

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

34-20-CA

CHRISTOPHER SCOTT RAYWORTH

APPELLANT

- and -

STEPHANIE JEAN MORE

RESPONDENT

Rayworth v. More, 2021 NBCA 6

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 9, 2020

History of case:

Decision under appeal:
2020 NBQB 64

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
November 27, 2020

Judgment rendered:
November 30, 2020

Reasons delivered:
February 11, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

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

CHRISTOPHER SCOTT RAYWORTH

APPELANT

- et -

STEPHANIE JEAN MORE

INTIMÉE

Rayworth c. More, 2021 NBCA 6

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 9 mars 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2020 NBBR 64

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 27 novembre 2020

Jugement rendu :
le November 30, 2020

Motifs déposés :
le 11 février 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Grant Ogilvie, Q.C.

For the respondent:
Amanda Dawn McCordic

THE COURT

On November 30, 2020, the substantive grounds of appeal were dismissed, except for the issue of costs, with reasons to follow. On that issue, the appeal is allowed. The cost award in the court below is set aside and substituted costs of \$2,500 plus taxable disbursements in favour of Ms. More are ordered. Since the respondent was largely successful, she is awarded costs on the appeal in the amount of \$2,500.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Grant Ogilvie, c.r.

Pour l'intimée :
Amanda Dawn McCordic

LA COUR

Le 30 novembre 2020, les moyens d'appel portant sur le fond ont été rejetés, sauf quant à la question des dépens. La Cour a alors indiqué que les motifs suivraient. Sur la question des dépens, l'appel est accueilli. Les dépens accordés par l'instance inférieure sont annulés. Des dépens de 2 500 \$ plus les débours taxables sont accordés à M^{me} More. L'intimée ayant eu gain de cause dans une large mesure, la Cour lui accorde des dépens de 2 500 \$ en appel.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal of a judge’s decision to dismiss a motion to vary the time-limited spousal support provisions of a consent order under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (*Act*). Following the expiration of the defined term, the appellant filed a motion to vary under ss. 15.2 and 17(1) of the *Act*. The judge dismissed the motion on the basis the appellant failed to meet the required threshold tests for variation under s. 17.

II. Background

[2] In March 2013, after approximately nineteen years of marriage, the appellant and the respondent separated. There was one child of the marriage, born in 2001. The respondent wife is a professional engineer and the appellant husband was employed as an engineering technician until the birth of the child, following which it was agreed he would become a stay-at-home father. This was the *status quo* for eleven years until separation. Divorce proceedings were initiated by the husband in November 2013.

[3] The parties negotiated a resolution of all matters at a settlement conference. Both were represented by counsel and there are no allegations of undue influence, failure to disclose, improvidence, unfair bargaining, or inequity, as discussed by the Supreme Court in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303. On November 10, 2014, the terms of the settlement were incorporated into a final consent order. The appellant agreed to time-limited spousal support in the amount of \$3,114 monthly, commencing November 1, 2014 and continuing until June 1, 2019. At the time, the respondent’s annual income was assessed at \$150,288 and the appellant’s annual

income was imputed at \$20,800. Although the parties agreed to the following terms, they were not ordered by the judge. The divorce judgment records:

Section 10 of the order includes those additional provisions the parties agreed were binding upon them despite their not having been ordered by the Court:

- (a) “Neither party shall now or at any time in the future seek, ask, demand or in any manner require or make any claim for monies for their own support or maintenance from the other except in accordance with paragraph number 5 above. The parties further acknowledge that this Final Consent Order is equitable and appropriate in the circumstances with particular regard to the objectives and factors contained in sections 15 and 17 of the *Divorce Act* as well as all similar considerations contained in the *Family Services Act*, R.S.N.B., 1980, c. F-2.2. Both parties accept the terms of the Final Consent Order in full satisfaction of all claims and causes of action while he or she now has or may hereafter acquire against the other for support whether under the *Divorce Act*, the *Family Services Act*, the *Provisions for Dependents Act*, S.N.B. 1991, c. P-22.3 or otherwise, and whether under presently existing legislation or future legislation and whether in this jurisdiction or any other jurisdiction;
- (b) The parties acknowledge and agree that, subject to paragraph 5 above, regardless of any change in their respective financial circumstances whether by reason of health, employment, cost of living change or otherwise, neither party shall be entitled to receive spousal support from the other pursuant to any legislative provision or the operation of common law. Both parties accept the provisions of the Final Consent Order in full settlement of all claims and demands for their own support or maintenance, past, present or future, and both parties agree that this Final Consent Order may be plead by either as estoppel in respect of any claim which may be made by the other for support, maintenance,

alimony or any similar form of maintenance at any proceeding in the future except in accordance with paragraph number 5 above. It is further acknowledged and agreed by the parties that they have recognized the particular circumstances of their marriage, the termination of their marriage, their current economic circumstances and consequences of their marriage and fully and fairly makes provision for all claims of spousal support based on either need, compensatory support, contractual support or any other form of statutory or legislated support;

- (c) The Petitioner covenants and agrees to save harmless and indemnify the Respondent and her estate from any present or future demand or Court Order for alimony, support or maintenance for himself beyond that set out in paragraph 5 above;
- (d) The Respondent covenants and agrees to save harmless and indemnify the Petitioner and his estate from any present or future demand or Court Order for alimony, support or maintenance for herself; and,
- (e) The parties agree that during the term spousal support is payable under paragraph 5 above, neither shall seek a variation of either the amount or duration of spousal support, regardless of any change in their respective financial circumstances whether by reason of health, employment, cost of living change or otherwise.”

[4] The respondent argues this paragraph operates as an estoppel to any attempt either party might make to vary the terms of spousal support; alternatively, she asserts the appellant did not provide sufficient evidence to establish economic hardship, as required under s. 17(10), and he erroneously argued the motion as if it were a request for a spousal support order in the first instance under s. 15(2). This distinction is important because once the terms of a spousal support agreement are incorporated into an order, it is presumed they met the objectives set out in s. 15.2(1) at the time the order was

signed; however, a consent order can still be varied under s. 17(4.1), provided the moving party meets the objectives and the criteria set out in s. 17. The judge who granted the divorce judgment in this case endorsed the order accordingly, as a tacit recognition she did not have the authority to oust the residual jurisdiction of the court to vary an order under s. 17. The threshold changes, however, when a motion to vary a time-limited support order is filed following the expiration of the term. In that event, the moving party has an additional onus to prove that the variation is necessary to relieve economic hardship arising from a change described in s. 17(4.1) that is related to the marriage, and the change in circumstances, if it had existed at the time the support order issued or the last variation order was made, would likely have resulted in a different order.

[5] In his motion, the appellant requested the following relief:

- a) the order dated November 10, 2014 be varied such to eliminate the termination date for spousal support pursuant to s. 17(1) of the *Act*; alternatively,
- b) the terms of the order dated November 10, 2014 be set aside and spousal support be ordered paid in accordance with the *Spousal Support Advisory Guidelines*, commencing July 1, 2019 under ss. 15.2 and/or 17(1) of the *Act*.

[6] The grounds for the motion were framed as follows: 1) the existing order did not reflect the objectives set out in s. 15.2(6) of the *Act* because this was a long-term marriage and the appellant had stayed at home for eleven years to be a caregiver to their child; and 2) the appellant had an economic need that was causally connected to the marriage and its breakdown, due to his inability to attain economic self-sufficiency within the limited period set out in the order.

[7] In this case, s. 17(10) applied because the motion was filed following the expiration of the term. The appellant argued he agreed to time-limited spousal support based on his understanding that he would be able to re-enter the workforce within the

specified period, and his inability to do so constituted a material change. At paragraph 28 of his affidavit, he states: “At the time of the settlement conference and at the date of my signing our consent order, the respondent and I were both of the belief that I would be able to re-enter the work force quickly, as I had been successfully employed for many years leading up to the birth of our daughter. However, notwithstanding my ongoing efforts, this has not been the case.” In support, the following was offered as proof of his inability to secure full-time employment:

- a) a list of the names of employers, the positions he applied for and the dates of those contacts since 2014;
- b) a statement that he participated in additional training and educational programs;
- c) a statement that, in 2015, he began coaching sessions and attended the New Brunswick Community College to study business analysis and project management;
- d) a statement that, in April 2016, he began on-the-job training with a Fredericton company for a period of one year;
- e) a statement that he had started a French-language program;
- f) a statement that, in both 2017 and 2018, he obtained the certification necessary for software tester and Agile Scrum Master; and
- g) a statement that, in 2018, he obtained a six to seven-month contract position with a business known as Culinary Therapy.

