COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

119-15-CA

PHILIPPE VIRGILI

APPELLANT

- and -

ÉLISABETH HUBAULT VIRGILI

RESPONDENT

Virgili v. Virgili, 2017 NBCA 31

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
November 30, 2015

History of Case:

Decision under appeal:
2015 NBQB 251

Preliminary or incidental proceedings:
[2016] N.B.J. No. 326

Appeal heard:
May 10, 2017

Judgment rendered:
July 20, 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

PHILIPPE VIRGILI

APPELANT

- et -

ÉLISABETH HUBAULT VIRGILI

INTIMÉE

Virgili c. Virgili, 2017 NBCA 31

CORAM :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 30 novembre 2015

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2015 NBBR 251

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2016] A.N.-B. n° 326

Appel entendu :
le 10 mai 2017

Jugement rendu :
le 20 juillet 2017

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
I. Gérald Lévesque

For the respondent:
Anik Bossé
and Nadia Michaud

THE COURT

The appeal is dismissed with costs in the amount of $5,000.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
I. Gérald Lévesque

Pour l'intimée :
Anik Bossé
et Nadia Michaud

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 5 000 $.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE LARLEE

[1] Philippe Virgili interjette appel de la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine (2015 NBBR 251) prescrivant une pension alimentaire au profit de son ex-conjointe, Élisabeth Virgili, conformément à la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), et aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* (« *Lignes directrices* »). M. Virgili interjette également appel de la répartition des biens matrimoniaux, plus particulièrement l'ordonnance lui enjoignant à verser la moitié de son fonds de pension de la République de France. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

I. Le contexte

[2] L'appelant et l'intimée sont nés en France. Ayant tous les deux subi l'échec de leur mariage antérieur, ils ont vécu ensemble en France de 1991 à 2001. En mai 2001, l'appelant a déménagé au Canada tandis que l'intimée est demeurée en France. En octobre 2001, l'intimée est venue rejoindre l'appelant au Canada afin d'y demeurer en permanence. Les parties se sont mariées à Edmundston le 7 février 2002. Aucun enfant n'est né du mariage. Dès son arrivée au Canada, l'appelant a exercé sa profession de psychiatre à l'Hôpital régional d'Edmundston à titre de salarié. Quant à l'intimée, elle a exerçé son métier d'artiste professionnel, exposant ses œuvres dans différentes galeries et musées de la région d'Edmundston et de la province jusqu'en 2012. Les parties se sont séparées dans le mois d'août 2012.

[3] Le 9 septembre 2013, une requête et une motion ont été déposées en vertu de la *Loi sur les services à la famille*. La motion fut entendue le 16 octobre 2013 et la décision rendue le 27 novembre 2013. À l'audience, l'appelant a contesté la compétence

du tribunal d'entendre la motion. Le juge a rejeté les arguments de l'appelant et il a statué qu'il avait la compétence requise. L'appelant n'a pas fait appel de cette décision.

[4] Le 30 octobre 2014, l'appelant a déposé une requête en divorce et deux semaines plus tard, le 12 novembre 2014, il a déposé une requête en divorce modifiée. En mars 2015, les parties ont signé une ordonnance par consentement, avec effet rétroactif au 25 février 2015. L'ordonnance prévoit que l'avis de requête déposé le 9 septembre 2013 ainsi que la requête en divorce modifiée soient fusionnés et que leurs auditions aient lieu simultanément. La requête a été entendue du 24 au 26 mars 2015 et la décision a été déposée le 22 décembre 2015.

[5] Le 16 février 2016, une motion visant la suspension partielle du jugement a été entendue par un juge de la Cour d'appel. Il a accueilli la motion en partie et ordonné la suspension en attente de l'appel de l'exécution des dispositions de l'ordonnance du juge qui prescrivent le versement d'arriérés et le transfert d'une partie du fonds de pension en France.

II. Les moyens d'appel

[6] Dans son avis d'appel modifié, l'appelant a énoncé plusieurs moyens d'appel et j'estime opportun de les résumer comme suit :

- Le juge a commis une erreur de droit en rejetant, sans justification, le témoignage d'une experte;

- Le juge a commis une erreur de droit en considérant que la période de cohabitation en France, s'ajoutait à la période du mariage;

- Le juge a commis une erreur de droit en décidant que la cohabitation était de longue durée et que le principe du 65 ans s'appliquait;

- Le juge a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 15.2(4)a) de la *Loi sur le divorce* en ordonnant à l'appelant de verser une pension qui est contraire aux *Lignes directrices*;

- Le juge a commis une erreur de droit dans l'interprétation de la preuve relative au droit à la pension alimentaire;

- Le juge a commis une erreur de droit en ordonnant le versement d'une pension rétroactive et en prescrivant des conséquences fiscales en lien avec ce genre d'ordonnance;

- Le juge a commis une erreur de droit en ordonnant le versement à titre de pension alimentaire de l'équivalent de la valeur mensuelle de la pension que l'appelant reçoit en France alors qu'il ne reçoit pas de pension de la France;

- Le juge a commis une erreur de droit en ordonnant le versement de la moitié d'un fonds de pension de la République de France qui, de par sa constitution, est indivisible; et

- Le juge a commis une erreur de droit en prenant en considération la valeur de la pension alimentaire rétroactive comme montant de base afin de condamner l'appelant au paiement de dépens de 8 000 $, en sus des débours à calculer.

