

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

77-16-CA

L.R.R.

APPELLANT

- and -

E.M.

RESPONDENT

L.R.R. v. E.M., 2018 NBCA 2

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
August 31, 2016

History of Case:

Decision under appeal:
2016 NBQB 150

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 16, 2017

Judgment rendered:
January 4, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Céline Robichaud Fournier

L.R.R.

APPELANTE

- et -

E.M.

INTIMÉ

L.R.R. c. E.M., 2018 NBCA 2

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 31 août 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2016 NBBR 150

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 16 novembre 2017

Jugement rendu :
le 4 janvier 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Céline Robichaud Fournier

For the respondent:
Barbara Hughes Campbell, Q.C.

Pour l'intimé :
Barbara Hughes Campbell, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed and the issue of the spousal support order is remitted to the Court of Queen's Bench for determination, with \$2,500 costs payable by the respondent to the appellant.

L'appel est accueilli et la question de l'ordonnance alimentaire matrimoniale est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine afin d'y être tranchée; l'intimé est condamné à verser des dépens de 2 500 \$ à l'appelante.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] In this appeal the appellant mother contests an order which denies her sole custody of the parties' child, refuses her spousal support, and grants costs against her, rendered by a judge of the Court of Queen's Bench, pursuant to the *Family Services Act*, S.N.B. 1983, c. F-2.2. The application judge's decision is published at 2016 NBQB 150, 452 N.B.R. (2d) 51.

I. Background

[2] The parties met in Montreal in 2000. The mother, LRR, is 57 years of age. She has a Bachelor's Degree in Translation and Interpretation and a Law Degree, both from the University of Moncton and she received a Master's Degree in Translation in 2006. She has always worked intermittently in the interpretation field. The respondent father, EM, is 52 years of age. He is a retired military dentist. The parties lived together when their son, MGRM, was born in Montreal in 2004. They moved soon after his birth from Montreal to Ottawa and separated in 2006. In 2007, the mother moved with the son to Fredericton and the father received a transfer to New Brunswick soon afterwards. MGRM is now 13 years of age. The record reveals a long legal battle for the custody of the child in a climate of mistrust. It is not necessary to detail all the proceedings, but there were numerous court appearances over a 10-year period and the police and social services dealt with the family on a number of occasions.

II. Judge's Findings

[3] After a ten-day hearing, the judge ordered, among other things, sole custody of the child to the father with access to the mother. She denied the mother a spousal support order from the father and she ordered costs against the mother in the amount of \$12,500. With respect to costs, the judge added, "[a]s the applicant has no

means to pay such a cos[t] award, it will be reduced from the amounts owing to her from the respondent.”

III. Grounds of Appeal

[4] The appellant relies on three grounds of appeal. She argues the application judge erred in granting exclusive custody of the child to the father. Specifically, she submits the application judge committed an error in the interpretation of the evidence and its application to the “best interests of the child” definition in s. 1 of the *Act*. She seeks an order for sole custody of MGRM with access to the father.

[5] Secondly, she argues the application judge committed an error of law in not granting her a spousal support order because she was entitled to one. She submits the judge did not give sufficient reasons to explain her conclusion in this regard thus committing a palpable and overriding error in her evaluation of the evidence.

[6] Finally, she submits the application judge committed an error in taking into consideration her conduct when she ordered costs to the father in the amount of \$12,500 and further erred in ordering the costs to be deducted from money she is owed by the father for retroactive child support.

IV. Appendix of Statutes

[7] The relevant legislative provisions are attached as Appendix A.

V. Standard of Review

[8] The applicable standard of review in a family case has been restated in recent cases of this Court: intervention by this Court requires that there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law: *L.D.M. v. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] N.B.J. No. 259 (QL), per Green J.A. at paras. 9-10.

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

The law is equally clear that the Court of Appeal cannot re-try a case. The Court of Appeal may only overturn a trial judge's finding of fact [...] if it is the result of a palpable and overriding error, and may only interfere with a discretionary order if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 S.C.C. 33 and *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, [2005] S.C.J. No. 24 (QL), 2005 SCC 25 with regard to findings of fact, and *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, [2003] S.C.J. No. 76 (QL), 2003 S.C.C. 71, at para. 43, with regard to discretionary orders). [para. 3]

V. Analysis

A. “Best interests of the child”

[10] The starting point for an analysis in a proceeding which involves the custody of a child is s. 129(1) of the *Act* which dictates parents shall have joint custody of a child unless there is a separation agreement or a court order stating otherwise. By its very nature, a joint custody order requires parents to participate in major decisions in all areas that affect a child. This requires a degree of cooperation between the parents, and their ability to effectively communicate with each other: *J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL), at para. 8, per Baird J.A.

[11] Courts will order joint custody, even in high conflict cases, where they are satisfied it is in the “best interests of the child”. However, judges recognize the inappropriateness of joint custody if the communication between the parents is acrimonious and is detrimental to the well-being of the child: *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA

51, 423 N.B.R. (2d) 99, paras. 13-14, and *F.M. v. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 N.B.R. (2d) 240, at para. 21.

[12] The application judge began her analysis with respect to custody by quoting the definition of “best interests of the child” in s. 1 of the *Act*. She then referred to additional factors from an often cited Queen’s Bench decision: *Shaw v. Shaw* (1997), 189 N.B.R. (2d) 84, [1997] N.B.J. No. 211 (QL). She then did a thorough analysis of each pertinent criterion. It is not necessary for me to comment on each one since there was evidence to support her findings. The parties have been embroiled in a 10-year custody battle for their son, which the application judge found has completely destabilized MGRM’s childhood. According to the mother, the father has never recognized MGRM’s health problems including a sensitivity to dairy products, asthma, hyperactivity and attention difficulties leading to learning problems. In her opinion, she alone is the one capable of looking after the child. The application judge reached a different conclusion in this regard:

I do not believe that M.G.R.M. is a child who does require special care or treatment. In my view, the respondent is more than able to tend to M.G.R.M.’s mental, emotional and physical health. While the applicant has demonstrated an enormous interest and dedication to M.G.R.M.’s mental, emotional and physical health, one has to question whether these interventions have indeed all been in M.G.R.M.’s best interests. [para. 147]

[13] The perspective of a child of this age is important. An application judge cannot defer to it, but must take it into consideration with the other factors. In the “voice of the child assessment” the psychologist described MGRM as a charming, sensitive and courageous young man”. He made clear his wishes; he wants to live with his father and visit his mother. He expressed security and stability in the care of his father and preferred the routine of his father’s home to the routine at his mother’s.

[14] The application judge in her decision came to the following conclusion which, in my view, tips the balance in favour of a sole custody order in favour of the father:

I have absolutely no confidence in the applicant's ability to communicate in any manner, let alone a mature and responsible manner, with the respondent. In difficult custody cases of this nature we will often see individuals who display extremely poor judgment and regrettable behaviours in the initial months or year following a difficult separation. While the Court certainly does not condone such behaviour, perhaps we can step back and accept that as adults go through very difficult personal situations their behaviour may not be at its best.