[8]

In reply, the respondent requested that:

- a) the motion be dismissed in its entirety on the basis it was intended the order would be final and not subject to variation;
- b) in the alternative, the motion be dismissed under s. 17(10) of the *Act*;
- c) in the alternative, the motion be dismissed on the basis the appellant failed to provide adequate proof of his claim;
- d) in the alternative, the motion be dismissed as the Province of New Brunswick was no longer the proper jurisdiction because both parties and the child of the marriage were relocating to the province of Nova Scotia; and
- e) costs of the motion on a solicitor-client basis.

[9] Following the hearing, the appellant secured full-time employment. As well, on June 26, 2020, the respondent's position became redundant, and she received her severance package. Prior to the hearing of the appeal, a motion for the introduction of fresh evidence was filed, and, by way of a Consent Order, we received a Book of Agreed Evidence, which included the appellant's proof of income for the period from October 24, 2019 to March 26, 2020, an email to the respondent from her former employer concerning her severance, and DivorceMate calculations prepared on September 11, 2014, and January 23, 2014.

[10] At one point, the respondent suggested the changes in their respective financial situations rendered the appeal moot; however, this was not seriously pursued with good reason and need not be addressed further.

III. The Motion Judge's Decision

[11] The motion was heard and decided on the affidavit evidence and the oral and written submissions of counsel. The judge determined the requirements of s. 17(10)

had not been met, and he found the appellant failed to prove material change under s. 17(4.1) of the *Act*. The judge dismissed both the motion and the respondent's request to change the jurisdiction of the proceedings to the Province of Nova Scotia, and he granted costs to the respondent in the amount of \$5,000. There has been no cross-appeal filed with respect to the dismissal of the wife's request to change the jurisdiction of the proceedings.

IV. Grounds of Appeal

[12] There are eleven grounds of appeal, some of which assert errors of law and others, palpable and overriding errors of fact and of mixed fact and law. Reviewing them as a whole, the appellant advances four errors in the judge's analysis. He states the judge misapprehended the evidence and committed palpable errors that affected the result. This ground is linked to the judge's erroneous findings concerning the appellant's attempts to secure full-time employment. The appellant's chief complaint, however, is directed toward the process. He contends this motion required a hearing with *viva voce* evidence and that the judge's decision to determine the matter based on the affidavits, particularly because they conflicted on many points, constituted an error in law. He argues that the motion should have been adjourned to a date for a hearing with *viva voce* evidence, where the judge's critical findings of fact and credibility would have been better determined. Finally, he submits the decision to order costs against him in the amount of \$5,000 was not justified.

V. Standard of Review

[13] The standard of review on support issues is highly deferential (see *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL), at paras. 11-12). As Larlee J.A. reiterated in *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99, spousal support decisions are reviewable if there has been an error in principle or a significant misapprehension of the evidence, or if the award is clearly wrong (para. 12).

[14] These decisions are generally stamped with deference, unless it is determined a judge erred in law or principle, committed a palpable and overriding error in his or her application of the facts which influenced the result, or there was an error of mixed law or fact. In *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. A.R. et al.* (2007), 322 N.B.R. (2d) 372, [2007] N.B.J. No. 345 (QL) (C.A.), the Court concluded: “[...] such a decision will not be interfered with on appeal unless it can be shown that the motion judge did not direct herself correctly in law and did not observe the applicable principles, or misapprehended the evidence to the point that an injustice would result” (para. 15). This principle has been consistently applied by the Court. Finally, whether the matter should have been adjourned was a discretionary decision, which will generally be accorded deference.

VI. Analysis

A. *The application of s.17(10) in motions to vary time-limited support orders*

[15] The motion was framed and argued under s. 17(4.1) and, in the alternative, under s. 15(2). As stated, the respondent submits that, under s. 17(10), when a motion to vary is filed following the expiration of a time-limited spousal support order, an additional burden is imposed on the moving party to prove the variation is necessary to relieve economic hardship that is related to a change related to the marriage, as noted. As will be seen, finality is the public policy reason behind this limitation.

[16] Subsection 17(10) of the *Act* states:

Limitation

(10) Notwithstanding subsection (1), where a spousal support order provides for support for a definite period or until a specified event occurs, a court may not, on an application instituted after the expiration of that period or the occurrence of the event, make a variation order for the

Restriction

(10) Par dérogation au paragraphe (1), le tribunal ne peut modifier l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux dont la durée de validité est déterminée ou dépend d’un événement précis, sur demande présentée après l’échéance de son terme ou après la survenance de cet événement,

purpose of resuming that support unless the court is satisfied that

en vue de la reprise de la fourniture des aliments, que s'il est convaincu des faits suivants :

(a) a variation order is necessary to relieve economic hardship arising from a change described in subsection (4.1) that is related to the marriage; and

a) l'ordonnance modificative s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement visé au paragraphe (4.1) et lié au mariage;

(b) the changed circumstances, had they existed at the time of the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, would likely have resulted in a different order.

b) la nouvelle situation, si elle avait existé à l'époque où l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue, aurait vraisemblablement donné lieu à une ordonnance différente.

[17] Subsection 17(4.1) of the *Act* states:

Factors for spousal support order

Facteurs — ordonnance alimentaire au profit d'un époux

(4.1) Before the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

(4.1) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

[18] The judge quoted extensively from *Eidt v. Eidt*, 2009 NBQB 152, 348 N.B.R. (2d) 390, where Wooder J. explained that s. 17(10) offers finality to the support process and she described variations under this section as exceptional (see paras. 84-85 of his decision). As a matter of public policy, stricter criteria apply when a variation of an expired time-limited spousal support order is sought. Once paid, if they were subject to variation indefinitely, these orders would be rendered meaningless.

[19] Both ss. 17(4.1) and 17(10) apply to variation motions filed under s. 17 of the *Act*; however, when s. 17(10) is in play, there is an additional evidentiary burden imposed on the applicant (see *Embree v. Embree*, 2016 NBCA 42, 451 N.B.R. (2d) 369). The applicable factors have been the fodder for continuing discussion by the Supreme Court. *Miglin* established the two-step analysis to be applied when a spouse seeks to set aside the terms of a consensual agreement. Following *Miglin*, the Supreme Court decided *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295. Where *Miglin* dealt with spousal support, *Rick* dealt with a property settlement. In neither of these cases was there a need for the court to discuss the issue of the binding effect of a court order. In *Miglin*, the Supreme Court reiterated that when parties act in a mature and responsible fashion to settle their financial affairs and the settlement is not vulnerable to attack on another basis, it should not be undermined by the courts (para. 45, citing *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, [1987] S.C.J. No. 31 (QL)). See also *Masters v. Masters*, [1994] 1 S.C.R. 883, [1994] S.C.J. No. 33 (QL).

[20] The appellant submits, because this was a long-term marriage and he stayed at home to care for the child, he suffered an economic disadvantage, and the decision in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, [1992] S.C.J. No. 107 (QL), applies. In that case, an order for indefinite spousal support was made under s. 15(2). Ms. Moge later filed a motion to vary the order when she became unemployed. The husband replied with a motion of his own, to terminate the spousal support payments. L'Heureux-Dubé J. discussed the objectives set out in s. 17(7): 1) to alleviate economic disadvantage; 2) to apportion the financial consequences of the care of the children; 3) to alleviate economic hardship related to the marriage; and 4) to promote self-sufficiency and allowed Ms. Moge's request to vary.

[21] In *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, [1999] S.C.J. No. 14 (QL), the Supreme Court refined its previous decisions concerning spousal support by introducing principles that are the current bedrock of the entitlement analysis under s. 15.2 of the *Act*: the compensatory, non-compensatory and contractual principles, which

are applicable whether the order is one of first instance under s. 15.2 or whether it is a variation order under s. 17.

[22] In *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775, the analysis was further refined by requiring the party who seeks to vary a spousal support order, to show that the original agreement or court order no longer meets the statutory objectives set out in s. 15.2. This is an important distinction, which, from a public policy perspective, acknowledges it would be unfair to require a former spouse to continue to pay spousal support for reasons unrelated to the marriage and accords with the principle of finality. When a judge signs an order in which there are provisions for time-limited spousal support, as in this case, there is a presumption the entitlement question has been satisfactorily dealt with. The material change analysis becomes critical, more so in those cases where the time-limited support order has expired.

[23] On the issue of material change, in *Dedes v. Dedes*, 2015 BCCA 194, [2015] B.C.J. No. 883 (QL), the court concluded:

As articulated in *L.M.P.*, the test for material change is based not on what one party knew or reasonably foresaw, but rather on what the parties actually contemplated at the time the order was entered by agreement. A function of the material change threshold is to prevent parties from re-litigating issues that were already considered and rejected; in such cases, an application to vary would amount to an appeal of the original order (see *Gordon* at para. 15). As was stated by L’Heureux-Dube J. in *Willick* at p. 734, “the diversity of possible scenarios in family law dictates that courts maintain a flexible standard of judicial discretion which does not artificially limit the adaptability of the *Divorce Act* provisions”. See also *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370 at paras. 49-51 and *Jakob v. Jakob*, 2010 BCCA 136 at para. 40. [para. 25]

[Emphasis in original.]