[7] À mon avis, le présent appel soulève deux questions importantes : (1) la cohabitation pendant dix ans en France doit-elle être incluse dans la durée de la cohabitation aux fins du calcul de la pension alimentaire? ; et (2) un fonds de pension de la République de France est-il divisible? L'appelant conteste également l'ordonnance prévoyant la rétroactivité de la pension alimentaire au profit de l'intimée.

III. Analyse et décision

A. *La norme de contrôle*

[8] L'arrêt *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n°. 9 (QL), a établi la norme de contrôle applicable en ce qui concerne la révision en appel des ordonnances prévoyant le paiement d'une pension alimentaire pour conjoint. Une cour d'appel ne peut infirmer une telle ordonnance à moins que le dossier ne révèle une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée. Dans l'affaire *Vaughan c. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 R.N.-B. (2e) 286, la Cour a reconnu qu'elle doit faire montre d'une grande déférence à l'égard des décisions émanant de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine. Voici le résumé de la norme le contrôle que la Cour a fait dans l'affaire *Brooks c. Brooks*, 2014 NBCA 29, 419 R.N.-B. (2e) 326 :

> Dans les instances ressortissant au droit de la famille, notre Cour estime devoir faire preuve d'une grande déférence, ou retenue, envers les décisions rendues en première instance. Voici ce qu'a dit la Cour dans l'arrêt *MacDonald c. MacDonald*, 2011 NBCA 25, 372 R.N.-B. (2e) 179, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [2011] C.S.C.R. no 237 :
>
> La norme de contrôle qui s'applique généralement aux affaires familiales exige une grande retenue face à la décision du juge. Un tribunal d'appel a le pouvoir d'annuler ou de modifier une décision ou une ordonnance lorsqu'elle est le fruit d'une erreur de droit, d'une erreur de principe, d'une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou si elle est manifestement erronée[.] [par. 9]

[9] Ce principe a été réitéré dans les décisions suivantes : *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2e) 100, aux par. 8 et 9; *Smith c. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 R.N.-B. (2e) 208, au par. 10; *Doiron c. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 R.N.-B. (2e) 183, aux par. 9 à 11; *C.M.H. c. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 R.N.-B. (2e) 154, au par. 8; et *Sangster c. Sangster*, 2014 NBCA 14, 416 R.N.-B. (2e) 397, au par. 3. Dans l'arrêt

MacLean c. MacLean, 2004 NBCA 75, 274 R.N.-B. (2e) 90, la Cour a souligné le besoin d'une grande retenue dans le cadre de la révision d'une ordonnance alimentaire :

> Même si les pouvoirs conférés aux tribunaux d'appel par le paragraphe 21(5) [de la *Loi sur le divorce*] sont vastes en apparence, la démarche indiquée pour la révision en appel des ordonnances alimentaires au profit d'un époux veut que le tribunal d'appel fasse preuve de grande retenue envers la décision du juge du procès. [...] Ainsi, la règle donnée aux tribunaux d'appel est de "n'infirme[r] une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'appréciation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée" : voir l'arrêt *Hickey*, au paragraphe 11[.] [par. 18]

B. *La compétence*

[10] Selon l'appelant, la réponse aux deux questions soulevées en appel requiert une analyse qui porte sur le droit d'un ressort étranger, celui de la France. À l'égard du statut juridique de la période de cohabitation en France, le juge de première instance a déclaré Me Camille Alix témoin expert dans le domaine du droit civil et du droit de la famille en France.

[11] Toutefois, il a rejeté l'opinion de cet expert, comme il était fondé à le faire. Le juge a répondu par l'affirmative à la première question quant à savoir si la période de cohabitation des parties en France, avant leur mariage au Canada, doit être considérée dans le calcul de la pension alimentaire aux termes de la *Loi sur le divorce*, et selon la formule des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*. Même si le droit français ne tient pas compte de la période de cohabitation hors du mariage, le juge a statué que le droit applicable aux questions en litige était celui du Nouveau-Brunswick et qu'il avait compétence pour entendre la requête.

[12] Son analyse est fondée sur les faits suivants : (1) l'appelant a contesté la compétence du tribunal par voie de motion; il a échoué et n'a pas fait appel de cette décision; (2) subséquemment, l'appelant a déposé une requête en divorce et une réponse

reconventionnelle; (3) les parties ont ensuite signé une ordonnance par consentement qui prévoit le fusionnement de l'avis de requête déposé par l'intimée et de la requête en divorce modifiée déposée par l'appelant ainsi que leurs auditions simultanées. De plus, l'appelant ayant déposé ses plaidoiries au Nouveau-Brunswick, sans avis contraire, il est réputé avoir accepté la compétence des cours de ce ressort : *Wolfe c. Pickar*, 2011 ONCA 347, [2011] O.J. No. 2035 (QL), para. 44; *Janes c. Janes*, 2013 NBBR 172, 405 R.N.-B. (2e) 308.

