011, une juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, a conclu que leur période de séparation avait été interrompue et a rejeté la requête en divorce. En conséquence, la juge du procès a déclaré qu'elle n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance de mesures accessoires et a refusé de rendre une ordonnance de répartition des biens matrimoniaux. L'appelante a demandé que la décision soit infirmée et que l'affaire soit renvoyée à la juge du procès. En appel, la majorité de la Cour a été d'avis que l'appel devrait être accueilli, que le divorce devrait être accordé et que les questions en suspens relativement aux mesures accessoires et à la répartition des biens matrimoniaux devraient être renvoyées à la juge du procès. Nous avons alors indiqué que des motifs écrits suivraient.

II. Les faits

[13] Les parties se sont mariées le 31 mars 2004 et se sont séparées le 10 février 2010. Il y a un enfant à charge, né le 14 juin 2007. L'intimé a déposé une requête en divorce le 2 mars 2010, invoquant comme motif l'échec du mariage du fait que les époux vivaient séparément depuis le 3 février 2010. Au procès, les parties ont convenu que la date réelle de séparation était le 10 février 2010.

[14] Au cours du procès, l'intimé a témoigné qu'en mai 2010, l'appelante lui a suggéré d'avoir des relations sexuelles. On a discuté et accepté certaines règles et certaines limites, de sorte que les parties ont eu des relations sexuelles cette nuit-là et les trois nuits suivantes, ainsi qu'à diverses occasions par la suite jusqu'en février 2011. En

plus des premières rencontres mentionnées, aucune preuve n'a été présentée au procès pour établir la fréquence des activités sexuelles entre les parties.

### III. Questions en litige

[15] L'appelante attribue les erreurs suivantes à la juge du procès :

- (1) avoir conclu que les parties n'avaient pas établi l'échec de leur mariage;
- (2) avoir conclu qu'elle n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance de mesures accessoires et une ordonnance de répartition des biens matrimoniaux;
- (3) avoir interprété incorrectement le par. 8(1), l'al. 8(2)a) et le par. 8(3) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), en [TRADUCTION] « déclarant que les relations sexuelles que les parties ont eues après la séparation obligeaient à conclure que les parties n'avaient pas établi qu'elles avaient vécu séparément pendant un an avant leur divorce ».

[16] Le présent appel présente une situation plutôt inhabituelle où l'appelante et l'intimé sont parfaitement d'accord sur les questions en litige, les plaidoiries et l'issue souhaitée. À la suite des observations de l'appelante à la Cour, l'intimé a simplement et carrément souscrit à ce qui avait été présenté, en ces termes : [TRADUCTION] « Nous appuyons entièrement la position de l'appelante. » Bref, les parties désiraient être divorcées, partageaient la conviction qu'elles avaient vécu séparément pendant la période requise et étaient d'accord pour dire que la juge du procès avait commis les erreurs énoncées ci-dessus.

IV. Principes de droit et analyse

A. *La décision de première instance*

[17] Les passages essentiels de la décision de la juge du procès sont reproduits ci-après :

[TRADUCTION]

En l'espèce, bien que j'admette que les parties se sont séparées le 10 février 2010, peut-être avec l'intention de vivre séparément, je n'admets pas que cette intention ait persisté après qu'elles ont commencé à avoir des relations sexuelles qui n'étaient ni rares ni occasionnelles et qui ont continué pendant 10 des 11 mois précédant l'audition de la requête en divorce.

Dans l'arrêt *Dupere c. Dupere*, 1974 Carswell NB 187, le juge d'appel Limerick, dans une opinion minoritaire, a adopté les huit critères énumérés dans le jugement *Cooper c. Cooper* comme étant nécessaires pour établir que les époux vivent séparément sous le même toit. L'un de ces critères est l'absence de relations sexuelles. Il a ajouté un critère additionnel, qui n'est pas pertinent pour la présente [instance]. À mon avis, les parties n'ont pas établi qu'elles ont vécu séparément pendant au moins un an avant la décision sur leur instance en divorce.