[24] As the Supreme Court made clear in *L.M.P.*, a variation motion is neither an appeal nor a *de novo* hearing. In *L.M.P.*, the parties had executed a comprehensive separation agreement, later incorporated into a court order. The wife received \$3,688

monthly in spousal support, to be indexed. Four years later, the former husband filed a variation application under s. 17(4.1), in which he sought a reduction of the spousal support payments on the basis his financial circumstances had materially changed. The Supreme Court examined the public policy objectives animating ss. 15.2 and 17(4.1). Abella and Rothstein JJ. followed L'Heureux-Dubé J.'s lead in *Moge*, writing:

For sound policy reasons, family law permits and encourages separating spouses to work out their own arrangements through the use of separation agreements (Berend Hovius and Mary-Jo Maur, *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials* (7th ed. 2009), at p. 783). Agreements are desirable because individuals should largely be free to order their lives as they wish; because “the parties themselves are in the best position to evaluate the comparative advantages of alternative arrangements”; and because a negotiated settlement avoids the significant personal and financial costs of litigation [...]. [para. 14]

[25]

Abella and Rothstein JJ. concluded:

[...] there are differences between what a court is directed to consider in making an initial support order and on a variation of that order. Notably, unlike on an initial application for spousal support under s. 15.2(4)(c), which specifically directs that a court consider “any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse”, s. 17(4.1) makes no reference to agreements and simply requires that a court be satisfied “that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred” since the making of the prior order or the last variation of that order. Because of these differences in language, it is important to keep the s. 15.2 and s. 17 analyses distinct.

On an application under s. 15.2, the court is expressly concerned with the extent to which the terms of an existing agreement should be incorporated into a first court order for support. On an application under s. 17, on the other hand, the court must determine whether to vary or rescind that support order because of a change in the parties' circumstances.

[...]

In determining whether the conditions for variation exist, the threshold that must be met before a court may vary a prior spousal support order is articulated in s. 17(4.1). A court must consider whether there has been a change in the conditions, means, needs or other circumstances of either former spouse *since the making of the spousal support order*.

[...]

The decisions in *Willick* and *G. (L.)* also make it clear that what amounts to a material change will depend on the actual circumstances of the parties at the time of the order.

In general, a material change must have some degree of continuity, and not merely be a temporary set of circumstances (see *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, at para. 49). Certain other factors can assist a court in determining whether a particular change is material. [...].

[...]

The examination of the change in circumstances is exactly the same for an order that does not incorporate a prior spousal support agreement as for one that does. A general statement that the agreement must be accorded “significant weight”, even though its implications in a concrete case are unclear, in effect raises the threshold necessary to establish a “material change” under s. 17 when there is an agreement and emphasizes legal certainty and finality at the expense of the statutory requirements of s. 17. Such a result is reminiscent of the “clean break” approach of the *Pelech* trilogy, rejected in *Moge* and *Miglin* because it was held to be inappropriate in the context of the current *Divorce Act*.

[paras. 23-24, 29, 34-35 and 46]

[Emphasis in original]

[26] The Supreme Court observed that, although the objectives of a variation order are “virtually identical” in s. 17 to those in s. 15.2, the “*factors* to be considered [...] are significantly different” (para. 22), particularly when there is an order or an agreement that emphasizes legal certainty and finality (para. 46). *L.M.P.* clarified any confusion that lingered on this point from *Miglin* (paras. 26-27). The threshold test for

variations under s. 17(4.1) was described as a material change that was not contemplated by the parties and that has occurred following the making of the previous order. It reiterated its approach to material change that was set out in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, [1994] S.C.J. No. 94 (QL), and *G.(L.) v. B.(G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, [1995] S.C.J. No. 72 (QL) (para. 49). However, as Cromwell J. observes at para. 92 in the minority judgment, *L.M.P.* did not address variation applications that are subject to the limitation set out s. 17(10), which requires the moving party to establish that his or her economic hardship is related to a change described in s. 17(4.1). To do so, the moving party must provide detailed financial disclosure and prove the economic hardship is related to the marriage.

[27]

In *Embree*, this Court wrote:

Julien D. Payne and Marilyn Payne in their text, *Canadian Family Law*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2008) observe the following:

Furthermore, any order, whether on consent or otherwise, which fixes the duration of spousal support for a definite period or until the occurrence of a specified event, falls subject to the additional stringent requirements imposed by section 17(10) of the *Divorce Act*, if an application to vary is brought after expiry of the order. In that event, the court must be satisfied that a variation order is necessary to relieve economic hardship arising from a change that is related to the marriage and that the changed circumstances would have resulted in a different order had they occurred at the time of the making of the order that is sought to be varied. Economic hardship that arises from extrinsic circumstances unconnected with the marriage, such as an involuntary loss of employment due to illness or disability or an inability to find employment before expiry of the fixed-term that is unrelated to the duration of and functions performed during the marriage and arises solely by reason of the economic climate, falls outside the protection of section 17(10) of the *Divorce Act*. The more stringent criteria imposed by section 17(10) of the

Divorce Act apply even when the purpose of the variation application is simply to extend the term of support. Where the termination date arises from spousal agreement, the original order will be assumed to have correctly and equitably redistributed the economic consequences of the marriage and its breakdown and the order will be varied only when the changed circumstances distort the equity of the original redistribution of those economic consequences when measured by the objectives defined in sections 15(7) and 17(7) of the *Divorce Act*. [p. 285] [para. 15]

[Emphasis added.]

[28] In the companion decision to *L.M.P.*, the Supreme Court in *R.P. v. R.C.*, 2011 SCC 65, [2011] 3 S.C.R. 819, dismissed a husband's motion to vary on the basis there was no evidence of permanent material change in his financial circumstances, he failed to provide evidence that the change he was relying on was not within the contemplation of the parties when the order was signed, but, more importantly, the financial evidence which would have established his financial circumstances at the time the order was signed was not produced.

[29] Abella and Rothstein JJ. observe:

Under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*, the moving party must establish that there has been a material change of circumstances since the making of the prior order or variation. The applicable framework for this case is the one elaborated in the companion decision, *L.M.P.* To be material, a change must be one which, if known at the time, would likely have resulted in different terms to the existing order. On an application to vary, the court should consider the terms of the order and the circumstances of the parties at the time the order was made to determine whether a particular change is material. The existing order is deemed to have been correct and only if the requirements of s. 17 of the *Divorce Act* are met will there be a variation. [para. 25]

B. *Application of ss. 17(10) and (4.1) to this case*

[30] In this case, when the parties agreed to time-limited spousal support, there was a tacit acknowledgment the terms of the agreement presumptively met the objectives of s. 15.2 of the *Act*. The appellant's material change argument focussed on his inability to secure full-time employment before the expiration of the support payments. The judge accepted the respondent's evidence that this possibility was within their contemplation when the settlement was negotiated. The respondent specifically made reference to this in her affidavit, going so far as to attach a copy of her brief from the proceedings in the lower court, in which she expressed a concern the appellant might not locate full time employment within the time specified because of his poor work ethic. The judge found the appellant's evidence of economic hardship was incomplete and that he did not meet the preconditions for a variation based on economic hardship and material change.

[31] The judge was alive to these preconditions. He found: 1) the appellant failed to provide evidence to support his contention the terms of the settlement did not meet the objectives of the *Act*; 2) he failed to establish a link between his inability to find employment as a result of the marriage; 3) the consent order specifically stated the terms met the objectives of ss. 15.2 and 17 of the *Act*; 4) the appellant could not link his "financial difficulties to the marriage breakdown"; 5) the appellant had financial resources; and 6) the appellant's problems were "virtually" identical to the financial problems he had when the order was signed in 2014 (para.73).

[32] In their text, *The 2020 Annotated Divorce Act* (Toronto Carswell, 2019), authors James MacDonald and Ann Wilton acknowledge that s. 17(10) "creates a different and apparently higher threshold for a specific type of variation application – one which seeks to resume support after the expiry of a time-limited order" (p. 963). Under s. 17(4.1), the court is required to satisfy itself there has been a change in the condition, means and needs or other circumstances of the applicant, taking into consideration the objectives set out in s. 17(7); however, s. 17(10) limits the court's power to vary an order

that provides for spousal support for a specified period or to the happening of an event. In my view, the judge recognized this distinction.