In this case, the applicant's behaviour in the first couple of years following the separation was reprehensible. However, what is particularly troubling to the Court is that despite the fact nearly a decade has elapsed the applicant's behaviour has not improved. In my view, the applicant will never, for whatever reason, be in a position to communicate in a mature or responsible manner with the respondent.

I do not doubt for a moment that at times the respondent has raised his voice and expressed extreme frustration to the applicant. I am certain that the respondent has not been a saint in all of his communications with the applicant. However, in a balancing act between the two, there is no question but that the respondent is the parent who is most prepared to communicate in a mature and responsible manner. [paras. 163-165]

And further:

Given all of the evidence in this case, I am not at all confident that M.G.R.M.'s emotional wellbeing can be assured in the care of the applicant. Further, I have grave concerns that any further exposure to this relentless conflict between his parents may very well create long-term consequences for him. Regrettably, I see no alternative but to grant sole custody of M.G.R.M. to the respondent. The issue which causes me greater reflection is the appropriate access to be accorded to the applicant. [para. 190]

[15] In my view, the application judge relied on the proper jurisprudence and conducted a thorough analysis with respect to the evidence. I cannot discern any misapprehension of the evidence with respect to the issue of custody. Quite to the contrary, there is ample evidence to support her conclusion. I would dismiss this ground of appeal.

B. Spousal support

[16] Entitlement to spousal support in a case of unmarried persons is set out in s. 112(3) of the *Act*. The amount of support is based on criteria set out in s. 115(6) of the *Act*. Section 112(3) refers to an order of support for a couple living together and not married. If two persons have lived together continuously for a period of not less than three years in a family relationship in which one person has been substantially dependent upon the other for support, or in a family relationship of some permanence where there is a child born of whom they are the natural parents, and have lived together in that relationship within the preceding year, then the support obligation is the same as that of a married couple. Usually in these cases, the most difficult question to be resolved is whether or not one person, usually the one seeking support, was substantially dependent upon the other for support during the course of the relationship: *Carruthers v. Léger*, 2017 NBQB 167, [2017] N.B.J. No. 240 (QL), para. 25; and *Duguay c. Noël*, 2010 NBQB 297, [2010] N.B.J. No. 297 (QL), para. 167. This Court has considered the definition of “substantially dependent” on three occasions. *McCormick v. The Estate of Gilles Doiron and Hilda Power*, 2009 NBCA 19, 343 N.B.R. (2d) 166, para. 41; *S.M. v. R.S.*, 2003 NBCA 6, 256 N.B.R. (2d) 108, para. 44, and *Hedan v. Mallet* (1991), 123 N.B.R. (2d) 389, [1991] N.B.J. No. 529 (C.A.) (QL).

[17] Section 115(6) refers to a determination of the amount of support and lists criteria a judge shall consider taking into account all the circumstances of the parties. Note the section begins “[i]n determining the amount, if any, of support”. Presumably there can be an entitlement to support but, in the discretion of the judge, no amount ordered: *Tays v. Bastiaens*, 2011 NBQB 217, 375 N.B.R. (2d) 31, para. 46. This is not

what happened in this case. The application judge in her analysis omitted any reference to s. 112(3) of the *Act* and went directly to an examination of the amount of support, if any, to be awarded under s. 115(6). Under it, she applied the criteria to the facts of this case and made the following findings:

In this case, considering the various criteria as set out in section 115(6) of the *Family Services Act*, the following facts are pertinent:

(a) The applicant is highly intelligent, trained, educated and skilled individual who is able to provide for her own support.

(b) At the time of the parties' meeting, the applicant had been receiving Social Assistance benefits and not working for approximately three years.

(c) The applicant has experienced longstanding difficulties in maintaining employment. The applicant's inability to maintain employment is not related to the relationship between the parties.

(d) The parties cohabitated for approximately six years.

(e) The parties' standard of living increased substantially from the time they met in January 2000 until the separation in December 2006.

(f) The applicant was able to realize her career potential and obtain her Master's degree during the course of the cohabitation.

(g) The respondent assisted the applicant in completing her Master's degree by supporting her efforts and caring for M.G.R.M.

(h) The respondent subsequently paid off the debt incurred by the applicant while completing her Master's program.
[para. 214]

She then refused spousal support.

[18] The evidence discloses the parties did live continuously together in a family relationship for not less than three years, from October 2000 to December 2006; they had a child; and the appellant made a claim for spousal support in 2007. If she were substantially dependent on the respondent during the cohabitation she may have had an entitlement to support. On the face of it, it is difficult to discount these facts: the appellant was on social assistance when the parties met and had not worked for 3 years; she did not work from 2003-2004 to manage the pregnancy and subsequently care for the child; with the father's support she went on to receive a Master's degree but has always had a spotty work record; and, at the time of separation she was receiving \$20,000 a year while he was earning a yearly salary of \$185,000.

[19] The application judge committed an error in law in not first considering entitlement under s. 112(3) and then going on to consider the amount if any under s. 115(6). She may have determined there was no entitlement to support because she found the appellant had not made a spousal support claim until 2014. There is no entitlement unless the parties have lived together in the preceding year. This finding that there was no claim for spousal support until 2014 is erroneous since the appellant made a claim in Ottawa in 2007 and again in New Brunswick in June 2007. The finding of no spousal support claimed until 2014 is a palpable and overriding error. On the basis of no analysis of entitlement under s. 112(3) and the error with respect to the timing of the request for spousal support, this ground of appeal must succeed.

[20] I would order a new hearing with respect to the appellant's claim for a spousal support order, including a proper determination of "substantial dependence" under s. 112(3) and, if there is entitlement, an analysis under s. 115(6) of the *Act*.

C. Cost Award

[21] In my opinion, it was within the application judge's discretion to interpret the result at trial as one favourable to the respondent on the most contentious issue of custody. She granted him sole custody of the child and, therefore, awarded him costs. I

iterate the comments of Drapeau J.A. (as he then was) in *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. v. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (C.A.) (QL), on the issue of the awarding of costs following an event:

It is undoubtedly true that, where the trial judge has exercised his or her discretion as to costs, this court will not intervene unless it is satisfied that the exercise of discretion was manifestly wrong. See *Williams et al. v. Saint John (City)*, [N.B.] and *Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10 [...] (C.A.). ...

The general rule is that the successful party is entitled to costs. It is said that “costs follow the event”. In *Distributeur Norbec Enrg. and Gagnon v. Daigle (Clarence) & Fils Ltée* (1984), 57 N.B.R. (2d) 269 [...], this Court expressed the rule as follows at p. 277:

... Normally, the party who recovers judgment is entitled to his costs, although there is no doubt that a judge may exercise his discretion by refusing to make such an award. However, this discretion must be exercised in accordance with the purposes of the law. [paras. 34-35]

[22] In the present case, after determining the respondent was the successful party, the application judge awarded him costs of \$12,500. She awarded significant costs because she found the actions of the appellant prolonged the proceedings resulting in delays and increased costs for everyone. She referred to the actions of the appellant as reprehensible. In her view, given the totality of the circumstances of the case, the length of the trial and the litigation that had taken place over the course of the past decade, it was appropriate to award a high amount of costs. In my opinion, the application judge’s exercise of discretion is not impeachable and the amount of \$12,500 should stand.

