

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

62-18-CA

<u>N.S.</u>		<u>N.S.</u>	
	APPELLANT		APPELANT
- and -		- et -	
<u>S.S.</u>		<u>S.S.</u>	
	RESPONDENT		INTIMÉE
N.S. v. S.S., 2019 NBCA 29		N.S. c. S.S., 2019 NBCA 29	
CORAM: The Honourable Justice Quigg The Honourable Justice Baird The Honourable Justice French		CORAM : l'honorable juge Quigg l'honorable juge Baird l'honorable juge French	
Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench: January 18, 2018 and May 24, 2018		Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine : le 18 janvier 2018 et le 24 mai 2018	
History of Case:		Historique de la cause :	
Decision under appeal: Unreported		Décision frappée d'appel : inédite	
Preliminary or incidental proceedings: None		Procédures préliminaires ou accessoires : aucune	
Appeal heard: January 17, 2019		Appel entendu : le 17 janvier 2019	
Judgment rendered: March 28, 2019		Jugement rendu : le 28 mars 2019	
Counsel at hearing:		Avocats à l'audience :	
For the appellant: Sheila J. Cameron, Q.C.		Pour l'appelant: Sheila J. Cameron, c.r.	
For the respondent: Howard T. Myatt		Pour l'intimée : Howard T. Myatt	

THE COURT

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

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 \$.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] The primary issue in this case is whether the motion judge erred when she decided to suspend enforcement of child care arrears and retroactive child support until further order of the court.

[2] The parties were married in two ceremonies: first in India in 2003 and the second, a civil ceremony, in England in 2005. The couple moved to New Brunswick in 2006 and separated on June 26, 2007. There is one child of the marriage, born on the separation date. In September 2008, a divorce was granted, along with a Consent Order/Order for Corollary Relief which provided sole custody to the father and contemplated access and support arrangements for the mother, who had returned to the U.K. The Consent Order did not include a child support payment but the mother was to pay \$250.00 per month commencing on the first day of the month following the month in which she became employed, with said payment to continue on the first day of each month thereafter. The mother had limited contact with the child between 2008 and the summer of 2016, when she visited with him in New Brunswick. In July 2016, the father filed a motion before the Court of Queen's Bench requesting payment of arrears of child support, prospective confirmation of child support, and a finding of contempt against the mother for her failure to provide proof of annual income as agreed to in the Consent Order. In December 2016, the mother filed a motion requesting a variation of access. Amongst the various rulings made by the judge was a finding the mother owed child care expenses in the amount of \$27,500, and retroactive child support of \$25,656. The enforcement of both was suspended; however, either party could seek a review, with the hearing date no earlier than the end of May 2019.

[3] The father relies on three grounds of appeal. He submits the motion judge erred in law by failing to order a payment schedule for the arrears of child care and retroactive child support that was owed to him. He further contends the motion judge

erred in law in suspending enforcement of the arrears and retroactive child support without providing reasons.

[4] The applicable standard of review in family decisions 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.

[5] With respect to the standard of review concerning findings of fact and discretionary orders (including cost awards), Richard J.A (as he then was) 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 retry 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]

[6] Each party had requested a variation of the Consent Order/Order for Corollary Relief dated September 8, 2008. The motion judge framed the issues before her as:

- A) Should there be a variation of the access provisions of the Consent Order/Order for Corollary Relief (hereafter the "Consent Order")?
 - (i) Has there been a material change in circumstances?

(ii) If there has been a material change in circumstances, what access order serves [the child]'s best interests, taking into account the nature of the change?

- B) What is the appropriate amount of prospective section 3 child support?
- C) Should there be an order for section 3 child support that has retroactive effect?
- D) Should arrears of section 7 child support be set? If so, in what amount?
- E) Should there be a prospective or retroactive variation of section 7 child support?
- F) Should either party be found in contempt? If so, what is the appropriate sanction?
- G) Costs.

[7] Upon reviewing the record, and having regard to the motion judge's comprehensive reasons and decision, it is apparent she dealt with each of the motions carefully and judiciously.

[8] Both parties agreed there had been a material change of circumstances since the previous Order which was sufficient to permit the motion judge to vary it and determine the appropriate amount for child support to be paid by S.S. prospectively and retroactively, and to assess the amount of arrears owed for child care. N.S. does not quarrel with the amount of the arrears, but submits the motion judge erred in suspending their enforcement until further order of the court.