[33] In this case both parties acknowledged the judge mischaracterized the appellant's job search and the evidence he supplied to support his contention he had unsuccessfully tried to find full-time employment. Although this was a palpable error, in my view it did not affect the result, because the motion was decided for different reasons. There was evidence the appellant had worked following the execution of the agreement; however, the judge found there was insufficient proof of that income. There were schedules missing from his income tax returns. His financial statement showed that he was the owner of a house worth \$216,900, that he had household and personal property valued at \$9,350, and savings and pensions of \$352,196.19, for a total net worth of \$578,446.19, against which there was debt of \$98,971.47. The judge found the income disclosure was inadequate and the affidavit evidence did not meet the appellant's burden to prove economic hardship related to the marriage, nor did it satisfy the requirements of s. 17(4.1). The appellant's request to re-open the settlement and have a hearing under ss. 15.2 and 17(4.1) was not supported by the evidence. It is my view the judge applied the proper test. I would not interfere with his decision and would dismiss this ground of appeal.

C. *Should there have been an adjournment with a date set for a hearing?*

[34] Rule 72.22(1) governs the process for variation motions under the *Act*. Rule 37 provides that motions shall be accompanied by affidavits, and cross-examination is permitted, with leave (Rule 39.02(2)). Rule 39.01(1) directs that on a motion or application, evidence may be given by affidavit unless directed otherwise by the *Rules* or by court order. Motions, by their very nature, are to be heard expeditiously and are generally determined on the affidavit evidence.

[35] The importance of pleadings cannot be overstated. The statutory relief requested anchors the court's jurisdiction to make an order (see *Waugh et al. v. Canadian*

Broadcasting Corp. et al. (2000), 224 N.B.R. (2d) 391, [2000] N.B.J. No. 80 (QL) (C.A.), per Drapeau, J.A. at paras. 12-13).

[36] A judge has control over his or her court and may dispose of a motion in a variety of ways (Rule 37.10). In my view, when a motion judge is satisfied that he or she has sufficient and reliable evidence before him or her to decide the germane issue in dispute, he or she has a wide, but not unfettered, discretion to proceed in the manner he or she determines is in the interests of justice. This is a vested discretion to which deference is accorded. In full compliance with the *Rules*, parties need to put their “best foot forward” in their affidavits, as there is no guarantee a judge will want to hear *viva voce* evidence during a motion hearing. Given the crowded dockets and the lengthy delays in obtaining trial dates in certain judicial districts, it would become impractical and would interfere with the administration of justice if every motion to vary a support order were to be decided in the same way as a trial.

[37] In this case, the first issue was whether the appellant met the thresholds of economic hardship and material change. At the outset, the respondent drew the court’s attention to the fact the motion was filed following the expiration of the time limited order, thereby invoking the additional burden of proof under s. 17(10). The appellant’s request to have a hearing came well into his submission. He proposed:

So, I’m asking today that this Court grant an extension of the spousal support, either indefinitely or until a fixed time. My friend talked about the absence of any request for *viva voce* evidence and it’s an old dance we do, do we get in here now or do I wait six months to get in? It is open to the Court to say, “I’ll grant an interim order now and let’s come back and hear further evidence”. I suggest that the evidence of my client will just further reiterate what he’s done.

[38] The judge’s decision to not grant the adjournment was discretionary, and as such, the standard of review is limited (see *Burt v. Boyle et al.* (2011), 382 N.B.R. (2d) 206, [2011] N.B.J. No. 471 (QL) (C.A.); *The Beaverbrook Canadian Foundation v.*

The Beaverbrook Art Gallery, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, per Drapeau C.J.N.B. (as he then was), at para. 4; *S.B.-B. v. B.J.S.*, 2020 NBCA 9, [2020] N.B.J. No. 31 (QL), at para. 40; *J.D.F. v. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] N.B.J. No. 252 (QL), per Quigg J.A., at paras. 38-39).

[39] On the issue of whether there should have been a trial, the appellant relies on *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147, and submits the judge could not properly assess credibility without a trial. He contends the judge violated the guidance of the Court in *N.E.R.*, where Quigg J.A. concluded the judge erred when he decided the motion on the basis of the conflicting affidavits. *N.E.R.* dealt with child custody. In this case, the appellant did not seek leave to cross-examine the respondent, nor did he seek leave to amend his pleadings.

[40] The general rule has been that in child custody cases when there is conflicting affidavit evidence, a motion judge should have a hearing. (see *Benoît v. Reid* (1995), 171 N.B.R. (2d) 161, [1995] N.B.J. No. 553 (QL) (C.A.)). However, in keeping with changes in judicial attitudes and the *Rules* concerning expedited hearings, there is an increasing appetite on the part of some judges to even dispose of child custody matters by way of affidavit evidence (see *Minister of Social Development v. A.M. et al.*, 2020 NBQB 208, [2020] N.B.J. No. 261 (QL); *New Brunswick (Minister of Social Development) v. A.A.*, 2018 NBQB 38, [2018] N.B.J. No. 53 (QL); *New Brunswick (Minister of Social Development) v. A.S.*, 2019 NBQB 77, [2019] N.B.J. No. 104 (QL); *New Brunswick (Minister of Social Development) v. V.T. and C.H.*, 2020 NBQB 167, [2020] N.B.J. No. 281 (QL)).

[41] In this case, the judge was required to conduct an analysis, narrowly circumscribed. His job was not to conduct a *de novo* trial on entitlement. Not every case where there are conflicting affidavits requires a hearing. As an example, in *Alan Schelew et al. v. Lillian Schelew et al.*, 2016 NBCA 14, [2016] N.B.J. No. 323 (QL), Green J.A. upheld the decision of a judge to dispose of a summary judgment motion in a civil case on the basis of conflicting affidavit evidence. He writes:

For my part, I am satisfied with the approach taken by the motion judge. The conclusions he reached were open to him, and were supported by the evidence. The responsibility to assess the credibility of the affiants was vested in the motion judge, and in my opinion he discharged that responsibility appropriately. I would not interfere. [para. 27]

[42] Rule 1.03(2) requires courts to “secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits.” In *O’Toole v. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] N.B.J. No. 58 (QL), Drapeau C.J.N.B. (as he then was) provided an in-depth analysis of the summary judgment process. Although the case before us does not invoke Rule 22, similar principles apply, in my opinion. Those principles flow from *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, where the Supreme Court explained, as quoted in *O’Toole*, at para. 5, the following:

There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

These principles are interconnected and all speak to whether summary judgment will provide a fair and just adjudication. When a summary judgment motion allows the judge to find the necessary facts and resolve the dispute, proceeding to trial would generally not be proportionate, timely or cost effective. Similarly, a process that does not give a judge confidence in her conclusions can never be the proportionate way to resolve a dispute. It bears reiterating that the standard for fairness is not whether the procedure is as exhaustive as a trial, but whether it gives the judge confidence that she can find the necessary facts and apply the relevant legal principles so as to resolve the dispute.

[paras. 49-50]

[43] Surely, in keeping with Rule 1.03, when a judge determines that he or she can make findings of fact, findings of credibility and can apply the relevant legal principles, from the affidavit evidence, a judge need not hear oral evidence. In those cases where a judge is not satisfied the matter can be properly adjudicated on the basis of conflicting affidavits, he or she may still order a hearing and require *viva voce* evidence when it is determined necessary to do so in the interests of justice (Rule 39.02).

[44] In this case, the judge assessed the credibility of the affidavit evidence and he applied the criteria. He found there was sufficient evidence to enable him to properly adjudicate the motion, applying the criteria, as noted. The conflicting affidavits were not material to the result because the appellant failed to prove his case. I would not interfere with his decision and I would dismiss this ground of appeal.

D. *Was the cost award justified?*

[45] The judge ordered costs against the appellant in the amount of \$5,000. I agree with the appellant that this is a higher than average cost award for a motion.

[46] In *Rademaker v. Rademaker*, 2002 NBCA 47, 251 N.B.R. (2d) 177, Larlee J.A. wrote:

[...] I agree that in cases involving family disputes regarding the custody and access of children and child and spousal maintenance orders awarding costs under Rule 59 may generally not be appropriate. However in cases where division of property is at issue and an amount involved is easily determined, as in a civil case, then it is appropriate to apply the Tariff under Rule 59. [para. 28]

[47] *Rademaker* has been cited numerous times on this point. Although an award of costs is generally accorded deference by the Court, when there is a challenge to an award, we look to the reasons to examine whether, or not, the decision accords with the criteria laid out in Rule 59 (see *Doucet and Dauphine v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, 372 N.B.R. (2d) 1).

[48] The judge awarded the respondent global costs of \$5,000. He acknowledged she had requested solicitor and client costs, but he rejected the claim, finding the appellant's conduct did not meet the threshold requirements of being reprehensible, scandalous or outrageous. The appellant submits the award is too high, particularly given the fact the motion was heard by way of the oral submissions of counsel.