[13] Du moment que le juge de première instance a décidé qu'il avait la compétence voulue pour entendre l'affaire et que l'appelant a reconnu cette compétence, le juge se devait de traiter toutes les questions en litige sous le même régime juridique. En d'autres termes, il ne pouvait pas isoler une question afin d'en disposer sous un régime juridique différent. Dans l'arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, le juge Lebel a fait les observations suivantes :

> […] Si l'existence d'un lien à l'égard d'une situation factuelle et juridique a été établie, le tribunal doit se déclarer compétent relativement à tous les aspects du recours. Le demandeur ne devrait pas être tenu d'intenter une action en responsabilité délictuelle au Manitoba et une demande connexe de restitution en Nouvelle-Écosse. La création d'une telle situation ne respecterait aucun principe d'équité et d'efficacité. [par. 99]

Voir aussi : *Patricia Best c. Sixta Palacios et autres*, 2016 NBCA 59, [2016] A.N.-B. no 234 (QL), para. 12; *Knowles c. Lindstrom*, 2014 ONCA 116, [2014] O.J. No. 695 (QL); et *Tamminga c. Tamminga*, 2014 ONCA 478, [2014] O.J. No. 2915 (QL).

[14] J'estime que c'est à bon droit que le juge de première instance a décidé que la Cour du Banc de la Reine avait la compétence requise pour trancher toutes les questions en litige et que le Nouveau Brunswick était le forum approprié. Il a également eu raison de conclure que c'était le droit du Nouveau-Brunswick qui devait être appliqué à l'ensemble des questions en litige.

C. *La cohabitation en France*

[15] En l'espèce, les facteurs qui ont porté le juge de première instance à conclure que la période de cohabitation en France devait être incluse dans le calcul de la pension alimentaire sont convaincants :

> Selon la jurisprudence du Nouveau-Brunswick, le Tribunal doit prendre en considération les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* et je note qu'au paragraphe 7.3 que les auteurs suggèrent que la période totale de la cohabitation, autant avant qu'après le mariage, soit utilisée pour faire le calcul.
> Les Mémoires des parties incluent des analyses du droit et des arguments sur cette question et je ne considère pas qu'il soit nécessaire de les reproduire. Je note par contre, que la jurisprudence citée dans les Mémoires des parties ne s'applique pas nécessairement en l'espèce, car elle inclut des causes soit du Québec ou d'une juridiction qui ne reconnait pas le droit à une pension alimentaire pour conjoint si les parties ne sont pas mariées.
>
> Ayant lu les Mémoires et ayant considéré la jurisprudence soumise par les parties sur cette question, je conclus que la période de cohabitation avant le mariage des parties en l'espèce doit être incluse dans le calcul de la pension demandée par l'intimée pour les raisons suivantes :
>
> a) les parties se sont mariées au Canada, notamment au Nouveau-Brunswick;
> b) les parties ont vécu au Canada, au Nouveau-Brunswick, pendant toute la période de leur mariage;
> c) les parties ont introduit leurs instances (2) au Nouveau-Brunswick;
> d) le libellé de la Loi sur le divorce (art 15.2 (4) (a)) ne limite pas la période de cohabitation à la durée du mariage;
> e) la Loi sur les services à la famille, les Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux et la jurisprudence du Nouveau-Brunswick reconnait la période de cohabitation avant autant qu'après le mariage;

> f) La Loi sur le divorce et la Loi sur les services à la famille ne limitent pas la cohabitation à une région géographique;
> g) le forum (« lex fori ») est le Nouveau-Brunswick.
>
> La période de cohabitation en l'espèce est donc vingt et un (21) ans. [par. 81-84]

[16] Selon moi, le juge de première instance a identifié le bon cadre analytique et il l'a correctement appliqué aux faits de l'espèce pour en venir à sa propre conclusion. Il l'a fait de façon pratique, en s'appuyant sur des principes reconnus, et il n'a pas commis d'erreur. Ce moyen d'appel est sans fondement.

D. *La pension de la République de France*

[17] Dans l'arrêt faisant autorité *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, [1990] [1990] A.C.S. n° 97 (QL), (appliqué dans l'arrêt *Miller c. Miller*, 2003 NBCA 37, 259 R.N-.B. (2e) 132) la juge Wilson a constaté que la *Loi sur les biens matrimoniaux* était de nature réparatrice et qu'il fallait, par conséquent, lui donner l'interprétation large et libérale qui donnerait effet à son objet. Elle a indiqué que l'objet de la *Loi sur les biens matrimoniaux* était de contrer les iniquités du passé, notamment la non-reconnaissance de la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille. Elle a souligné qu'en réalité la pension constitue l'un des seuls biens dans un grand nombre de familles canadiennes. La juge Wilson a rejeté la prétention selon laquelle les paiements périodiques de pension ne constituaient pas des biens et qu'ils ne pouvaient, par conséquent, être partagés. Elle a invité les cours d'appel à se montrer circonspectes avant d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance.