[23] That said, the appellant attacks the additional order that the costs be paid out of amounts owing by the respondent to her. From the record it would appear the only amount of money owed by the respondent to the appellant is retroactive child support for the year 2014. So the question becomes whether it is proper in law to set-off child

support against another debt owed by a spouse to the one who should have received the child support.

[24] This issue, of setting off a cost award against child support, is one of first impression for this Court. So we begin with first principles. In *D.B.S. v. S.R.G.*, [2006] 2 S.C.R. 231, [2006] S.C.J. No. 37 (QL), Bastarache J. restates the principles with respect to the context of retroactive child support. His analysis begins with the proposition that child support is the right of the child. He explains:

These core principles animate the support obligations that parents have towards their children. They include: child support is the right of the child; the right to support survives the breakdown of a child's parents' marriage; child support should, as much as possible, provide children with the same standard of living they enjoyed when their parents were together; and finally, the specific amounts of child support owed will vary based upon the income of the payor parent. [para. 38]

[25] We know from the jurisprudence of two other Courts of Appeal that a set-off against future child support would be inconceivable. In rare cases, a judge could consider a set-off against arrears of child support: *Jamison v. Loureiro*, 2010 BCCA 52, [2010] B.C.J. No. 182 (QL). There is no unyielding rule with respect to a set-off of arrears of child support, and although it would be a very rare case it would depend on the facts of the case. In *H.P. v. W.P.*, 2008 ONCJ 615, [2008] O.J. No. 4791 (QL), the application judge determined the child would not suffer from a set-off of an award of costs against arrears for child support. In *Petroczi v. Petroczi*, 2011 BCSC 1223, [2011] B.C.J. No. 1719 (QL), the application judge found the circumstances of the case permitted him the unusual step of setting off the costs against retroactive child support.

[26] The Nova Scotia Court of Appeal in *Barkhouse v. Wile*, 2014 NSCA 11, [2014] N.S.J. No. 23 (QL), after reviewing the pertinent jurisprudence, commented as a general rule setting off a spousal debt against child support is undesirable and to be avoided. However, it went on to set out the following criteria a judge might consider in

order to determine if it is appropriate to set-off some or all of the child support against costs associated with litigating the issue. Bryson J.A. states:

Certainly, as a general rule, setting off a spousal debt against child support is undesirable and is to be avoided. However, the circumstances of a particular case may dictate otherwise. Accordingly, where:

(a) the debt involved -- costs here -- was incurred in connection with the support claim;

(b) there is no reasonable prospect that the payor spouse will collect costs from the defaulting payee spouse:

(c) there would be no adverse impact on the children involved

(d) it would not otherwise be inequitable to order a set-off

then it may be appropriate to set-off some or all of child support against costs associated with litigating that issue. However, the burden of establishing no adverse impact on the children should rest with the spouse seeking set-off. In such cases it will be a matter of discretion for the trial judge, considering the foregoing principles, to decide if, and to what extent, set-off should be ordered. [para. 20]

[27] In this case, the amount owed to the appellant is retroactive child support for the year 2014. In that year, the respondent received a lump payment from his military pension benefits. The appellant received a portion (\$89,600) of the retirement pension plan held by the respondent during the period of their cohabitation in accordance with the *Pension Benefits Division Act*, S.C. 1992, c. 46, Sch. II. The respondent argued before the application judge his child support obligations for the year 2014 should only be based upon his professional and employment income. He submitted the after-tax sums received in the pension payout were used to pay existing debts and a small portion was paid into an RRSP. The appellant requested the respondent pay child support based upon his total income of \$750,982.05 as set out in his 2014 Income Tax Return. The income would have generated a child support obligation in the amount of \$6,204.05 monthly or

\$74,448.60 for that year. The respondent had paid monthly child support in 2014 of \$1725.70 or \$20,708.40.

[28] The application judge found it inappropriate to order the payment of child support pursuant to the table amount based on the respondent's total income for 2014 because the payment of the pension benefits was an anomaly in the respondent's income and was used to pay debts, some of which were joint debts of the parties. She found it also inappropriate because MGRM will now no longer be in the care of the appellant. Since the appellant sought the payment of these monies on a retroactive basis, the application judge found it would result in a windfall to the appellant and under these circumstances would not benefit the child.

[29] Taking into consideration that, in 2014, the appellant was struggling financially and the respondent did have an increased ability to pay child support the application judge made the following order:

Acknowledging that this figure is somewhat arbitrary, I assess a further child support obligation to the respondent for the year 2014 in the amount of \$16,515.90. I have come to this figure by accepting one half of the table amount for the respondent's total income of \$74,448.60, dividing this figure in two and subtracting the amounts actually paid by the respondent in 2014. [para. 210]

[30] It should be noted the amount of \$16,515.90 was not appealed. The application judge in her final order subtracted the cost award from the retroactive child support leaving a net amount owing to the appellant of \$4015.90. The question becomes, in the circumstances of this case, if it is appropriate to set-off this retroactive child support against costs.

[31] There is no reason to reinvent the wheel. I agree with the reasoning of Bryson J.A. in *Barkhouse*. A set-off for arrears or retroactive child support is undesirable and should be avoided. I would also adopt the four criteria listed by Bryson J.A. in *Barkhouse* for a judge's consideration in a case such as this.

[32] While the application judge did not refer to any jurisprudence concerning an equitable set-off she made the following findings: the appellant has an inability to pay costs; the retroactive support would not benefit the child since he no longer lives with the appellant; and the retroactive support will be a windfall for the appellant. This is, in my view, sufficient to support the discretionary order of set-off the application judge made. This is one of those rare cases where it was appropriate to set-off costs associated with litigating the issue against retroactive child support. This ground of appeal is, therefore, without merit. I would uphold the cost award and the set-off.

VI. Disposition

[33] Clearly the appellant has been partially successful on the appeal and I would award her \$2,500 costs. The respondent, if successful, sought solicitor-client costs. I would have rejected the respondent's demand for solicitor-client costs because the factors argued in favour of such an order had already been considered by the application judge in making her cost award below. This appeal was not frivolous or vexatious. There were three arguable issues on this appeal.

[34] For these reasons, I would allow the appeal and remit the issue of the spousal support order to the Court of Queen's Bench for determination, with costs of \$2,500 payable by the respondent to the appellant.

LA JUGE LARLEE

[1] Dans le présent appel, la mère appelante conteste une ordonnance rendue par une juge de la Cour du Banc de la Reine sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1983, ch. F-2.2, qui lui refuse la garde exclusive de l'enfant des parties, lui refuse des aliments matrimoniaux et la condamne à des dépens. La décision de la juge saisie de la requête est publiée (2016 NBBR 150, 452 R.N.-B. (2^e) 51).