[49] The judge appears to have rejected the use of Rule 59 on the basis the claim for extended spousal support could not be quantified (para. 90). He correctly described the appellant's claim as an attempt to "renegotiate the terms" of the final consent order. He observed the appellant failed "to provide proper financials," but that failure "did not affect the arguments before the [c]ourt."

[50] In *M.R. v. J.R.*, 2018 NBCA 12, [2018] N.B.J. No. 104 (QL), this Court wrote:

A review of the jurisprudence persuades me that the most common form of sanction is costs and/or the imputation of income, both of which were requested by M.R. and were not ordered (see *D.L.H. v. J.V.H.*, 2016 BCPC 65, [2016] B.C.J. No. 543 (QL); *Neff v. Neff*, 2015 BCSC 2385, [2015] B.C.J. No. 2792 (QL); and *Rana v. Rana*, 2014 BCSC 530, [2014] B.C.J. No. 548). The production of accurate, complete and timely financial disclosure is not optional (see *Sutton v. Kay*, 2002 NBCA 33, 250 N.B.R. (2d) 106, per Drapeau J.A., as he then was; *O'Brien v. O'Brien*, 2007 NBCA 22, 312 N.B.R. (2d) 302, per Larlee J.A.; and *D.L.M.*, per Larlee J.A.). [para. 34]

[51] The judge did not link the appellant's failure to provide complete and adequate financial disclosure to a finding that the proceedings were complicated, delayed and longer than they should have been, thus supportive of an increased cost award, and perhaps justifying his decision.

[52] In para. 93, the judge concludes that the appellant, by filing an “unnecessary and expensive court procedure”, for that reason alone, merited an award of costs against him that was “somewhat more than a normal [*per diem*] rate.” The cost analysis provides some justification for the award; however, it ignored the fact the respondent’s request to move the proceedings to another jurisdiction was also dismissed, therefore dividing the success between them. It is my view the motion judge’s decision to award costs of \$5,000 was not justified on the facts of this case. Finally, the judge erroneously made an “all-inclusive” order, which would include disbursements. Under Rule 59.08(8), disbursements are not included in cost awards (see *Noel v. Butler*, 2016 NBCA 49, 452 N.B.R. (2d) 207, at para. 28). I would interfere, and I would reduce the cost award in the lower court to \$2,500 plus taxable disbursements.

VII. Disposition

[53] It is for these reasons that on November 30, 2020 I joined my colleagues in dismissing the appeal, save for the issue of costs. On that issue, I would allow the appeal, set aside the cost award in the court below and order substituted costs in the amount of \$2,500 plus taxable disbursements. I would award the respondent costs of \$2,500 on the appeal.

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] L'appel dont notre Cour est saisie porte sur la décision d'un juge de rejeter une motion en modification des dispositions relatives à la prestation alimentaire matrimoniale de durée limitée d'une ordonnance sur consentement rendue sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) (la *Loi*). Après l'échéance du terme de l'ordonnance alimentaire, l'appelant a déposé une motion sollicitant une ordonnance modificative sous le régime de l'art. 15.2 et du par. 17(1) de la *Loi*. Le juge a rejeté la motion, ayant conclu que l'appelant ne satisfaisait pas aux critères préliminaires établis par l'art. 17.

II. Le contexte

[2] En mars 2013, après un mariage ayant duré environ dix-neuf ans, l'appelant et l'intimée se sont séparés. Il y a une enfant à charge, née en 2001. L'épouse intimée est ingénieure et l'époux appelant a travaillé comme technicien en génie jusqu'à la naissance de l'enfant. Il a alors été convenu qu'il resterait à la maison pour prendre soin de l'enfant. La situation est restée inchangée pendant onze ans, soit jusqu'à la séparation. L'époux a entamé une instance en divorce en novembre 2013.

[3] Les parties ont négocié toutes les questions lors d'une conférence de règlement à l'amiable. Toutes deux y étaient représentées par avocat, et personne n'a allégué d'influence indue, de défaut de communiquer des renseignements, d'imprévoyance, de négociation déloyale ou d'injustice, à la différence de ce que l'on peut lire dans l'arrêt *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, rendu par la Cour suprême. Le 10 novembre 2014, les conditions convenues ont été intégrées à une ordonnance sur consentement finale. L'appelant a accepté une prestation alimentaire

matrimoniale de durée limitée de 3 114 \$ par mois pour la période du 1^{er} novembre 2014 au 1^{er} juin 2019. Le revenu annuel de l'intimée était alors évalué à 150 288 \$ et celui de l'appelant à 20 800 \$. Les parties ont consenti aux conditions énoncées ci-dessous, qui sont reproduites dans le jugement de divorce, mais qui n'ont pas été ordonnées par le juge :

[TRADUCTION]

L'article 10 de l'ordonnance contient les dispositions supplémentaires ci-dessous, dont les parties reconnaissent le caractère exécutoire même si elles n'ont pas été ordonnées par la Cour :

- a) Ni l'une ni l'autre des parties ne doit, maintenant ou à l'avenir, solliciter, demander, exiger, réclamer ou revendiquer de quelque manière que ce soit de l'autre partie de l'argent pour son propre entretien ou soutien, sous réserve du paragraphe 5 ci-dessus. Les parties conviennent par ailleurs que la présente ordonnance sur consentement finale est équitable et appropriée dans les circonstances, au regard, particulièrement, des objectifs et des facteurs établis par les articles 15 et 17 de la *Loi sur le divorce* ainsi que des considérations similaires de la *Loi sur les services à la famille*, L.R.N.-B. 1980, ch. F-2.2. Les deux parties acceptent que les dispositions de l'ordonnance sur consentement finale constituent le règlement intégral de toutes les réclamations et causes d'action que chacune a ou pourrait avoir acquies à l'encontre de l'autre en matière de soutien sous le régime de la *Loi sur le divorce*, de la *Loi sur les services à la famille*, de la *Loi sur la provision pour personnes à charge*, L.N.-B. 1991, ch. P-22.3, ou autrement, sous le régime d'une loi existante ou future, dans notre province ou ailleurs.
- b) Les parties reconnaissent et conviennent que, sous réserve du paragraphe 5 ci-dessus, sans égard à ce que pourrait devenir leur situation financière respective pour des raisons de santé, d'emploi, d'un changement du coût de la vie ou autre, aucune d'elles n'a le droit de recevoir de

l'autre une prestation alimentaire matrimoniale sous le régime d'aucune disposition législative ou de la common law. Les deux parties acceptent que les dispositions de l'ordonnance sur consentement finale constituent le règlement intégral de toutes réclamations et demandes passées, présentes et futures visant leur propre soutien. En outre, les deux parties conviennent que la présente ordonnance sur consentement finale peut être opposée par l'une ou l'autre en préclusion de toute réclamation future de la part de l'autre pour toute forme d'aliments et d'entretien, sous réserve du paragraphe 5 ci-dessus. Les parties reconnaissent et conviennent en outre avoir tenu compte des circonstances particulières de leur mariage, de la rupture de leur mariage, de leur situation financière courante ainsi que des conséquences de leur mariage, et elles prennent des dispositions complètes et équitables en règlement de toute demande de prestation alimentaire matrimoniale, qu'il s'agisse d'une demande fondée sur le besoin, d'une prestation alimentaire compensatoire ou contractuelle ou de toute autre forme de pension alimentaire d'origine législative.

- c) Le requérant s'engage à garantir l'intimée et sa succession contre toute demande ou ordonnance judiciaire présente ou future concernant le versement d'une prestation alimentaire à son intention outre ce qui est établi par le paragraphe 5 ci-dessus.
- d) L'intimée s'engage à garantir le requérant contre toute demande ou ordonnance judiciaire présente ou future concernant le versement d'une prestation alimentaire.
- e) Les parties conviennent que pendant la période où la prestation alimentaire matrimoniale est exigible en application du paragraphe 5 ci-dessus, ni l'une ni l'autre ne sollicitera la modification du montant ou de la durée de la prestation, peu importe si leur situation financière respective change pour des raisons

liées à la santé ou à l'emploi, au changement du coût de la vie ou pour toute autre raison.