[18] En l'espèce, les parties ont convenu d'un partage égal des biens matrimoniaux. Le juge de première instance a reconnu que les fonds des deux pensions de l'appelant étaient inclus dans le partage. Il a constaté que les parties ne contestaient pas la division égale des biens matrimoniaux, lesquels comprenaient les deux fonds de

pension de l'appelant. Le juge a reconnu la possibilité que la France ne reconnaisse pas la compétence de la Cour du Banc de la Reine au motif que, par sa constitution, un fonds de pension est indivisible en droit français. La preuve révèle que les mensualités en provenance du fonds de pension de la République de la France était 300,58 euros (montant brut) en date du 1er février 2016. Le juge a rendu l'ordonnance suivante :

> Le requérant détient également un fond[s] de pension auprès de son employeur en France, et ce, pour les années de service qu'il a effectué avant son déménagement au Canada. Selon le document que l'on retrouve à la pièce 8, le montant mensuel brut qui sera versé au requérant à partir du 1er février 2016 est de 300,58 euros. J'ordonne soit le transfert de la moitié de ce fond[s] de pension, calculé pour la durée du mariage, ou dans l'alternative, si la France ne reconnaît pas la compétence de ce Tribunal, j'ordonne le requérant de verser l'équivalent de la valeur mensuelle qu'il reçoit de ce fond[s] de pension à partir du 1er février 2016. [par. 56-57]

[19] À mon avis, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en ordonnant subsidiairement que la moitié des prestations mensuelles que l'appelant reçoit du fonds de pension de la République de la France soit versée à l'intimée à partir du 1er février 2016.

E. *La pension alimentaire*

[20] Le juge de première instance a déterminé que l'intimée avait droit à une pension alimentaire. En arrivant à cette conclusion, il s'est référé à l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* et il a examiné les facteurs d'influence qui sont prévus à la *Loi*. Il a aussi fait référence à la jurisprudence pertinente : *Bracklow c. Bracklow*; [1999] 1 R.C.S. 420, [1999] A.C.S. n° 14 (QL); et *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, [1992] A.C.S. n° 107 (QL). D'après le juge, le droit de l'intimée à une pension alimentaire repose sur un fondement compensatoire relié à la perte ou au désavantage économique découlant de son mariage avec l'appelant et de leur séparation. De plus, il a statué que l'intimée avait droit à une pension alimentaire sur une base non compensatoire en fonction de ses besoins.

[21] Le juge a ensuite établi le revenu des parties pour le calcul de la pension de l'intimée. Il a conclu que le revenu annuel de l'appelant était 302 901 $ et que celui de l'intimée était 8 000 $. Par voie de conséquence, il a ordonné à l'appelant de verser à l'intimée une pension alimentaire mensuelle de 9 500 $. Il a attribué ce montant, qui est supérieur à la moyenne de la fourchette selon le calcul de « Divorcemate », en tenant compte du revenu élevé de l'appelant et du revenu minime de l'intimée. De plus, il a pris connaissance du fait que le revenu annuel brut de l'appelant allait potentiellement augmenter à cause de ses consultations indépendantes, et également qu'il envisageait une retraite à moyen terme.

[22] Après avoir constaté que la période de cohabitation excédait vingt (20) ans et que le principe du « 65 » ans s'appliquait, il a établi la durée de la pension alimentaire à une période indéfinie.

[23] Le juge a accordé une pension alimentaire rétroactive au 1er septembre 2012, date de la séparation. Il a justifié cette décision à partir des besoins de l'intimée :

> En l'espèce, le besoin de l'intimée est évident et il est même reconnu par le requérant, car dans ses mémoires il invoque un crédit pour des sommes substantielles qu'il a versées à l'intimée volontairement, et par ordonnance de la cour, depuis la date de séparation.
>
> Le requérant a certes le moyen de payer une pension rétroactive sans lui causer de préjugé et la demande de l'intimée fut fait à l'intérieur d'un très court délai suite à la séparation. D'ailleurs, le requérant lui a versé des sommes immédiatement suite à la séparation.
>
> L'avis *de facto* fut donc reconnu par le requérant dès la séparation. Le retard et la conduite du requérant de lui verser la somme de 9 500 $ est en raison de son objection au fait que la période de cohabitation en France devait être inclus dans le calcul de ce montant. C'était plutôt une question de droit qui fut différé au procès et qui fut statué à l'encontre du requérant. Par conséquent, ni l'une ni l'autre

> de ces circonstances ne peut justifier le refus de la demande de rétroactivité de l'intimée.
> Ceci dit, et ayant considéré l'ensemble de la preuve, je conclus que la pension alimentaire payable par le requérant à l'intimée soit rétroactif au 1er septembre 2012.
> [par. 103-106]

[24] Il est clair que l'intimée avait besoin que l'appelant lui verse une pension alimentaire à partir de la date de leur séparation. On a eu tort de reprocher à l'intimée de ne pas avoir présenté une demande provisoire dans sa demande de pension alimentaire pour la période en question: *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, aux par. 200 à 219.