I. Le contexte

[2] Les parties se sont rencontrées à Montréal en l'an 2000. La mère, LRR, est âgée de 57 ans. Elle a un baccalauréat en traduction et en interprétation, ainsi qu'un baccalauréat en droit, tous de l'Université de Moncton, et elle a obtenu une maîtrise en traduction en 2006. Elle a toujours travaillé par intermittence dans le domaine de l'interprétation. Le père intimé, EM, est âgé de 52 ans. Il est dentiste militaire à la retraite. Les parties vivaient ensemble lorsque leur fils, MGRM, est né à Montréal en 2004. Peu après sa naissance, elles ont déménagé de Montréal à Ottawa et se sont séparées en 2006. En 2007, la mère a déménagé à Fredericton avec le fils et le père a obtenu un transfert au Nouveau-Brunswick peu de temps après. MGRM est maintenant âgé de 13 ans. Le dossier révèle que la garde de l'enfant a fait l'objet d'une longue bataille juridique menée dans un climat de méfiance. Il n'est pas nécessaire d'exposer dans le détail toutes les procédures engagées, mais mentionnons qu'il y a eu de nombreuses comparutions en cour sur une période de dix ans et que la police ainsi que les services sociaux sont intervenus auprès de cette famille un certain nombre de fois.

II. Les conclusions de la juge

[3] À l'issue d'une audience de dix jours, la juge a rendu une ordonnance qui, notamment, accordait la garde exclusive de l'enfant au père et des droits d'accès à la

mère. Elle a rejeté la prétention de la mère à des aliments matrimoniaux de la part du père et elle a condamné la mère à des dépens de 12 500 \$. En ce qui concerne les dépens, la juge a jouté que [TRADUCTION] « [c]omme la requérante n'a pas les moyens de payer une telle attribution de dépens, celle-ci sera déduite des montants que lui doit l'intimé ».

III. Moyens d'appel

[4] L'appelante invoque trois moyens d'appel. Elle prétend que la juge saisie de la requête a commis une erreur en accordant la garde exclusive de l'enfant au père. Plus précisément, elle prétend que la juge saisie de la requête a commis une erreur dans l'interprétation de la preuve et dans son application à la définition de « l'intérêt supérieur de l'enfant » qui est énoncée à l'art. 1 de la *Loi*. Elle sollicite une ordonnance lui attribuant la garde exclusive de MGRM et des droits d'accès au père.

[5] En second lieu, elle prétend que la juge saisie de la requête a commis une erreur de droit en ne rendant pas d'ordonnance alimentaire à son profit parce qu'elle y avait droit. Elle fait valoir que la juge n'a pas suffisamment motivé sa conclusion à cet égard et a ainsi commis une erreur manifeste et dominante dans son évaluation de la preuve.

[6] Enfin, elle prétend que la juge saisie de la requête a commis une erreur en prenant sa conduite en considération au moment d'accorder au père des dépens de 12 500 \$ et a également commis une erreur en ordonnant que le montant des dépens soit déduit des sommes que le père lui doit au titre des aliments rétroactifs au profit de l'enfant.

IV. Les textes législatifs applicables

[7] Les dispositions législatives pertinentes sont annexées aux présents motifs (voir Annexe A).

V. Norme de contrôle

[8] La norme de contrôle applicable en matière familiale a été réitérée dans certains arrêts récents de notre Cour : l'intervention de notre Cour 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, voir l'arrêt *L.D.M. c. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] A.N.-B. n° 259 (QL), le juge d'appel Green, aux par. 9 et 10.

[9] En ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait et aux ordonnances discrétionnaires (y compris l'attribution des dépens), le juge d'appel Richard a dit ce qui suit dans l'arrêt *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. n° 348 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION]

Il est tout aussi clair, en droit, que la Cour d'appel ne peut juger l'affaire de nouveau. La Cour d'appel ne peut infirmer une conclusion de fait du juge du procès que si celle-ci résulte d'une erreur manifeste et dominante et ne peut modifier une ordonnance discrétionnaire que si celle-ci est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir les arrêts *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (QL), 2002 CSC 33 et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, [2005] A.C.S. n° 24 (QL), 2005 CSC 25, pour ce qui concerne les conclusions de fait, et l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, [2003] A.C.S. n° 76 (QL), 2003 CSC 71, au par. 43, pour ce qui concerne les ordonnances discrétionnaires). [par. 3]

V. Analyse

A. « Intérêt supérieur de l'enfant »

[10] Dans une instance se rapportant à la garde d'un enfant, l'analyse a comme point de départ le par. 129(1) de la *Loi* qui dispose que les parents ont la garde conjointe

d'un enfant à moins qu'une entente de séparation ou une ordonnance judiciaire ne prescrive le contraire. De par sa nature même, une ordonnance de garde conjointe exige des parents qu'ils prennent part aux décisions importantes dans tous les domaines qui touchent un enfant. Cela nécessite une certaine coopération entre les parents et suppose qu'ils ont la capacité de communiquer de façon efficace l'un avec l'autre : *J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n° 16 (QL), au par. 8, la juge d'appel Baird.

[11] Les tribunaux ordonnent la garde conjointe, même dans les cas de conflit important, lorsqu'ils sont convaincus que cela est dans « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Toutefois, les juges reconnaissent que la garde conjointe est inappropriée si la communication entre les parents est empreinte d'acrimonie et est préjudiciable au bien-être de l'enfant : *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99, aux par. 13 et 14, et *F.M. c. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 R.N.-B. (2^e) 240, au par. 21.

[12] La juge saisie de la requête a commencé son analyse en citant la définition de l'« intérêt supérieur de l'enfant » qui est énoncée à l'art. 1 de la *Loi*. Elle a ensuite mentionné des facteurs additionnels énoncés dans une décision souvent citée de la Cour du Banc de la Reine : *Shaw c. Shaw* (1997), 189 R.N.-B. (2^e) 84, [1997] A.N.-B. n° 211 (QL). Puis, elle a effectué une analyse approfondie de chaque critère pertinent. Il n'est pas nécessaire que je commente chaque critère puisqu'il y avait des preuves à l'appui de ses conclusions. Les parties se disputent la garde de leur fils depuis dix ans et la juge a conclu que cette lutte pour l'obtention de la garde a complètement déstabilisé l'enfance de MGRM. Selon la mère, le père n'a jamais reconnu les problèmes de santé de MGRM, notamment une sensibilité aux produits laitiers, de l'asthme, de l'hyperactivité et un trouble de l'attention qui entraîne des difficultés d'apprentissage. Elle estime être la seule personne capable de prendre soin de l'enfant. La juge saisie de la requête en est arrivée à une conclusion différente à cet égard :

[TRADUCTION]

Je ne suis pas convaincue que M.G.R.M. est un enfant qui nécessite un traitement ou des soins particuliers. À mon avis, l'intimé est davantage en mesure d'assurer le bien-être de M.G.R.M. sur les plans mental, affectif et physique.