[4] L'intimée soutient que ce paragraphe peut être opposé par voie de préclusion à toute tentative de l'une ou l'autre partie de modifier les conditions de la prestation alimentaire matrimoniale. Subsidiairement, elle fait valoir que l'appelant n'a pas fourni de preuve suffisante pour établir qu'il éprouve une difficulté économique, au contraire de ce qu'exige le par. 17(10), et qu'il a, à tort, présenté sa motion sous le régime du par. 15(2), comme s'il s'agissait d'une demande d'ordonnance initiale. Cette distinction est importante, car une fois les conditions d'une entente visant la prestation alimentaire matrimoniale intégrées à une ordonnance, elles sont présumées satisfaire aux objectifs énoncés au par. 15.2(1) au moment où l'ordonnance est signée. Toutefois, une ordonnance sur consentement peut tout de même être modifiée au titre du par. 17(4.1), si l'auteur de la motion satisfait aux objectifs et aux critères établis par l'art 17. La juge qui a rendu le jugement de divorce en l'espèce a signé l'ordonnance en conséquence, reconnaissant ainsi tacitement qu'elle n'avait pas le pouvoir d'écarter la compétence résiduelle de la cour de modifier une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17. Le critère préliminaire n'est cependant pas le même si une partie dépose une motion en modification d'une ordonnance alimentaire de durée limitée après l'échéance du terme de l'ordonnance. Le cas échéant, l'auteur de la motion doit prouver en outre que la modification qu'il sollicite s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par l'un des changements décrits au par. 17(4.1) et liés au mariage, et que le changement est tel que si la nouvelle situation avait existé au moment où l'ordonnance alimentaire ou la dernière ordonnance modificative a été rendue, une ordonnance différente aurait vraisemblablement été rendue.

[5] Dans sa motion, l'appelant sollicitait ce qui suit :

[TRADUCTION]

- a) que l'ordonnance datée du 10 novembre 2014 soit modifiée de façon à éliminer la date de cessation de sa prestation alimentaire matrimoniale en vertu du par. 17(1) de la *Loi*;

- b) subsidiairement, que les dispositions de l'ordonnance du 10 novembre 2014 soient annulées et qu'il soit ordonné qu'une prestation alimentaire matrimoniale lui soit payée conformément aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, à partir du 1^{er} juillet 2019, en vertu de l'art. 15.2 ou du par. 17(1) de la *Loi*.

[6] Selon les moyens invoqués à l'appui de la motion : 1) l'ordonnance existante ne respectait pas les objectifs énoncés au par. 15.2(6) de la *Loi* étant donné la durée substantielle du mariage et le fait que l'appelant était resté à la maison pendant onze ans pour prendre soin de l'enfant qu'il a eue avec l'intimée; et 2) l'appelant éprouvait des besoins économiques ayant un lien de causalité avec le mariage et l'échec du mariage, puisqu'il a été incapable d'assurer son indépendance économique pendant la période restreinte établie par l'ordonnance.

[7] La motion ayant été déposée après l'échéance du terme, c'est le par. 17(10) qui s'appliquait, en l'espèce. L'appelant a fait valoir qu'il avait consenti à une prestation alimentaire matrimoniale de durée limitée parce qu'il croyait être en mesure de retourner sur le marché du travail avant la fin de cette période et que son incapacité à le faire constituait un changement important. Au paragraphe 28 de son affidavit, il a écrit : [TRADUCTION] « Au moment de la conférence de règlement amiable et le jour où j'ai signé l'ordonnance sur consentement, l'intimée et moi croyions tous les deux que je pourrais retourner rapidement sur le marché du travail, puisque j'ai travaillé sans problème pendant de nombreuses années jusqu'à la naissance de notre fille. Or je n'y suis pas parvenu, malgré mes efforts continus. » Comme preuve de son incapacité à trouver un emploi à temps plein, l'appelant a fourni ce qui suit :

- a) une liste des employeurs auprès desquels il a postulé un emploi depuis 2014, les postes auxquels il a posé sa candidature et les dates de ces communications;

- b) une déclaration portant qu'il a participé à des programmes de formation et d'études;
- c) une déclaration portant qu'en 2015, il a entrepris des séances d'accompagnement professionnel et a suivi une formation en analyse opérationnelle et gestion de projets au New Brunswick Community College;
- d) une déclaration portant qu'en avril 2016, il a entrepris une formation d'un an en cours d'emploi au sein d'une entreprise de Fredericton;
- e) une déclaration portant qu'il avait commencé à suivre des cours de français;
- f) une déclaration portant qu'en 2017 et en 2018, il avait obtenu le certificat nécessaire pour être vérificateur de logiciels et maître Scrum (méthode Agile);
- g) une déclaration portant qu'en 2018, il a obtenu un contrat de six à sept mois pour une entreprise appelée Culinary Therapy.

[8]

En réponse, l'intimée a demandé ce qui suit :

- a) que la motion soit intégralement rejetée puisque l'ordonnance devait être finale et n'était donc pas susceptible d'être modifiée;
- b) subsidiairement, que la motion soit rejetée en application du par. 17(10) de la *Loi*;
- c) subsidiairement, que la motion soit rejetée parce que l'appelant n'a pas étayé ses affirmations de preuve suffisante;

- d) subsidiairement, que la motion soit rejetée parce que la province du Nouveau-Brunswick n'était plus le ressort approprié, les deux parties et l'enfant à charge vivant désormais en Nouvelle-Écosse;
- e) les dépens afférents à la motion suivant le tarif des frais entre avocat et client.

[9] Après l'audience, l'appelant a trouvé un emploi à temps plein. De plus, le 26 juin 2020, le poste de l'intimée a été déclaré superflu et celle-ci a reçu une indemnité de départ. Avant l'audition de l'appel, une motion en présentation de preuve nouvelle a été déposée et nous avons reçu un [TRADUCTION] « exposé conjoint des éléments de preuve », intégré dans une ordonnance sur consentement, et comprenant une attestation du revenu gagné par l'appelant du 24 octobre 2019 au 26 mars 2020, un courriel envoyé à l'intimée par son ancien employeur concernant son indemnité de départ et des calculs effectués les 11 septembre 2014 et 23 janvier 2014 à l'aide du logiciel DivorceMate.

[10] À un moment donné, l'intimée a avancé que l'évolution de leur situation financière respective rendait l'appel purement théorique, mais cette avenue a été écartée, à bon droit. Il est donc inutile d'y accorder plus d'attention.

III. La décision du juge saisi de la motion

[11] La motion a été entendue et tranchée sur le fondement des affidavits et des mémoires et observations orales des avocats. Le juge a décidé que les critères du par. 17(10) n'étaient pas satisfaits et a conclu que l'appelant n'avait pas prouvé qu'il y avait eu un changement important au sens du par. 17(4.1) de la *Loi*. Il a rejeté à la fois la motion et la demande de l'intimée en vue du changement de ressort de sorte que l'instance soit poursuivie en Nouvelle-Écosse, et il a accordé des dépens de 5 000 \$ à l'intimée. Aucun appel reconventionnel n'a été déposé à l'égard du rejet de la demande de modification du ressort présentée par l'épouse.

IV. Les moyens d'appel

[12] Onze moyens d'appel ont été invoqués, notamment des erreurs de droit, des erreurs de fait manifestes et dominantes et des erreurs mixtes de droit et de fait. Dans l'ensemble, l'appelant fait valoir que l'analyse du juge est entachée de quatre erreurs. Il soutient que le juge a mal interprété la preuve et a commis des erreurs manifestes qui ont influé sur l'issue de la procédure. Ce moyen d'appel est lié aux conclusions erronées du juge quant aux efforts déployés par l'appelant pour trouver un emploi à temps plein. La principale doléance de l'appelant, toutefois, a trait au processus. Il affirme que le juge saisi de la motion était tenu d'entendre des témoignages de vive voix et que sa décision de trancher l'affaire sur le fondement des affidavits constitue une erreur de droit, d'autant plus que les affidavits se contredisent à de nombreux égards. Il prétend que l'audience aurait dû être ajournée et une date d'audience fixée pour la présentation de témoignages de vive voix, qui auraient mieux permis au juge de tirer des conclusions quant aux faits et à la crédibilité. Enfin, l'appelant estime que la décision de le condamner à des dépens de 5 000 \$ n'était pas justifiée.

V. La norme de contrôle

[13] Pour ce qui est de la norme de contrôle applicable aux questions de prestation alimentaire, les tribunaux doivent faire preuve d'une grande retenue (voir *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n° 9 (QL), par. 11 et 12). Comme l'a rappelé la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99, les décisions concernant la prestation alimentaire matrimoniale sont susceptibles de révision en cas d'erreur de principe ou d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée (par. 12).

[14] Ces décisions font généralement appel à une norme de contrôle empreinte de déférence, à moins qu'il soit décidé qu'un juge a commis une erreur de droit ou de principe, que son interprétation des faits est entachée d'une erreur manifeste et dominante qui a eu une incidence sur l'issue de la procédure ou qu'il y a eu erreur mixte de droit et

de fait. Dans l'arrêt *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) c. A.R. et al.* (2007), 322 R.N.-B. (2^e) 372, [2007] A.N.-B. n^o 345 (QL) (C.A.), la Cour a conclu « [...] qu'une telle décision ne doit être modifiée en appel que s'il peut être démontré que la juge saisie de la motion s'est mal enquis du droit et n'a pas respecté les principes qui s'appliquaient, ou si son appréciation de la preuve est erronée au point de créer une injustice » (par. 15). C'est un principe que notre Cour applique de façon uniforme. Enfin, la décision de reporter l'audition de l'affaire relevait d'un pouvoir discrétionnaire, qui commande généralement la déférence.