[25] En ce qui concerne les conséquences fiscales reliées à une pension rétroactive, la Cour a fait les observations suivantes dans l'arrêt *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2e) 99 :

> Même si le juge du procès avait le droit de tenir compte des conséquences fiscales d'un montant forfaitaire de pension alimentaire comparativement à celles de paiements périodiques, l'examen du dossier révèle qu'il n'était pas directement saisi de la question. Il ne semble pas non plus qu'une preuve ait été présentée au sujet du taux marginal d'imposition que le juge devait prendre. La question n'a pas été abordée dans le mémoire préparatoire de l'appelant. Sans discuter la question de savoir s'il est acceptable de décider les taux d'imposition de façon arbitraire, puisque nous sommes réfractaires aux conclusions arbitraires et à la prise de décisions arbitraires, il est préférable que cette question soit discutée avec un certain degré de clarté devant un juge pour qu'il puisse exercer à bon droit son pouvoir judiciaire discrétionnaire. Je ne suis pas convaincue, étant donné les faits de l'espèce, que le montant de l'ordonnance rétroactive de pension alimentaire au profit de l'épouse soit clairement erroné parce que le juge du procès n'aurait pas tenu compte de ses répercussions fiscales : voir *Hickey c. Hickey*, au par. 11. [par. 31]

Voir *Samoilova c. Mahnic*, 2014 ABCA 65, [2014] A.J. No. 154 (QL).

[26] En l'espèce, il n'y a rien dans les plaidoiries, la transcription ou les mémoires concernant les répercussions fiscales; l'appelant n'a pas porté la question à l'attention du juge, et il n'y a aucune preuve sur laquelle il aurait pu faire une détermination de cette question. Elle a été soulevée pour la première fois dans le mémoire d'appel déposé par l'appelant. Cela étant, on ne saurait conclure que le juge de première instance a fait erreur en ne considérant pas les incidences fiscales.

[27] Compte tenu de la norme de contrôle applicable, force m'est de conclure que l'intervention de notre Cour n'est aucunement justifiée.

F. *Les dépens*

[28] L'appelant prétend que le juge de première instance a erré en droit en accordant des dépens de 8 000 $. Le juge a considéré les facteurs suivants : l'audience a duré trois jours, les parties ont dû préparer des mémoires complémentaires, le contentieux entre les parties portait sur des sommes d'argent importantes, le succès sur quelques points controversés a été divisé, mais le débat principal s'est soldé à l'avantage de l'intimée. Conséquemment, le juge a décidé que l'intimée avait droit aux dépens. Il n'a pas commis d'erreur en tranchant la question des depens comme il l'a fait : *L.T.G.v. C.J.G.*, 2011 NBCA 12, 369 R.N-.B. (2e) 202; *Arch assurances Canada Ltée c. Commission des services financiers et des services aux consommateurs et Groupe Encon Inc. et autres*, 2016 NBCA 53, 452 R.N-.B. (2e) 371; *Béliveau c. Town of Sackville*, 2017 NBCA 26, [2017] A.N.-B. no 133 (QL).

[29] J'accorderais à l'intimée des dépens de 5 000 $, notamment parce que : 1) l'appelant a invoqué de nombreux moyens d'appel, dont plusieurs étaient dénués de fondement; 2) l'appelant a commis plusieurs vices de procédure au cours du processus judiciaire; et 3) l'intimée attend le règlement du litige depuis environ cinq ans.

IV. Dispositif

[30] Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur susceptible de justifier notre intervention. Je rejetterais donc l'appel et je condamnerais l'appelant au paiement de la somme de 5 000 $ à titre de dépens.

English version of the judgment delivered by

LARLEE, J.A.

[1] Philippe Virgili is appealing the decision of a judge of the Court of Queen's Bench (2015 NBQB 251) ordering him to pay support to his ex-wife, Élisabeth Virgili, under the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), and *Spousal Support Advisory Guidelines* ("*Guidelines*"). Mr. Virgili is also appealing the division of the marital property, particularly the order enjoining him to pay half of his pension fund from France. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

I. Context

[2] The appellant and respondent were born in France. Having both been through the breakdown of a previous marriage, they lived together in France from 1991 to 2001. In May 2001, the appellant moved to Canada while the respondent stayed in France. In October 2001, the respondent joined the appellant in Canada, intending to live here permanently. The parties married in Edmundston on February 7, 2002. No children were born of the marriage. The appellant, a psychiatrist, began practising as an employee of the Edmundston Regional Hospital upon arriving in Canada. The respondent, on the other hand, plied her craft as a professional artist, exhibiting her work at various galleries and museums in the Edmundston area and elsewhere in New Brunswick until 2012. The parties separated in August 2012.

[3] On September 9, 2013, an application and motion were filed under the *Family Services Act*. The motion was heard on October 16, 2013, and the decision issued on November 27, 2013. During the hearing, the appellant challenged the court's jurisdiction to hear the motion. The judge rejected the appellant's arguments and ruled he had the requisite jurisdiction. The appellant did not appeal this decision.