Bien que la requérante ait manifesté un énorme intérêt et dévouement à l'égard de M.G.R.M., on doit se demander si ces interventions ont toutes été dans l'intérêt supérieur de M.G.R.M. [par. 147]

[13] Le point de vue d'un enfant de cet âge est important. Le juge saisi d'une requête ne peut s'en remettre à l'opinion de l'enfant, mais il doit la prendre en considération au même titre que les autres facteurs. Dans son « évaluation relative à la parole de l'enfant », la psychologue a décrit MGRM comme un jeune homme charmant, sensible et courageux. Il a clairement exprimé ses souhaits : il veut vivre avec son père et rendre visite à sa mère. Il a dit être en sécurité sous la garde de son père et y connaître de la stabilité et il préférerait la routine du foyer de son père à celle du foyer de sa mère.

[14] Dans sa décision, la juge saisie de la requête en est arrivée à la conclusion suivante qui, à mon avis, fait pencher la balance en faveur d'une ordonnance attribuant la garde exclusive au père :

[TRADUCTION]

Je n'ai absolument aucune confiance en la capacité de la requérante à communiquer de quelque manière que ce soit, ne serait-ce qu'avec maturité et de façon responsable, avec l'intimé. Dans les affaires de garde difficiles de cette nature, nous sommes souvent confrontés à des personnes qui font preuve d'un piètre jugement et qui ont un comportement regrettable dans les premiers mois ou l'année qui suivent une séparation. Sans approuver un tel comportement, la Cour est en mesure de prendre un peu de distance et d'accepter le fait que lorsque les adultes vivent des situations personnelles difficiles, leur comportement peut s'en ressentir.

Dans la présente affaire, le comportement de la requérante au cours des deux premières années qui ont suivi la séparation a été répréhensible. Cependant, la Cour trouve particulièrement troublant le fait qu'au terme de près d'une décennie, le comportement de la requérante ne s'est pas amélioré. À mon avis, la requérante ne sera jamais en mesure, quelle qu'en soit la raison, de communiquer avec l'intimé de façon responsable et empreinte de maturité.

Je ne doute pas un seul instant que l'intimé ait pu parfois lever la voix et exprimer une extrême frustration à l'endroit de la requérante. Je suis certain que l'intimé n'a pas été un saint dans toutes ses communications avec la requérante. Cependant, si l'[on] fait la part des choses entre les deux, il ne fait aucun doute que l'intimé est le parent qui est le plus prêt à communiquer de façon responsable et empreinte de maturité. [par. 163 à 165]

Puis ceci :

[TRADUCTION]

À la lumière de la preuve dont je suis saisie dans la présente affaire, je ne suis pas persuadée que le bien-être affectif de M.G.R.M. peut être assuré entre les mains de la requérante. De plus, je crains beaucoup que toute autre exposition de celui-ci à ce conflit sans fin entre ses parents ait des conséquences à long terme pour lui. Malheureusement, je ne vois pas d'autre solution que de confier la garde exclusive de M.G.R.M. à l'intimé. La question qui demande davantage de réflexion est de savoir quel accès approprié accorder à la requérante. [par. 190]

[15] J'estime que la juge saisie de la requête s'est appuyée sur la jurisprudence pertinente et a mené une analyse approfondie en ce qui concerne la preuve. Je ne constate aucune erreur dans l'interprétation de la preuve en ce qui concerne la question de la garde. Au contraire, il existe suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de sa conclusion. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. Aliments matrimoniaux

[16] Le droit aux aliments matrimoniaux lorsqu'il s'agit de personnes non mariées est énoncé au par. 112(3) de la *Loi*. Le montant des aliments est établi en fonction de critères qui sont énoncés au par.115(6) de la *Loi*. Le paragraphe 112(3) fait état d'une ordonnance alimentaire dans le cas d'un couple qui vit ensemble, mais n'est pas marié. Si deux personnes ont vécu ensemble continuellement pendant au moins trois ans dans une relation familiale où l'une a été substantiellement dépendante de l'autre pour son soutien, ou dans une relation familiale, de façon assez continue, lorsqu'il y a

eu naissance d'un enfant dont elles sont les parents naturels, l'obligation alimentaire est la même que celle d'un couple marié. Habituellement, dans ce cas, la question la plus difficile à trancher est celle de savoir si une personne, le plus souvent celle qui demande des aliments, était substantiellement dépendante de l'autre pour son soutien au cours de la relation : *Carruthers c. Léger*, 2017 NBBR 167, [2017] A.N.-B. n° 240 (QL), par. 25; et *Duguay c. Noël*, 2010 NBBR 297, [2010] A.N.-B. n° 297 (QL), par. 167. Notre Cour a examiné la définition de l'expression « substantiellement dépendante » à trois reprises : *McCormick c. La succession de Gilles Doiron et Hilda Power*, 2009 NBCA 19, 343 R.N.-B. (2^e) 166, par. 41; *S.M. c. R.S.*, 2003 NBCA 6, 256 R.N.-B. (2^e) 108, par. 44, et *Hedan c. Mallet* (1991), 123 R.N.-B. (2^e) 389, [1991] A.N.-B. n° 529 (C.A.) (QL).

[17] Il est question, au paragraphe 115(6), de la détermination du montant de la prestation alimentaire et on y énumère des critères que le juge doit prendre en considération en tenant compte de tous les éléments de la situation des parties. Il est à remarquer que ce paragraphe commence par les mots « [a]vant de fixer [...] le montant de la prestation de soutien [...] si prestation il y a ». Il est permis de penser qu'il se peut qu'il existe un droit à des aliments mais, si le juge en décide ainsi, qu'aucun montant ne soit accordé : *Tays c. Bastiaens*, 2011 NBBR 217, 375 R.N.-B. (2^e) 31, par. 46. Ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce. Dans son analyse, la juge saisie de la requête a omis toute mention du par. 112(3) de la *Loi* et est directement passée à l'examen du montant des aliments qu'il y avait lieu d'accorder sous le régime du par. 115(6). Elle a appliqué les critères énoncés à ce paragraphe aux faits de l'instance et a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Dans la présente affaire, étant donné les divers critères énoncés au paragraphe 115(6) de la *Loi sur les services à la famille*, les faits suivants sont pertinents :

a) La requérante est une personne très intelligente, bien formée, très instruite et très qualifiée, qui est en mesure de subvenir à ses propres besoins.

- b) Lorsque les parties se sont rencontrées, la requérante vivait de prestations de l'aide sociale et ne travaillait pas depuis environ trois ans.
- c) La requérante connaît depuis longtemps des difficultés à conserver un emploi. Son incapacité à conserver un emploi n'est pas liée aux relations entre les parties.
- d) Les parties ont vécu ensemble [pendant] environ six ans.
- e) Le niveau de vie des parties s'est accru substantiellement depuis le moment où elles se sont rencontrées en janvier 2000 jusqu'à leur séparation en décembre 2006.
- f) La requérante a été en mesure de réaliser son potentiel de carrière et a obtenu une maîtrise durant la cohabitation.
- g) L'intimé a aidé la requérante à terminer sa maîtrise en soutenant ses efforts et en s'occupant de M.G.R.M.
- h) L'intimé a par la suite remboursé la dette contractée par la requérante pendant qu'elle terminait son programme de maîtrise. [par. 214]

Elle a ensuite refusé d'accorder des aliments matrimoniaux.