Je conclus que leur séparation a été interrompue pendant une période de huit mois entre mai 2010 et février 2011. La requête en divorce est en conséquence rejetée. Il s'ensuit que la Cour n'a pas la compétence requise pour rendre une ordonnance de mesures accessoires. Je ne rends pas d'ordonnance de répartition des biens sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, car cette mesure est inextricablement liée à la partie de la demande qui porte sur la demande de mesures accessoires. [P. 6]

B. *La norme de contrôle*

[18] Dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 100, la juge d'appel Larlee a énoncé la norme de contrôle à appliquer dans les affaires de droit de

la famille, a insisté sur l'importance de la déférence envers le juge du procès et a traité des motifs appropriés d'une intervention en appel :

La norme de contrôle qui s'applique dans le cadre d'un appel de cette nature a été examinée dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 2001 CSC 60. La Cour suprême du Canada a énoncé une norme prescrivant une grande déférence envers les décisions des tribunaux de première instance dans des affaires qui ressortissent au droit de la famille. 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. Elle a explicité en quoi consiste une erreur importante :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. [par. 15]

Le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de la Cour, a en outre précisé qu'« une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (par. 15). Voir les décisions de notre Cour sur l'application de cette norme de déférence : *MacLean c. MacLean* (2004), 274 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 90, [2004] A.N.-B. n° 363 (QL), 2004 NBCA 75, au par. 18; *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351, [2004] A.N.-B. n° 467 (QL), 2004 NBCA 98, au par. 27; *Scott c. Scott* (2004), 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 61, [2004] A.N.-B. n° 468 (QL), 2004 NBCA 99, au par. 32, et *Boudreau c. Brun* (2005), 293 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 126, [2005] A.N.-B. n° 501 (QL), 2005 NBCA 106, au par. 5. [par. 8 et 9]

C. *Le cadre législatif*

[19] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* qui ont été invoquées au procès et en appel sont les suivantes :

**Divorce**

8. (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, grant a divorce to the spouse or spouses on the ground that there has been a breakdown of their marriage.

**Breakdown of marriage**

(2) Breakdown of a marriage is established only if

(a) the spouses have lived separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or

(b) the spouse against whom the divorce proceeding is brought has, since celebration of the marriage,

(i) committed adultery, or

(ii) treated the other spouse with physical or mental cruelty of such a kind as to render intolerable the continued cohabitation of the spouses.

**Calculation of period of separation**

(3) For the purposes of paragraph (2)(a),

(a) spouses shall be deemed to have lived separate and apart for any period during which they lived apart and either of them had the intention to live separate and apart from the other; and

(b) a period during which spouses have lived separate and apart shall not be

**Divorce**

8. (1) Le tribunal compétent peut, sur demande de l'un des époux ou des deux, lui ou leur accorder le divorce pour cause d'échec du mariage.

**Échec du mariage**

(2) L'échec du mariage n'est établi que dans les cas suivants :

a) les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l'action en divorce et vivaient séparément à la date d'introduction de l'instance;

b) depuis la célébration du mariage, l'époux contre qui le divorce est demandé a :

(i) soit commis l'adultère,

(ii) soit traité l'autre époux avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation.

**Calcul de la période de séparation**

(3) Pour l'application de l'alinéa (2)a) :

a) les époux sont réputés avoir vécu séparément pendant toute période de vie séparée au cours de laquelle l'un d'eux avait effectivement l'intention de vivre ainsi;

b) il n'y a pas interruption ni cessation d'une période de vie séparée dans les

considered to have been interrupted or terminated

(i) by reason only that either spouse has become incapable of forming or having an intention to continue to live separate and apart or of continuing to live separate and apart of the spouse's own volition, if it appears to the court that the separation would probably have continued if the spouse had not become so incapable, or

(ii) by reason only that the spouses have resumed cohabitation during a period of, or periods totaling, not more than ninety days with reconciliation as its primary purpose.

cas suivants :

(i) du seul fait que l'un des époux est devenu incapable soit d'avoir ou de concevoir l'intention de prolonger la séparation, soit de la prolonger de son plein gré, si le tribunal estime qu'il y aurait eu probablement prolongation sans cette incapacité,

(ii) du seul fait qu'il y a eu reprise de la cohabitation par les époux principalement dans un but de réconciliation pendant une ou plusieurs périodes totalisant au plus quatre-vingt-dix jours.