[4] The appellant filed a Petition for Divorce on October 30, 2014, and, two weeks later, on November 12, 2014, he filed an Amended Petition for Divorce. In March 2015, the parties signed a consent order retroactive to February 25, 2015. The order consolidated the Notice of Application filed on September 9, 2013, and the Amended Petition for Divorce, and provided they were to be heard together. The Application was heard from March 24 to 26, 2015, and judgment was filed on December 22, 2015.

[5] On February 16, 2016, a judge of the Court of Appeal heard a motion seeking a partial stay of the judgment. He allowed the motion in part, granting the stay pending the appeal of the execution of those provisions of the judge's Order requiring the payment of arrears and the transfer of a portion of the pension in France.

II. Grounds of Appeal

[6] The appellant raised several grounds of appeal in his Amended Notice of Appeal, which can be summarized as follows:

- The judge erred in law by rejecting an expert's testimony without cause;
- The judge erred in law by considering the period of cohabitation in France should be added to the term of marriage;
- The judge erred in law by finding the cohabitation was long-term and the rule of 65 years applied;
- The judge erred in law in his interpretation of paragraph 15.2(4)(a) of the *Divorce Act* by ordering the appellant to pay support that is contrary to the *Guidelines*;
- The judge erred in law in his interpretation of the evidence relating to the entitlement to support;

- The judge erred in law by ordering the payment of retroactive support and by prescribing tax consequences in connection with this type of order;

- The judge erred in law by ordering the payment, as support, of the equivalent of the monthly amount of the pension the appellant receives in France, when he does not receive a pension from France;

- The judge erred in law by ordering the payment of half of a pension fund from France that, by virtue of its structure, is indivisible; and

- The judge erred in law by taking the value of the retroactive support into account as a base amount and ordering the appellant to pay costs in the amount of $8,000, plus disbursements to be assessed.

[7] In my view, this appeal raises two important questions: (1) should the ten years of cohabitation in France be included in the period of cohabitation for the purposes of calculating support? and (2) is a pension fund from France divisible? The appellant also challenges the order making the respondent's spousal support retroactive.

III. Analysis and Decision

A. *Standard of review*

[8] *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 SCR 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL), sets the standard of review applicable upon the appellate review of orders providing for the payment of spousal support. An appeal court cannot overturn such an order unless the matter discloses an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong. In *Vaughan v. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 N.B.R. (2d) 286, the Court acknowledged considerable deference must be shown to decisions issued by the Court of Queen's Bench, Family Division. The Court summarized the standard of review as follows in *Brooks v. Brooks*, 2014 NBCA 29, 419 N.B.R. (2d) 326:

> In family law matters, this Court takes the view that it must show considerable deference to the decisions in first instance. In *MacDonald v. MacDonald*, 2011 NBCA 25, 372 N.B.R. (2d) 179, leave to appeal to S.C.C. refused, [2011] S.C.C.A. No. 237, the Court stated the following:
>
> The standard of review that applies to family matters generally is that the judge's decision must be given considerable deference. An appellate court is empowered to set aside or vary a decision or order where it is the product of an error of law, an error in principle, a significant misapprehension of the evidence or if it is clearly wrong[.] [para. 9]

[9] This principle was reiterated in the following judgments: *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at paras. 8 and 9; *Smith v. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 N.B.R. (2d) 208, at para. 10; *Doiron v. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 N.B.R. (2d) 183, at paras. 9 to 11; *C.M.H. v. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 N.B.R. (2d) 154, at para. 8; and *Sangster v. Sangster*, 2014 NBCA 14, 416 N.B.R. (2d) 397, at para. 3. In *MacLean v. MacLean*, 2004 NBCA 75, 274 N.B.R. (2d) 90, the Court stressed the need to show considerable deference in reviewing a support order:

> Despite the ostensibly wide powers conferred upon appellate courts by s. 21(5) [of the *Divorce Act*], the proper approach to appellate review of spousal support orders requires that an appellant court give considerable deference to the decision of the trial judge. [...] Thus, appellate courts are instructed that they "should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong": see *Hickey* at para. 11[.] [para. 18]

B. *Jurisdiction*

[10] The appellant contends that answering the two questions raised on appeal requires an analysis of the law of a foreign jurisdiction, namely France. With respect to the legal status of the period of cohabitation in France, the trial judge recognized lawyer Camille Alix as an expert witness in French civil and family law.

[11] However, he rejected that expert's opinion, as he was justified in doing. The judge answered in the affirmative the first question as to whether the parties' period of cohabitation in France, prior to their marriage in Canada, should be considered in calculating support under the *Divorce Act* and according to the formula in the *Spousal Support Advisory Guidelines*. Although French law does not consider the period of cohabitation outside of marriage, the judge ruled the law of New Brunswick governed the issues and he had jurisdiction to hear the application.

[12] His analysis is based on the following: (1) the appellant challenged the court's jurisdiction by motion; he was not successful, but did not appeal the decision; (2) the appellant subsequently filed a Petition for Divorce and Answer to Counter-Petition; (3) the parties then signed a consent order providing for the consolidation of the Notice of Application filed by the respondent and the Amended Petition for Divorce filed by the appellant, and they be heard at the same time. The appellant having filed his pleadings in New Brunswick, without notice otherwise, he is also deemed to have accepted the jurisdiction of the courts of this forum: *Wolfe v. Pickar*, 2011 ONCA 347, [2011] O.J. No. 2035 (QL), para. 44; *Janes v. Janes*, 2013 NBQB 172, 405 N.B.R. (2d) 308.