VI. Analyse

A. *L'application du par. 17(10) aux motions en modification d'ordonnances alimentaires de durée limitée*

[15] La motion a été présentée et débattue sous le régime du par. 17(4.1) et, subsidiairement, sous le régime du par. 15(2). Comme on l'a vu, l'intimée soutient que, en application du par. 17(10), quand une demande de modification est déposée après l'échéance du terme de l'ordonnance alimentaire de durée limitée, l'auteur de la motion a le fardeau supplémentaire de prouver que la modification s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement lié au mariage, tel qu'il y est prescrit. Comme on le verra, cette restriction est dictée par une considération d'intérêt public, soit celle de l'importance du caractère définitif de la pension.

[16] Le paragraphe 17(10) de la *Loi* prévoit ceci :

Limitation

(10) Notwithstanding subsection (1), where a spousal support order provides for support for a definite period or until a specified event occurs, a court may not, on an application instituted after the expiration of that period or the occurrence of the event, make a variation order for the

Restriction

(10) Par dérogation au paragraphe (1), le tribunal ne peut modifier l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux dont la durée de validité est déterminée ou dépend d'un événement précis, sur demande présentée après l'échéance de son terme ou après la survenance de cet événement,

purpose of resuming that support unless the court is satisfied that

en vue de la reprise de la fourniture des aliments, que s'il est convaincu des faits suivants :

(a) a variation order is necessary to relieve economic hardship arising from a change described in subsection (4.1) that is related to the marriage; and

a) l'ordonnance modificative s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement visé au paragraphe (4.1) et lié au mariage;

(b) the changed circumstances, had they existed at the time of the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, would likely have resulted in a different order.

b) la nouvelle situation, si elle avait existé à l'époque où l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue, aurait vraisemblablement donné lieu à une ordonnance différente.

[17]

Le paragraphe 17(4.1) de la *Loi* est libellé ainsi :

Factors for spousal support order

Facteurs — ordonnance alimentaire au profit d'un époux

(4.1) Before the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

(4.1) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

[18]

La juge a cité abondamment la décision *Eidt c. Eidt*, 2009 NBBR 152, 348 R.N.-B. (2^e) 390, dans laquelle la juge Wooder a expliqué (par. 84 et 85 de la décision du juge) que le par. 17(10) assure un caractère définitif au processus de soutien, et a qualifié d'exceptionnelles les modifications apportées au titre de ces dispositions. Il y va de l'intérêt public que les critères applicables à une motion en modification d'une ordonnance alimentaire de durée limitée sont plus stricts. De fait, ces ordonnances

deviendraient vides de sens si, une fois la prestation alimentaire payée, elles étaient susceptibles de modification indéfiniment.

[19] Les paragraphes 17(4.1) et 17(10) s'appliquent tous deux aux motions en modification déposées sous le régime de l'art. 17 de la *Loi*. Toutefois, si le par. 17(10) s'applique, le fardeau de la preuve imposé au demandeur est plus lourd (voir *Embree c. Embree*, 2016 NBCA 42, 451 R.N.-B. (2^e) 369). Les facteurs applicables ont alimenté des discussions continues par la Cour suprême. L'arrêt *Miglin* a établi l'analyse en deux étapes à laquelle il convient de procéder quand l'un des époux demande l'annulation de certaines dispositions d'une entente consensuelle. Puis est venu l'arrêt *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295. Alors que l'arrêt *Miglin* traitait de la prestation alimentaire matrimoniale, l'arrêt *Rick* portait sur un règlement entre les parties concernant des biens. Dans ces décisions, la Cour n'a pas eu à se pencher sur la question de la force obligatoire d'une ordonnance judiciaire. Dans l'arrêt *Miglin*, la Cour suprême a rappelé que, lorsque les parties agissent en adultes responsables pour régler leurs affaires financières et que le règlement ne peut être contesté sur aucun autre fondement, les tribunaux ne devraient pas miner ce règlement (par. 45, citant *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, [1987] A.C.S. n° 31 (QL)). Voir également *Masters c. Masters*, [1994] 1 R.C.S. 883, [1994] A.C.S. n° 33 (QL).

[20] L'appelant avance que la longue durée du mariage et le fait qu'il soit resté à la maison pour prendre soin de l'enfant lui ont fait subir des inconvénients économiques, et que l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, [1992] A.C.S. n° 107 (QL), s'applique donc. Dans cette affaire, une ordonnance alimentaire de durée indéterminée avait été rendue sous le régime du par. 15(2). Ayant perdu son emploi, M^{me} Moge a déposé une requête en modification de l'ordonnance. Le mari a répliqué avec sa propre requête, demandant qu'il soit mis fin à la prestation alimentaire matrimoniale. Après avoir discuté des objectifs énoncés au par. 17(7), soit : 1) atténuer les inconvénients économiques; 2) répartir entre les époux les conséquences économiques découlant du soin des enfants à charge; 3) remédier à toute difficulté économique que

leur cause l'échec du mariage; et 4) favoriser l'indépendance économique, la juge L'Heureux-Dubé a accueilli la requête en modification présentée par M^{me} Moge.

[21] Dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, [1999] A.C.S. n° 14 (QL), la Cour suprême a raffiné ses arrêts antérieurs sur la prestation alimentaire matrimoniale en introduisant des principes devenus depuis les fondements conceptuels de l'analyse du droit à des aliments qu'il faut mener sous le régime de l'art. 15.2 de la *Loi*, soit les fondements compensatoire, non compensatoire et contractuel, tant dans le cas d'une ordonnance initiale rendue en vertu de l'art. 15.2 que dans celui d'une ordonnance modificative rendue en vertu de l'art. 17.

[22] L'arrêt *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, a raffiné l'analyse davantage : désormais, la partie qui sollicite la modification d'une ordonnance alimentaire matrimoniale doit montrer que l'entente originale ou l'ordonnance initiale ne répond plus aux objectifs énoncés par l'art. 15.2 de la *Loi*. Il s'agit là d'une distinction importante dans l'optique de l'intérêt public, en ce qu'elle tient compte de l'injustice qu'il y aurait à exiger d'un ex-époux qu'il continue de verser une prestation alimentaire matrimoniale pour des raisons qui ne sont pas liées au mariage et qu'elle respecte le principe du caractère définitif du règlement. Lorsque le juge signe une ordonnance contenant des dispositions relatives à une prestation alimentaire matrimoniale de durée déterminée, comme c'est le cas en l'espèce, il est présumé que la question du droit à la prestation a été réglée de manière satisfaisante. Il devient alors essentiel de déterminer si le changement invoqué est important, d'autant plus si la durée de validité prévue de l'ordonnance alimentaire est échu.

[23] Sur la question du changement important, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu ce qui suit, dans l'arrêt *Dedes c. Dedes*, 2015 BCCA 194, [2015] B.C.J. No. 883 (QL) :

[TRADUCTION]

Comme l'exprime clairement l'arrêt *L.M.P.*, le critère du changement important n'est pas ce que l'une des parties

savait ou pouvait raisonnablement prévoir, mais ce que les parties ont effectivement envisagé au moment où l'ordonnance sur consentement a été rendue. Ce critère a pour but d'empêcher les parties de débattre à nouveau une question déjà examinée et rejetée; dans de tels cas, une demande de modification équivaldrait à un appel de l'ordonnance initiale (voir *Gordon*, par. 15). Comme l'a écrit la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Willick* (p. 734), « la diversité des scénarios possibles en droit de la famille impose aux tribunaux d'appliquer dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire une norme souple qui ne limite pas artificiellement l'adaptabilité des dispositions de la *Loi sur le divorce* ». Voir aussi *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, par. 49 à 51, et *Jakob c. Jakob*, 2010 BCCA 136, par. 40. [par. 25.]

[Soulignement dans l'original.]