[9] The Order respecting the amount of support was made on January 18, 2018. On May 24, 2018, the parties were before the motion judge, at the request of S.S., to address the issue of costs and the enforcement of the child support arrears. After hearing submissions, the judge referred to *Brown v. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323:

A distinction must be drawn between the jurisdiction to forgive arrears and the jurisdiction to order their enforcement. Assume that the payer truly lacks the financial resources to pay arrears. What is the support recipient to do? As a practical matter, the route to enforcement begins in the office of the Director of Support Enforcement and ends up on the doorstep of the Court of Queen's Bench. Once the proper amount of arrears is fixed, the judge will be asked to determine whether the payer is financially capable of addressing the arrears problem by making, for example, monthly payments to be applied against this outstanding obligation. If, however, the payer's income is insufficient to meet both past and present support obligations and reasonable costs of living, the court cannot be expected to craft an order that "draws blood from a stone". It may well be that the court will have to consider ordering a temporary suspension with respect to the payment of arrears. Either way, there can be no true hardship if the payer is truly experiencing a present inability to pay arrears and the future appears equally bleak. If the payer truly lacks the financial wherewithal to address the arrears problem, any enforcement options available to the support recipient and the court are of no practical benefit. This is why the plea of hardship is more illusionary than real. Above all, the issue of enforcement is not to be confused with the question of whether the courts possess a residual discretion to forgive arrears. [para. 44]

[10] She then undertook a lengthy review of S.S.'s financial statement and employment history, on the record, and said:

[...] Based on this analysis, it is the conclusion of this court that [S.S.'s] present income is insufficient to allow her to meet both past and present support obligations and still pay reasonable costs of living. The enforcement of the payment of the arrears as fixed by this court shall continue to be stayed. The issue may be reviewed on a motion of either party no earlier than May, 2019.

[11] The decision respecting the suspension of the payment of all of the arrears until further order of the court is discretionary in nature. Absent 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, we have no justification to interfere. It was within the motion judge's discretion to postpone or suspend payment of the amounts she determined were owing. We agree with the essential features of the carefully considered reasons of the motion judge and dismiss the appeal.

[12] The appeal is dismissed with costs of \$2,500.

LA COUR

I. Introduction

- [1] La principale question en litige en l'espèce est de savoir si la juge saisie de motions a commis une erreur lorsqu'elle a décidé de suspendre l'exécution forcée du remboursement de l'arriéré des frais de garde d'enfant et du paiement d'aliments rétroactifs pour enfant jusqu'à ce que la cour rende une nouvelle ordonnance.

II. Contexte

- [2] Les parties se sont mariées à l'occasion de deux cérémonies : la première s'étant déroulée en Inde en 2003 et la seconde, une cérémonie civile, en Angleterre en 2005. Le couple s'est établi au Nouveau-Brunswick en 2006 et s'est séparé le 26 juin 2007. Le mariage a produit un enfant, né à la date de la séparation. Au mois de septembre 2008, le couple a obtenu un divorce ainsi qu'une ordonnance par consentement et ordonnance de mesures accessoires dans laquelle la garde exclusive était accordée au père et des arrangements d'accès et d'aliments étaient envisagés pour la mère, qui était retournée au Royaume-Uni. L'ordonnance par consentement ne prévoyait pas le paiement d'aliments pour l'enfant, mais la mère devait verser 250 \$ le premier de chaque mois à compter du mois suivant le mois dans lequel elle obtiendrait un emploi. La mère a eu peu de contact avec l'enfant entre 2008 et l'été de 2016, lorsqu'elle lui a rendu visite au Nouveau-Brunswick. Au mois de juillet 2016, le père a déposé une motion à la Cour du Banc de la Reine dans laquelle il sollicitait le remboursement de l'arriéré alimentaire au profit de l'enfant, la confirmation des aliments à verser pour l'avenir au profit de l'enfant et une déclaration d'outrage à l'encontre de la mère du fait qu'elle n'avait pas donné une attestation de son revenu annuel selon les conditions convenues dans l'ordonnance par consentement. Au mois de décembre 2016, la mère a déposé une motion dans laquelle elle sollicitait la modification de son droit d'accès. La juge a rendu

diverses décisions et elle a notamment conclu que la mère devait 27 500 \$ en frais de garde de l'enfant et des aliments rétroactifs de 25 656 \$ pour lui. L'exécution forcée du paiement des deux montants a été suspendue; l'une ou l'autre partie pouvait toutefois solliciter une révision, la date de l'audition ne pouvant être antérieure à la fin du mois de mai 2019.

III. Moyens d'appel

[3] Le père invoque trois moyens d'appel. Il soutient que la juge saisie des motions a commis une erreur de droit en ne fixant pas un calendrier pour les versements envers l'arriéré des frais de garde de l'enfant et les aliments rétroactifs pour l'enfant qui lui étaient dus. Il avance de plus que la juge a commis une erreur de droit en suspendant l'exécution forcée du remboursement de l'arriéré et du paiement des aliments rétroactifs pour l'enfant sans exposer ses motifs.

[4] 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.