#### D. *Vivre séparément*

[20]

Les tribunaux sont régulièrement appelés à déterminer si des époux vivent séparément aux fins de l'al. 8(2)b), même s'ils continuent d'habiter le foyer matrimonial. La jurisprudence existante (voir par exemple *Teillet c. Teillet*, [1997] M.J. No. 135 (C.B.R.) (QL), *Cooper c. Cooper*, [1972] O.J. No. 975 (H.C.J.) (QL), et *Dupere c. Dupere* (1974), 9 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 554, [1974] A.N.-B. n<sup>o</sup> 148 (C.S.N.-B., Div. du Banc de la Reine) (QL), confirmé à (1974), 10 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 148, [1974] A.N.-B. n<sup>o</sup> 169 (C.A.) (QL)) révèle bon nombre de facteurs à considérer, y compris les suivants :

1. Les parties font-elles chambre à part?
2. Les parties ont-elles des relations sexuelles?
3. Comment les parties communiquent-elles?
4. Y a-t-il partage des obligations domestiques?
5. Les parties prennent-elles leurs repas ensemble?
6. Les parties participent-elles ensemble à des activités sociales ou récréatives?

7. Les parties partagent-elles les installations, par exemple en regardant la télévision ensemble?
8. Les parties ont-elles une raison valable de vivre sous le même toit?

[21]

Il est évident que les facteurs énumérés ci-dessus ne s'appliquent pas entièrement à des situations de fait telles que celle de la présente espèce, mais ils constituent un point de départ utile. Lorsque la Cour est appelée à déterminer si des époux qui ne cohabitent pas vivent séparément aux fins de la *Loi sur le divorce*, on devrait considérer les facteurs suivants :

1. Les parties vivent-elles réellement dans des résidences distinctes?
2. Comment les parties communiquent-elles?
3. Les parties ont-elles des relations sexuelles?
4. Les parties prennent-elles leurs repas ensemble?
5. Les parties s'adonnent-elles ensemble à des activités sociales ou récréatives?
6. Les parties se partagent-elles les obligations domestiques (telles que le nettoyage, l'entretien ou les travaux de rénovation) relatives au foyer matrimonial, même si elles n'habitent plus ensemble?
7. Les parties passent-elles du temps seules ensemble en s'adonnant aux activités courantes auxquelles les couples mariés ou les familles s'adonnent souvent ensemble, comme regarder la télévision?
8. Les parties voyagent-elles ou prennent-elles des vacances ensemble, ou passent-elles du temps ensemble à célébrer les jours fériés ou les occasions spéciales?
9. Comment les parties se présentent-elles aux membres de la famille, aux amis et à la collectivité en général?



[22] Cette liste ne vise pas à être exhaustive. Dans un cadre analytique, ces facteurs et d'autres semblables devraient être considérés tous ensemble, et la Cour devrait fonder sur la totalité du dossier de la preuve sa conclusion sur la question de savoir si, en droit, les parties vivent séparément. Il n'est pas nécessaire que chaque facteur pris isolément indique de façon concluante une séparation légale. Pareillement, on ne devrait accorder une importance induue à aucun facteur donné, surtout à l'exclusion de certains ou de tous les autres qui pourraient suggérer la conclusion contraire.

[23] Les tribunaux acceptent depuis longtemps la possibilité que des époux désunis vivent peut-être séparément, même s'ils continuent d'habiter sous le même toit. Cela dit, nous devons certainement être prêts à accepter également la possibilité que des époux désunis qui n'habitent plus ensemble puissent, du point de vue légal, vivre séparément même si, pour quelque raison, ils continuent d'avoir des relations sexuelles consensuelles.

[24] Si l'analyse au procès avait considéré tous les facteurs énoncés ci-dessus ou la plupart d'entre eux, le tableau d'ensemble suivant en serait ressorti :

- L'intimé maintient un domicile distinct, qu'il a arrangé de telle sorte que l'enfant des parties y a une deuxième résidence.
- Les parties ne communiquent pas bien, se querellent souvent, et les communications qui ont lieu sont parfois hostiles. Des allégations de violence entre les parties ont été lancées, et les deux ont témoigné qu'elles se disaient des injures.
- Comme on l'a expliqué, les parties ont eu des relations sexuelles.

- Le seul repas pris ensemble a eu lieu à l'anniversaire de naissance de l'enfant.
- Les parties n'assistent pas et ne participent pas à des activités sociales ou récréatives ensemble. En fait, lors des occasions où les parties se trouveraient ensemble aux activités de leur enfant ou se verraient par hasard dans la collectivité, les rencontres pourraient être tendues.
- Les parties ne voyagent pas ni ne prennent de vacances ensemble, et à l'exception d'une période de deux heures à Pâques, elles ne passent pas de jours de fête ensemble en famille.
- Les parties se présentent aux gens comme étant séparées et en mauvais termes.