[18] La preuve révèle que les parties ont vécu ensemble continuellement dans une relation familiale pendant au moins trois ans, savoir d'octobre 2000 à décembre 2006; elles ont eu un enfant; et l'appelante a déposé une demande en vue d'obtenir des aliments matrimoniaux en 2007. Si elle avait été substantiellement dépendante de l'intimé pendant la cohabitation, elle aurait pu avoir droit à des aliments. À première vue, il est difficile de ne pas tenir compte des faits suivants : l'appelante vivait de prestations de l'aide sociale lorsque les parties se sont rencontrées et elle ne travaillait pas depuis trois ans; elle n'a pas travaillé de 2003 à 2004 afin de s'occuper de sa grossesse puis de prendre soin de l'enfant; avec l'appui du père, elle a ensuite obtenu une maîtrise mais elle n'a toujours travaillé que sporadiquement; et, au moment de la séparation, elle gagnait 20 000 \$ par année alors qu'il touchait un salaire annuel de 185 000 \$.

[19] La juge saisie de la requête a commis une erreur de droit en n'examinant pas d'abord le droit énoncé au par. 112(3) avant d'examiner le montant qu'il y avait lieu d'accorder en vertu du par.115(6). Elle aurait pu conclure à l'inexistence d'un droit à des aliments parce qu'elle a conclu que ce n'est qu'en 2014 que la requérante avait déposé une demande en vue d'obtenir des aliments matrimoniaux. Il n'existe pas de droit à des aliments à moins que les parties n'aient vécu ensemble au cours de l'année précédente. Cette conclusion selon laquelle ce n'est qu'en 2014 qu'une demande de prestations alimentaires a été faite est erronée puisque l'appelante a déposé une demande à Ottawa en 2007 puis de nouveau au Nouveau-Brunswick en juin 2007. La conclusion selon laquelle aucune prestation alimentaire matrimoniale n'a été demandée avant 2014 constitue une erreur manifeste et dominante. Étant donné l'absence d'analyse du droit prévu au par. 112(3) et l'erreur commise en ce qui concerne le moment où a été faite la demande en vue d'obtenir des aliments matrimoniaux, ce moyen d'appel doit être accueilli.

[20] Je suis d'avis d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience en ce qui concerne la demande de l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance alimentaire matrimoniale afin, notamment, que soit convenablement tranchée la question de la « dépendance substantielle » visée au par. 112(3) et, pour le cas où il existerait un droit à des aliments, que soit effectuée une analyse en vertu du par. 115(6) de la *Loi*.

C. Les dépens accordés

[21] À mon avis, la juge saisie de la requête avait le pouvoir discrétionnaire de conclure que l'issue du procès était favorable à l'intimé sur la question la plus litigieuse qu'était la garde. Elle lui a attribué la garde exclusive de l'enfant et lui a par conséquent accordé des dépens. Je réitère les observations qu'a faites le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. c. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 358, [1998] A.N.-B. n^o 412 (C.A.) (QL), sur la question de l'attribution de dépens à l'issue de la cause :

[TRADUCTION]

Il ne fait aucun doute que, lorsque le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire relativement aux dépens, notre Cour n'interviendra pas sauf si elle est convaincue que le juge a commis une erreur manifeste en exerçant ce pouvoir. Voir *Williams et al. c. Saint John (City), New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 10 [...] (C.A.). [...]

La règle générale veut que la partie qui a eu gain de cause ait droit aux dépens. On dit que « les dépens suivent l'issue de la cause ». Dans *Distributeur Norbec Enrg. and Gagnon c. Daigle (Clarence) & Fils Ltée* (1984), 57 R.N.-B. (2^e) 269 [...] notre Cour a exprimé la règle de la façon suivante, à la page 277 :

[...] Ordinairement la partie qui a gain de cause a droit à ses dépens, bien qu'il ne fait pas de doute que le juge peut exercer sa discrétion en les lui refusant. Mais cette discrétion doit toutefois être exercée conformément aux objectifs de la loi.
[par. 34 et 35]

[22] En l'espèce, après avoir déterminé que l'intimé était la partie qui avait eu gain de cause, la juge saisie de la requête lui a attribué des dépens de 12 500 \$. Elle lui a accordé des dépens considérables parce qu'elle a conclu que les actes de l'appelante avaient prolongé les procédures, ce qui avait occasionné des retards et des frais supplémentaires pour tout le monde. Elle a qualifié les actes de l'appelante de répréhensibles. Elle a estimé qu'étant donné l'ensemble des circonstances de l'espèce, la longueur du procès et le litige qui avait eu lieu au cours de la dernière décennie, il convenait d'accorder des dépens dont le montant était élevé. À mon avis, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge saisie de la requête n'est pas susceptible d'infirmer et le montant de 12 500 \$ devrait être confirmé.

[23] Cela dit, l'appelante conteste l'ordonnance additionnelle portant que les dépens doivent être payés sur les sommes que l'intimé lui doit. Il semble ressortir du dossier que la seule somme d'argent que l'intimé doit à l'appelante soit les aliments rétroactifs pour l'enfant pour l'année 2014. Il s'agit donc de savoir si l'on peut, à bon

droit, opérer compensation entre les aliments pour enfant et une autre dette qu'un des conjoints a envers celui qui aurait dû recevoir les aliments pour enfant.

[24] Cette question, savoir celle de la compensation entre les dépens et les aliments pour enfant, est une question que notre Cour examine pour la première fois. Nous commençons donc par examiner les principes importants. Dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, [2006] 2 R.C.S. 231, [2006] A.C.S. n° 37 (QL), le juge Bastarache a réaffirmé les principes applicables dans le contexte des aliments rétroactifs pour enfant. Son analyse commence par la proposition selon laquelle le titulaire du droit aux aliments pour enfant est l'enfant. Voici l'explication qu'il a donnée :

Ces principes fondamentaux sous-tendent l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants. Au nombre de ces principes, mentionnons que les aliments sont un droit de l'enfant et que ce droit continue d'exister après la rupture du mariage, que les aliments doivent autant que possible permettre à l'enfant de conserver le niveau de vie qu'il avait avant la séparation de ses parents et que le montant de la pension alimentaire est fonction du revenu du parent débiteur. [par. 38]

[25] Nous savons, d'après la jurisprudence de deux autres cours d'appel, qu'une déduction effectuée sur des aliments futurs pour enfant serait inconcevable. Dans de rares cas, le juge peut envisager une déduction sur un arriéré d'aliments pour enfant : *Jamieson c. Loureiro*, 2010 BCCA 52, [2010] B.C.J. No. 182 (QL). Il n'existe pas de règle stricte en ce qui concerne une déduction effectuée sur un arriéré d'aliments pour enfant et bien qu'elle ne soit envisagée que dans de très rares cas, elle dépendrait des faits de l'instance. Dans la décision *H.P. c. W.P.*, 2008 ONCJ 615, [2008] O.J. No. 4791 (QL), le juge saisi de la requête a estimé que la déduction des dépens de l'arriéré d'aliments pour enfant ne causerait pas de préjudice à l'enfant. Dans la décision *Petroczi c. Petroczi*, 2011 BCSC 1223, [2011] B.C.J. No. 1719 (QL), le juge saisi de la requête a conclu que les circonstances de l'affaire l'autorisaient à prendre une mesure inhabituelle qui consistait à porter les dépens en déduction des aliments rétroactifs pour les enfants.