[5] 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 (tel était alors son titre) 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]

[6] Chaque partie avait sollicité la modification de l'ordonnance par consentement et ordonnance de mesures accessoires datée du 8 septembre 2008. La juge saisie des motions a formulé les questions qu'elle devait trancher de la façon suivante :

[TRADUCTION]

- a. Y a-t-il lieu de modifier les dispositions ayant trait au droit d'accès de l'ordonnance par consentement et ordonnance de mesures accessoires (l'ordonnance par consentement)?
 - i. Est-il survenu un changement de situation important?
 - ii. Le cas échéant, quelle ordonnance d'accès est dans l'intérêt supérieur de [l'enfant], compte tenu de la nature du changement?
- b. Quel est le montant approprié des aliments établis selon l'art. 3 à verser pour l'avenir au profit de l'enfant?
- c. Y a-t-il lieu d'ordonner rétroactivement des aliments pour enfant établis selon l'art. 3?
- d. Y a-t-il lieu de chiffrer l'arriéré d'aliments pour enfant établis selon l'art. 7? Le cas échéant, quel en est le montant?
- e. Y a-t-il lieu d'ordonner la modification, rétroactivement ou pour l'avenir, des aliments pour enfant établis selon l'art. 7?

f. Y a-t-il lieu de condamner l'une ou l'autre partie pour outrage? Le cas échéant, quelle sanction y a-t-il lieu d'imposer?

g. Les dépens.

[7] Après examen du dossier et compte tenu des motifs exhaustifs de la juge ainsi que de sa décision, il nous semble manifeste qu'elle s'est prononcée sur chaque motion dont elle était saisie avec précaution et judicieusement.

[8] Les deux parties étaient d'accord pour dire qu'il était survenu, depuis l'ordonnance précédente, un changement important de la situation qui était suffisant pour permettre à la juge de modifier l'ordonnance et de déterminer le montant approprié des aliments que S.S. devait verser, rétroactivement et pour l'avenir, au profit de l'enfant et d'évaluer le montant de l'arriéré des frais de garde de l'enfant. N.S. ne conteste pas le montant de l'arriéré, mais il soutient que la juge a commis une erreur en en suspendant l'exécution forcée jusqu'à ce que la cour rende une nouvelle ordonnance.

[9] L'ordonnance qui concerne le montant des aliments a été rendue le 18 janvier 2018. Le 24 mai 2018, les parties ont comparu, à la demande de S.S., devant la juge qui avait statué sur les motions pour aborder la question des dépens et l'exécution forcée du remboursement de l'arriéré d'aliments pour enfant. Après avoir entendu les observations des parties, la juge a renvoyé à l'arrêt *P.M.B. c. M.L.B.*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2^e) 323 :

Il faut distinguer la compétence de remettre l'arriéré et la compétence d'en ordonner l'exécution. Supposons que les ressources financières manquent véritablement au débiteur alimentaire pour rembourser l'arriéré. Que peut faire l'attributaire de pension alimentaire? En pratique, l'exécution forcée emprunte un chemin qui s'amorce au bureau du Directeur de l'exécution des ordonnances de soutien et s'achève aux portes du palais de justice. Une fois l'arriéré exactement chiffré, le juge aura à déterminer si le débiteur alimentaire a la capacité financière de s'attaquer au problème, par exemple en versant des mensualités qui seront soustraites de l'impayé. Si toutefois le revenu du

débiteur ne lui permet pas de satisfaire à ses obligations alimentaires tant passée[s] que présente[s], et d'acquitter des frais de subsistance raisonnables, il ne faudra pas s'attendre du tribunal qu'il rende une ordonnance qui tentera de tirer du débiteur ce qu'il n'a pas. Il se peut que le tribunal doive songer à ordonner une suspension temporaire du remboursement de l'arriéré. De toute façon, il ne pourra y avoir de véritables difficultés si le débiteur alimentaire connaît une réelle incapacité actuelle de rembourser l'arriéré, et si l'avenir s'annonce tout aussi sombre. Si les moyens financiers de s'attaquer au problème de l'arriéré lui manquent véritablement, les voies d'exécution forcée qui s'offrent à l'attributaire de pension alimentaire et au tribunal seront sans portée pratique. C'est pourquoi les difficultés alléguées sont plus illusoires que réelles. Surtout, il ne faut pas confondre la question de l'exécution forcée et la question de savoir si les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise des arriérés.

[par. 44]

[10] Elle a ensuite entrepris un long examen de l'état financier et des antécédents de travail de S.S., en le consignait au dossier, et elle a dit :

[TRADUCTION]

[...] S'appuyant sur l'analyse qui précède, notre cour conclut que le revenu actuel de [S.S.] n'est pas suffisant pour lui permettre de satisfaire à ses obligations alimentaires tant passées que présentes et de continuer d'acquitter des frais de subsistance raisonnables. L'exécution forcée du remboursement de l'arriéré tel que notre cour l'a chiffré demeure suspendue. La question peut être révisée sur motion de l'une ou l'autre partie au plus tôt au mois de mai 2019.

[11] La décision qui concerne la suspension du remboursement de l'arriéré total jusqu'à ce que la cour rende une nouvelle ordonnance est de nature discrétionnaire. En l'absence d'une erreur de droit, d'une erreur dans l'application des principes directeurs ou d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve, rien ne justifie notre intervention. La juge saisie des motions avait le pouvoir discrétionnaire de reporter ou de suspendre le paiement des montants qu'elle jugeait exigibles. Nous

souscrivons aux éléments essentiels des motifs soigneusement rédigés par la juge et nous rejetons l'appel.

[12] L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 \$.