[13] Once the trial judge decided he had the requisite jurisdiction to hear the matter and the appellant submitted to that jurisdiction, the judge had to deal with all of the issues under the same system of law. In other words, he could not single out one issue in order to dispose of it under a different system of law. Lebel J. made the following observations in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572:

> […] If such a connection exists in respect of a factual and legal situation, the court must assume jurisdiction over all aspects of the case. The plaintiff should not be obliged to litigate a tort claim in Manitoba and a related claim for restitution in Nova Scotia. That would be incompatible with any notion of fairness and efficiency. [para. 99]

See also: *Patricia Best v. Sixta Palacios et al.*, 2016 NBCA 59, [2016] N.B.J. No. 234 (QL), para. 12; *Knowles v. Lindstrom*, 2014 ONCA 116, [2014] O.J. No. 695 (QL); and *Tamminga v. Tamminga*, 2014 ONCA 478, [2014] O.J. No. 2915 (QL).

[14] In my opinion the trial judge was right to decide the Court of Queen's Bench had the requisite jurisdiction to adjudicate all of the issues and New Brunswick was the appropriate forum. He was also right to find New Brunswick law should be applied to all of the issues.

C. *Cohabitation in France*

[15] The factors in this case that prompted the trial judge to find the period of cohabitation in France should be included in the support calculation are persuasive:

> According to the case law in New Brunswick, the court must consider the *Spousal Support Advisory Guidelines*, and I note that in section 7.3, the authors suggest that the total period of cohabitation, both before and after the marriage, should be used in calculating support.
>
> The parties' submissions include analyses of the law and arguments on this issue, and I do not consider it necessary to repeat them. I note, however, that the case law cited in the parties' submissions does not necessarily apply in this case since it includes cases from Québec or from jurisdictions that do not recognize the right to spousal support if the parties are not married.
>
> Having read the submissions and considered the case law submitted by the parties on this issue, I find that the parties' period of pre-marital cohabitation in this case must be included in calculating the support claimed by the respondent for the following reasons:
>
> a) the parties were married in Canada, i.e. in New Brunswick;
> b) the parties lived in Canada, in New Brunswick, during the entire time that they were married;
> c) the parties commenced their proceedings (2) in New Brunswick;

> d) the wording of the *Divorce Act* (s. 15.2(4)(a)) does not limit the period of cohabitation to the duration of the marriage;
> e) the *Family Services Act*, the *Spousal Support Advisory Guidelines* and the New Brunswick case law recognize the period of cohabitation both before and after the marriage;
> f) the *Divorce Act* and the *Family Services Act* do not limit cohabitation to a geographic region;
> g) the forum ("*lex fori*") is New Brunswick.
>
> The period of cohabitation in this case is therefore twenty-one (21) years. [paras. 81-84]

[16] In my view, the trial judge identified the correct analytical framework and properly applied it to the facts of the case to come to his own conclusion. He did it in a practical way, based on accepted principles, and he did not err. This ground of appeal is without merit.

D. *French pension*

[17] In the seminal case of *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, [1990] S.C.J. No. 97 (QL), (applied in *Miller v. Miller*, 2003 NBCA 37, 259 N.B.R. (2d) 132), Wilson J. noted the *Matrimonial Property Act* was remedial in nature and therefore had to be given a broad and liberal construction which would give effect to that purpose. She indicated the purpose of the *Matrimonial Property Act* was to address the inequities of the past, especially the non-recognition of the contribution made by women to the economic survival and growth of the family. She pointed out the reality that a pension is one of the only assets in many Canadian families. Wilson J. dismissed the contention that periodic pension payments were not property and therefore could not be divided. She urged appellate courts to be wary of interfering with the discretion of the trial judge.

[18] In this case, the parties agreed to the equal division of the marital property. The trial judge acknowledged the funds from both of the appellant's pensions were included in the division. He noted the parties did not dispute the equal division of the

marital property, which included the appellant's two pension funds. The judge acknowledged the possibility of France not recognizing the jurisdiction of the Court of Queen's Bench on the ground that, by virtue of its structure, a pension fund is indivisible under French law. The evidence reveals the monthly payments from the French pension fund were €300.58 (gross amount) as of February 1, 2016. The judge issued the following order:

> The petitioner also has a pension fund with his employer in France, for his years of service prior to moving to Canada. According to the document in exhibit 8, the gross monthly amount that will be paid to the petitioner beginning on February 1, 2016, is 300.58 euros. I order either the transfer of half of this pension fund, calculated for the period during which the parties were married, or alternatively, if France does not recognize this court's jurisdiction, I order the petitioner to pay the equivalent from the monthly amount he receives from this pension fund beginning on February 1, 2016. [paras. 56-57]

[19] In my view, the trial judge made no error by ordering, in the alternative, half of the monthly benefits the appellant receives from the French pension fund be paid to the respondent beginning on February 1, 2016.