[26] Dans l'arrêt *Barkhouse c. Wile*, 2014 NSCA 11, [2014] N.S.J. No. 23 (QL), la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, après avoir examiné la jurisprudence pertinente, a fait observer qu'en règle générale, la compensation entre une dette conjugale et les aliments pour enfant n'est pas souhaitable et est à proscrire. Toutefois, elle a ensuite énoncé les critères suivants qu'un juge pourrait prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'opérer compensation entre une partie ou la totalité des aliments pour enfant et les dépens associés à l'instruction du litige. Voici ce qu'a dit le juge d'appel Bryson :

[TRADUCTION]

Il est certain qu'en règle générale, la compensation entre une dette conjugale et les aliments pour enfant n'est pas souhaitable et est à proscrire. Toutefois, des circonstances particulières peuvent prescrire le contraire. Par conséquent, lorsque

- a) la dette en question – savoir des dépens, en l'espèce – a été contractée relativement à la demande en vue d'obtenir des aliments;
- b) il n'y a aucune possibilité raisonnable que le conjoint débiteur recouvre les dépens auprès du conjoint bénéficiaire défaillant;
- c) la compensation n'aurait aucune incidence négative sur les enfants concernés;
- d) il ne serait pas par ailleurs inéquitable d'ordonner la compensation;

il peut être indiqué d'opérer compensation entre une partie ou la totalité des aliments pour enfant et les dépens associés à l'instruction du litige. Toutefois, c'est au conjoint qui sollicite la compensation qu'il devrait incomber d'établir l'absence d'incidence négative sur les enfants. Dans ce cas, le juge du procès aura le pouvoir discrétionnaire de décider, à la lumière des principes susmentionnés, si et dans quelle mesure la compensation doit être ordonnée. [par. 20]

[27] En l'espèce, la somme due à l'appelante consiste en des aliments rétroactifs pour l'enfant pour l'année 2014. Cette année-là, l'intimé a reçu un paiement

forfaitaire au titre de ses prestations de retraite de militaire. Conformément à la *Loi sur le partage des prestations de retraite*, L.C. 1992, ch. 46, ann. II, l'appelante a reçu une partie (89 600 \$) du régime de pension dont l'intimé a été titulaire pendant leur cohabitation. L'intimé a fait valoir devant la juge saisie de la requête que ses obligations alimentaires envers l'enfant pour l'année 2014 ne devaient être fondées que sur son revenu de profession libérale et d'emploi. Il a fait valoir que les montants après impôt reçus lors du versement de sa pension ont été utilisés pour acquitter des dettes existantes et qu'une petite partie a été versée dans un REER. L'appelante a demandé que l'intimé paye des aliments pour enfant fondés sur son revenu total de 750 982,05 \$ qui est mentionné dans sa déclaration de revenus de 2014. Ce revenu se serait traduit par une obligation alimentaire à l'endroit de l'enfant de 6 204,05 \$ par mois ou de 74 448,60 \$ pour l'année. En 2014, l'intimé avait versé des aliments pour enfant de 1 725,70 \$ par mois, soit 20 708,40 \$.

[28] La juge saisie de la requête a conclu qu'il n'était pas indiqué d'ordonner le versement d'aliments pour enfant établis selon le montant prévu dans la table applicable pour le revenu total de l'intimé pour l'année 2014 parce que le paiement des prestations de retraite était une anomalie dans le revenu de l'intimé et celles-ci avaient été utilisées pour rembourser des dettes, dont certaines étaient communes aux parties. Elle a également conclu que cela n'était pas indiqué parce que MGRM ne serait plus à la charge de l'appelante. Puisque l'appelante avait sollicité le paiement de ces sommes à titre rétroactif, la juge saisie de la requête a conclu que cela aurait pour effet de procurer à la requérante un gain fortuit qui, dans les circonstances, ne profiterait pas à l'enfant.

[29] Compte tenu du fait qu'en 2014, l'appelante avait des difficultés financières importantes et l'intimé disposait de moyens plus élevés pour payer la pension alimentaire pour enfant, la juge saisie de la requête a rendu l'ordonnance suivante :

[TRADUCTION]

Bien que je reconnaisse que ce chiffre est quelque peu arbitraire, j'évalue l'autre obligation au titre de la pension alimentaire pour enfants incombant à l'intimé pour l'année 2014 à 16 515,90 \$. J'ai obtenu ce chiffre en acceptant la

moitié du montant indiqué dans la table pour le revenu total de l'intimé de 74 448,60 \$, et j'ai divisé ce chiffre en deux et soustrait les montants effectivement payés par l'intimé en 2014. [par. 210]

[30] Il est à remarquer qu'il n'y a pas eu appel du montant de 16 515,90 \$. Dans son ordonnance définitive, la juge saisie de la requête a soustrait les dépens accordés des aliments rétroactifs pour enfant de sorte que le montant dû à l'appelante s'établissait à 4 015,90 \$. La question, dans les circonstances qui nous occupent, devient celle de savoir s'il est approprié d'opérer compensation entre les aliments rétroactifs pour enfant et les dépens.

[31] Il n'est nul besoin de réinventer la roue. Je souscris au raisonnement du juge d'appel Bryson dans l'arrêt *Barkhouse*. Une compensation au titre d'un arriéré ou d'aliments rétroactifs pour enfant n'est pas souhaitable et devrait être évitée. Je suis également d'avis d'adopter les quatre critères qu'a énumérés le juge Bryson dans l'arrêt *Barkhouse* afin qu'ils soient pris en considération par le juge dans une affaire comme celle qui nous occupe.

[32] Bien que la juge saisie de la requête n'ait invoqué aucune décision se rapportant à la question d'une compensation équitable, elle a tiré les conclusions suivantes : l'appelante est dans l'incapacité de payer les dépens; les aliments rétroactifs ne profiteraient pas à l'enfant puisqu'il ne vit plus avec l'appelante; et les aliments rétroactifs allaient procurer un gain fortuit à l'appelante. Cela, à mon sens, est suffisant pour appuyer l'ordonnance discrétionnaire portant compensation qu'a rendue la juge saisie de la requête. Il s'agit en l'espèce d'un de ces rares cas où il était indiqué d'opérer compensation entre les dépens associés à l'instruction du litige et les aliments rétroactifs pour enfant. Ce moyen d'appel est donc sans fondement. Je suis d'avis de confirmer le montant des dépens et la compensation.