[25] Un seul de ces facteurs donne à croire que les parties ne vivaient peut-être pas séparément, et c'est celui de la poursuite des relations sexuelles. Bien que la jurisprudence des tribunaux de première instance de l'ensemble du pays ne soit pas uniforme, ce seul fait ne devrait pas constituer une interruption de la séparation et, à mon avis, n'en constitue pas une en l'espèce.

[26] Dans la décision *Greaves c. Greaves*, [2004] O.J. No. 2522 (C.S.J.) (QL), la Cour a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'accepte les déclarations des témoins de M. Graves, qui confirment la perception objective que ces époux étaient séparés. Ils n'avaient pas de vie sociale en tant que couple. Ils ne mangeaient pas habituellement en famille. Ils n'allaient pas à la même église. **Même s'ils avaient régulièrement des relations sexuelles, je ne peux pas**

**considérer cela comme étant décisif, pas plus que ne le serait l'absence de relations sexuelles.**

[C'est moi qui ajoute les caractères gras.] [Par. 37]

[27] Deux récentes décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique sont également utiles. Dans la décision *G.A.W. c. C.M.P.*, 2010 BCSC 532, [2010] B.C.J. No. 710 (QL), le juge Savage a affirmé :

[TRADUCTION]

La question qui surgit est celle de savoir s'il y a eu réconciliation au sens du par. 8(3) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), ou si les faits appuient l'idée qu'il y a eu poursuite du mariage. La nature et la fréquence des contacts qui se sont poursuivis entre les parties constituent-elles soit une poursuite du mariage, soit une cohabitation ayant principalement pour but une réconciliation au cours de la période requise? [...]

La nature des contacts ne concorde pas avec une reprise de la vie conjugale. Aucune responsabilité ni obligation n'a été prise en commun. Il n'y a avait pas d'engagement à la vie conjugale. Les parties ne se sont jamais présentées à la société comme des partenaires, ou mis leurs affaires en commun, d'une manière qui indiquerait l'intention commune de reprendre la vie conjugale. Les parties se présentaient aux tiers comme célibataires. [Par. 29 et 30]

[28] Dans la décision *Oliver c. Oliver*, 2011 BCSC 1126, [2010] B.C.J. No. 1581 (QL), la juge Fenlon fait la remarque pertinente qui suit :

[TRADUCTION]

En général, lorsque les parties choisissent d'habiter des résidences séparées (sauf de façon temporaire à cause des exigences du travail ou des études), l'un des éléments fondamentaux d'un mariage est absent. Si elles n'ont pas l'intention commune de se réconcilier, elles peuvent continuer d'avoir une relation quelconque, mais ce n'est pas un mariage. [Par. 98]

Je ferais la même remarque au sujet des parties en l'espèce. Peu importe le nom qu'on donne à leur relation pendant la période des activités sexuelles après le 10 février 2010, ce n'était pas un mariage.

[29] Avec égards, lorsque la juge du procès a choisi de porter attention à un seul facteur pour déterminer si les parties ont vécu séparément pendant la période requise et n'a traité d'aucun autre facteur que l'activité sexuelle dans sa décision, elle a commis une erreur et a ouvert la porte à une intervention en appel. À mon avis, c'était une erreur de droit d'accorder une importance indue à un seul facteur et absolument aucune importance aux divers autres facteurs.

[30] Je vais traiter brièvement de la question de la réconciliation. Les deux parties ont témoigné que leur intention n'était pas celle d'une réconciliation lorsqu'elles ont eu des relations intimes. Il est ironique de penser que si elles avaient décrit ces rencontres sexuelles comme des tentatives de réconciliation (et on suppose ici que la période maximale de 90 jours prescrite au sous-al. 8(3)b)(ii) de la *Loi sur le divorce* a été respectée), apparemment, la réponse à la question de savoir si elles ont vécu séparément aurait été beaucoup plus simple.

#### V. Conclusion

[31] Dans l'ensemble, la prépondérance de la preuve en l'espèce penche fortement en faveur de la conclusion voulant qu'en fait et en droit, les parties aient vécu séparément depuis le 10 février 2010. Pour ce motif, la majorité de la Cour a déterminé que l'appel devrait être accueilli, la requête en divorce également, et que l'affaire devrait être renvoyée à la juge du procès, qui a déjà pris connaissance d'une preuve abondante, pour qu'elle tranche les autres questions en litige entre les parties.

[32] Dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, où les deux parties ont adopté la même position et la même plaidoirie en appel, je n'accorderais aucuns dépens.