E. *Support*

[20] The trial judge determined the respondent was entitled to support. In making this finding, he referred to s. 15.2 of the *Divorce Act* and reviewed the influencing factors set out in the *Act*. He also referred to the relevant case law: *Bracklow v. Bracklow*; [1999] 1 S.C.R. 420, [1999] S.C.J. No. 14 (QL); and *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, [1992] S.C.J. No. 107 (QL). In the judge's view, the respondent's entitlement to support is founded on compensatory grounds related to the economic loss or disadvantage arising from her marriage to the appellant and their separation. He also ruled the respondent was entitled to support on a non-compensatory basis according to her needs.

[21] The judge then determined the parties' income for the purpose of calculating the respondent's support. He found the appellant's annual income was $302,901 and the respondent's was $8,000. He therefore ordered the appellant to pay the respondent monthly support in the amount of $9,500. He granted this amount, which is higher than the average of the range as calculated by Divorcemate, because of the appellant's high income and the respondent's minimal income. He also took note of the fact that the appellant's gross annual income was potentially going to increase because of his private practice, and also of the fact that he was considering retiring in the medium term.

[22] After noting the period of cohabitation was greater than twenty (20) years and the rule of "65" years applied, he determined support would be of indefinite duration.

[23] The judge awarded support retroactive to the date of separation, September 1, 2012. The justification for his decision was the respondent's needs:

> In this case, the respondent's needs are obvious and have even been acknowledged by the petitioner since, in his submissions, he claims credit for substantial amounts that he paid the respondent, both voluntarily and under court order, since the date of separation.
>
> The petitioner has obviously the means to pay retroactive support without suffering any prejudice, and the respondent's application was made within a very short time following the separation. In fact, the petitioner paid her certain amounts immediately after the separation.
>
> The petitioner therefore acknowledged *de facto* notice as of the separation. The petitioner's delay in paying the respondent $9,500 as well as his conduct are a result of his objection to including the period of cohabitation in France in calculating this amount. It was rather a question of law that was postponed until the trial and that was decided against the petitioner. Neither of these circumstances can therefore justify the dismissal of the respondent's claim for retroactive support.

> That being said, and having considered all of the evidence, I find that the support to be paid by the petitioner to the respondent shall be retroactive to September 1, 2012. [paras. 103-106]

[24] The respondent clearly needed the appellant to pay her support from the date of separation. She should not have been faulted for not bringing an interim application in seeking support for the period in question: *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, at paras. 200 to 219.

[25] As for the tax consequences of retroactive support, the Court observed as follows in *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99:

> Although the trial judge was entitled to consider the tax consequences of lump-sum support relative to that of periodic payments, a review of the record reveals the issue was not squarely before him. Nor does it appear that any evidence was called with respect to the marginal tax rate to be utilized by the judge. The issue was not addressed in the appellant's pre-trial brief. Without commenting on whether using an arbitrary determination of tax rates is acceptable, and since we are allergic to arbitrary findings and arbitrary decision-making, it is preferable that this issue be argued with some degree of clarity before a judge so that he/she can exercise judicial discretion properly. I am not persuaded on the facts of this case that because the trial judge ignored the tax implications of the retroactive order of spousal support that the award is clearly wrong: *Hickey v. Hickey*, at para. 11. [para. 31]

See *Samoilova v. Mahnic*, 2014 ABCA 65, [2014] A.J. No. 154 (QL).

[26] The pleadings, transcript and submissions in this case say nothing about the tax implications; the appellant did not bring the issue to the judge's attention, and there is no evidence on which he could have made a determination. It was raised for the first time in the appellant's submission on appeal. That being the case, the trial judge cannot be found to have erred by failing to consider the tax consequences.

[27] Considering the applicable standard of review, I have to conclude this Court's intervention is not warranted.

F. *Costs*

[28] The appellant contends the trial judge erred in law by awarding $8,000 in costs. The judge considered the following factors: the hearing lasted three days, the parties had to prepare supplemental submissions, the disputed claims between the parties involved large amounts of money, and success on a number of controversial points was split, but the main issue was decided in the respondent's favour. Accordingly, the judge decided the respondent was entitled to costs. He did not err in deciding the issue of costs as he did: *L.T.G.v. C.J.G.*, 2011 NBCA 12, 369 N.B.R. (2d) 202; *Arch Insurance Canada Ltd. v. Financial and Consumer Services Commission and Encon Group Inc. et al.*, 2016 NBCA 53, 452 N.B.R. (2d) 371; *Béliveau v. Town of Sackville*, 2017 NBCA 26, [2017] N.B.J. No. 133 (QL).

[29] I would award the respondent costs in the amount of $5,000, in particular because: 1) the appellant raised numerous grounds of appeal, many of which had no basis in law; 2) the appellant made several procedural errors during the judicial process; and 3) the respondent has been waiting approximately five years for a resolution to the dispute.

IV. Disposition

[30] For these reasons, I am of the view the trial judge made no error that would provide a basis for intervention. I would therefore dismiss the appeal and order the appellant to pay $5,000 in costs.