VI. Dispositif

[33] Il est clair que l'appelante a partiellement eu gain de cause dans le cadre de l'appel et je suis d'avis de lui accorder des dépens de 2 500 \$. L'intimé, pour le cas où il aurait gain de cause, a sollicité les frais entre avocat et client. J'étais d'avis de rejeter la demande de l'intimé en vue d'obtenir les frais entre avocat et client parce que les facteurs invoqués en faveur d'une ordonnance de cette nature avaient déjà été pris en considération par la juge saisie de la requête lorsqu'elle a attribué les dépens dans le cadre de la première instance. Le présent appel n'était ni frivole ni vexatoire. Il y avait trois questions litigieuses à examiner dans le présent appel.

[34] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer la question de l'ordonnance alimentaire au profit de la conjointe à la Cour du Banc de la Reine afin qu'elle la tranche, l'intimé étant condamné à verser des dépens de 2 500 \$ à l'appelante.

APPENDIX "A"/ ANNEXE « A »

Family Services Act, S.N.B. 1983, c. F-2.2: / Loi sur les services à la famille, L.N.-B.

1983, ch. F-2.2 :

112(3) Two persons, not being married to each other, who have lived together

112(3) L'obligation énoncée au paragraphe (1) s'applique aussi à deux personnes, non mariées l'une à l'autre, qui ont vécu ensemble

(a) continuously for a period of not less than three years in a family relationship in which one person has been substantially dependent upon the other for support, or

a) continuellement pendant au moins trois ans dans une relation familiale où l'une a été substantiellement dépendante de l'autre pour son soutien, ou

(b) in a family relationship of some permanence where there is a child born of whom they are the natural parents,

b) dans une relation familiale, de façon assez continue, lorsqu'il y a eu naissance d'un enfant dont elles sont les parents naturels,

and have lived together in that relationship within the preceding year, have the same obligation as that set out in subsection (1).

et qui ont ainsi vécu ensemble au cours de l'année précédente.

115(6) In determining the amount, if any, of support in relation to need, for a dependant who is neither a child nor a child at or over the age of majority, the court shall consider all the circumstances of the parties, including,

115(6) Avant de fixer, eu égard au besoin, le montant de la prestation de soutien pour une personne à charge qui n'est pas un enfant ou qui n'est pas un enfant majeur, si prestation il y a, la cour doit prendre en considération tous les éléments de la situation des parties, y compris

(a) the assets and means of the dependant and of the respondent and any benefit or loss of benefit under a pension plan or annuity;

a) les biens et les moyens de la personne à charge et du défendeur ainsi que les prestations ou pertes de prestations au titre d'une pension ou d'une rente;

(b) the capacity of the dependant to provide for his or her own support;

b) la capacité de la personne à charge de pourvoir elle-même à son soutien;

(c) the capacity of the respondent to provide support;

c) la capacité du défendeur de verser des prestations de soutien;

(d) the age and the physical and mental health of the dependant and of the

d) l'âge et l'état de santé physique et mentale de la personne à charge et du

respondent;	défendeur;
(e) whether any physical or mental disability or other cause exists that impairs the ability of the dependant to support himself;	e) la présence d'un handicap physique ou mental ou d'une autre cause réduisant la faculté de la personne à charge de pourvoir elle-même à son soutien;
(f) the length of time the dependant and respondent cohabited;	f) la durée de cohabitation de la personne à charge et du défendeur;
(g) the needs of the dependant, having regard to the accustomed standard of living while the parties cohabited;	g) les besoins de la personne à charge, compte tenu du niveau de vie auquel elle était habituée à l'époque où les parties cohabitaient;
(h) the measures available for the dependant to become financially independent and the length of time and cost involved to enable the dependant to take such measures;	h) les mesures que peut prendre la personne à charge pour acquérir son indépendance financière ainsi que le temps dont elle aura besoin pour prendre ces mesures et le coût correspondant;
(i) the legal obligation of the respondent to provide support for any other person;	i) l'obligation légale du défendeur de pourvoir au soutien de toute autre personne;
(j) the desirability of the dependant or respondent remaining at home to care for a child;	j) l'opportunité pour la personne à charge ou le défendeur de demeurer à la maison pour se charger d'un enfant;
(k) any contribution by the dependant to the realization of the career potential of the respondent;	k) la part que la personne à charge a prise à la réalisation du potentiel professionnel du défendeur;
(l) Repealed: 1997, c.59, s.3	l) Abrogé : 1997, ch. 59, art. 3
(m) Repealed: 1997, c.59, s.3	m) Abrogé : 1997, ch. 59, art. 3
(n) Repealed: 1997, c.59, s.3	n) Abrogé : 1997, ch. 59, art. 3
(o) where the dependant is a spouse, the effect on his or her earning capacity of the responsibilities assumed during cohabitation;	o) lorsque la personne à charge est un conjoint, l'effet des responsabilités assumées durant la cohabitation sur sa capacité de gain;
(p) where the dependant is a spouse, whether the dependant spouse has	p) lorsque la personne à charge est un conjoint, le fait pour elle d'avoir entrepris

undertaken the care of another dependant who is of the age of nineteen years or over and unable by reason of illness, disability or other cause to withdraw from the charge of the dependant spouse;

(q) where the dependant is a spouse, whether the dependant spouse has undertaken to assist in the continuation of a program of education for another dependant who is of the age of nineteen years or over and unable for that reason to withdraw from the charge of the dependant spouse;

(r) where the dependant is a spouse, any housekeeping, child care or other domestic service performed by the spouse for the family, in the same way as if the spouse were devoting the time spent in performing that service in remunerative employment and were contributing the earnings therefrom to the support of the family;

(s) any other legal right of the dependant to support other than out of public assistance programs; and

(t) the conduct of the parties, where such conduct unreasonably precipitates, prolongs or aggravates the need for support or unreasonably affects the ability to pay support.

129(1) Unless otherwise agreed by written agreement or unless otherwise ordered by the court, where the child has more than one parent, the parents jointly have custody of their child.

de se charger d'une autre personne à charge âgée de dix-neuf ans et plus qui ne peut se passer de son appui pour cause de maladie, de handicap ou pour toute autre raison;

q) lorsque la personne à charge est un conjoint, le fait pour elle d'avoir entrepris d'aider une autre personne à charge âgée de dix-neuf ans et plus à poursuivre ses études si celle-ci, pour cette raison, ne peut se passer de son appui;

r) lorsque la personne à charge est un conjoint, tous les soins consacrés au ménage, à un enfant ou tout autre service domestique fourni par le conjoint pour la famille tout comme si le conjoint consacrait à un emploi rémunérateur le temps passé à fournir ce service et affectait au soutien de la famille les gains dérivés de cet emploi;

s) tout autre droit de soutien que la loi reconnaît à la personne à charge, à l'exclusion du soutien obtenu en vertu de programmes publics d'assistance, et

t) la conduite des parties, si cette conduite précipite, prolonge ou accentue de façon déraisonnable le besoin de soutien ou si elle réduit de façon déraisonnable la faculté de payer les prestations de soutien.

129(1) Sauf convention contraire faite par écrit ou ordonnance contraire de la cour, la garde d'un enfant qui a plus d'un parent revient conjointement à ces parents.