[24] Comme la Cour suprême l'a énoncé clairement dans l'arrêt *L.M.P.*, la demande de modification n'est ni un appel ni un procès *de novo*. Les parties à l'affaire *L.M.P.* avaient signé un accord de séparation global qui a plus tard été intégré à une ordonnance judiciaire et selon lequel l'épouse devait recevoir une prestation alimentaire indexable de 3 688 \$ par mois. Quatre ans plus tard, l'ex-époux a déposé une demande de modification en vertu du par. 17(4.1), sollicitant la réduction des paiements alimentaires matrimoniaux sur le fondement d'un changement important dans sa situation financière. La Cour suprême a étudié les principes d'intérêt public qui sous-tendent l'art. 15.2 et le par. 17(4.1) et, suivant l'orientation établie par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Moge*, les juges Abella et Rothstein ont écrit :

Pour des raisons de principe judiciaires, le droit de la famille autorise et encourage les époux en instance de séparation à fixer eux-mêmes les modalités de leur séparation en signant un accord de séparation (Berend Hovius et Mary-Jo Maur, *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials* (7^e éd. 2009), p. 783). Les accords sont souhaitables parce que les personnes devraient jouir d'une grande liberté pour organiser leur vie comme elles l'entendent; parce que [TRADUCTION] « les parties elles-mêmes sont mieux placées pour comparer les avantages de différentes modalités »; enfin, parce qu'un règlement négocié permet d'éviter les coûts personnels et financiers élevés d'un litige [...]. [par. 14]

[25]

Les juges Abella et Rothstein ont conclu :

[L]es directives données au tribunal quant aux éléments qu'il doit prendre en considération sont différentes selon qu'il rend une ordonnance initiale ou une ordonnance modificative. Notamment, contrairement à l'al. 15.2(4)c) qui demande expressément au tribunal de tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux » lorsqu'il examine une demande initiale de pension alimentaire, le par. 17(4.1) ne mentionne nullement les ententes et demande simplement au tribunal de s'assurer « qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux » depuis l'ordonnance initiale ou sa dernière modification. Compte tenu de ces différences dans leur libellé, il est important de procéder à des analyses distinctes pour l'application des art. 15.2 et 17.

Le tribunal saisi d'une demande en vertu de l'art. 15.2 se demande expressément dans quelle mesure les dispositions d'une entente existante doivent être intégrées dans une première ordonnance alimentaire. Par contre, pour trancher une demande présentée en vertu de l'art. 17, le tribunal doit déterminer s'il y a lieu de modifier ou d'annuler cette ordonnance alimentaire en raison d'un changement dans la situation des parties.

[...]

Le critère préliminaire auquel il doit être satisfait, lorsqu'il s'agit de déterminer si le tribunal peut modifier une ordonnance alimentaire antérieure au profit d'un époux, est énoncé au par. 17(4.1). Le tribunal doit vérifier s'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux *depuis que cette ordonnance a été rendue*.

[...]

En outre, les arrêts *Willick* et *G. (L.)* indiquent sans équivoque que ce qui constitue un changement important dépend de la situation réelle des parties au moment de l'ordonnance.

En règle générale, un changement important doit avoir une certaine continuité et ne pas être simplement temporaire (voir *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, par. 49). Certains autres facteurs peuvent aider le tribunal à établir si un changement particulier est important [...]

[...]

L'examen d'un changement de situation s'effectue exactement de la même façon, qu'une entente alimentaire entre époux ait été intégrée ou non dans l'ordonnance. Même si on ne sait pas très bien quelle incidence elle aurait dans un cas concret, une règle générale selon laquelle il faut donner un « poids appréciable » à l'entente a pour effet de rehausser le critère préliminaire auquel il doit être satisfait pour qu'un changement important soit établi au sens de l'art. 17 dans les cas où il existe une entente et met l'accent sur la certitude et le règlement définitif au détriment des exigences légales fixées par l'art. 17. Ce résultat rappelle l'approche de la « rupture nette » adoptée dans la trilogie *Pelech*, qui a été rejetée dans *Moge* et *Miglin*, car elle ne convenait plus dans le contexte de l'actuelle *Loi sur le divorce*.

[par. 23, 24, 29, 34, 35 et 46]

[Caractères en italique dans l'originale.]

[26] La Cour suprême a souligné que, même si les objectifs d'une ordonnance modificative sont « presque identiques » sous le régime de l'art. 17 ou sous le régime de l'art. 15.2, les « *facteurs* à prendre en compte [...] sont nettement différents » (par. 22), particulièrement dans les cas où une ordonnance ou une entente met l'accent sur la certitude et le règlement définitif (par. 46). L'arrêt *L.M.P.* a dissipé la confusion, s'il en est, qui subsistait sur ce point après l'arrêt *Miglin* (par. 26 et 27). Il définit le critère préliminaire à satisfaire pour obtenir une modification au titre du par. 17(4.1) comme un changement important que n'avaient pas envisagé les parties et qui s'est produit après le prononcé de l'ordonnance précédente. Il réitère la démarche analytique énoncée dans les arrêts *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, [1994] A.C.S. n° 94 (QL), et *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, [1995] A.C.S. n° 72 (QL) (par. 49), pour déterminer s'il y a eu un changement de situation important. Toutefois, comme le juge Cromwell l'a fait observer au par. 92 de l'opinion minoritaire, l'arrêt *L.M.P.* n'a pas traité des demandes

d'ordonnance modificative qui sont assujetties à la restriction prévue au par. 17(10), disposition qui prescrit que l'auteur de la demande doit établir que sa difficulté économique est causée par un changement du type décrit au par. 17(4.1). Pour y arriver, il doit produire des documents financiers détaillés et prouver que sa difficulté économique est liée au mariage.

[27] Dans l'arrêt *Embree*, notre Cour a écrit ceci :

Dans leur ouvrage intitulé *Canadian Family Law*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008), Julien D. Payne et Marilyn Payne font observer ce qui suit :

[TRADUCTION]

De plus, toute ordonnance, qu'elle soit rendue sur consentement ou non, qui dispose que les aliments au profit d'un époux seront versés pour une durée déterminée ou jusqu'à ce que survienne un événement précis, est assujettie aux conditions strictes additionnelles imposées par le par. 17(10) de la *Loi sur le divorce* si une demande de modification est déposée après l'expiration de l'ordonnance. Dans ce cas, la Cour doit être convaincue qu'une ordonnance modificative s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement lié au mariage et que la nouvelle situation aurait vraisemblablement donné lieu à une ordonnance différente si elle avait existé à l'époque où l'ordonnance dont on sollicite la modification a été rendue. La difficulté économique qui découle de circonstances extrinsèques sans rapport avec le mariage, comme la perte involontaire d'un emploi en raison d'une maladie ou d'une invalidité ou l'incapacité de trouver un emploi avant l'expiration de la période fixée, qui n'a pas de lien avec la durée du mariage et les fonctions remplies pendant le mariage et n'est imputable qu'au climat économique, ne bénéficie pas de la protection du paragraphe 17(10) de la *Loi sur le divorce*. Les critères plus stricts imposés au paragraphe 17(10) de la *Loi sur le divorce* s'appliquent même lorsque la demande de modification a simplement pour objet de prolonger la durée de l'ordonnance alimentaire. Lorsque la

date d'expiration découle d'une convention entre conjoints, il sera tenu pour acquis que l'ordonnance originale a correctement et équitablement réparti les conséquences économiques du mariage et de son échec et l'ordonnance ne sera modifiée que si la nouvelle situation compromet le caractère équitable de la redistribution de ces conséquences économiques lorsque mesuré à l'aune des objectifs définis aux paragraphes 15(7) et 17(7) de la *Loi sur le divorce*. [p. 285] [par. 15]

[Le soulignement est de moi.]

[28] Dans *R.P. c. R.C.*, 2011 CSC 65, [2011] 3 R.C.S. 819, l'arrêt connexe de *L.M.P.*, la Cour suprême a rejeté la requête en modification déposée par l'époux parce que ce dernier n'avait pas prouvé qu'il y avait eu un changement important et permanent dans sa situation financière et que le changement qu'il invoquait n'aurait pas pu être envisagé par les parties au moment de la signature de l'ordonnance, mais, surtout, parce qu'il n'avait pas produit de preuve permettant d'établir ce qu'était sa situation financière au moment de la signature de l'ordonnance.

[29] Les juges Abella et Rothstein ont souligné ce qui suit :

Selon le par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, la partie qui demande la modification d'une ordonnance alimentaire doit établir qu'il est survenu un changement de situation important depuis que cette ordonnance ou l'ordonnance modificative de celle-ci a été rendue. Le cadre d'analyse applicable en l'espèce a été élaboré dans l'arrêt connexe *L.M.P.* Un changement important est un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes dans l'ordonnance existante. Le tribunal saisi d'une demande de modification doit prendre en considération les dispositions de l'ordonnance et la situation des parties au moment où l'ordonnance a été rendue, pour déterminer si un changement donné est important. L'ordonnance existante est réputée être bien fondée et elle ne sera modifiée que s'il est satisfait aux conditions prévues à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. [par. 25]

B. *Application des par. 17(10) et (4.1) à la présente espèce*

[30] En l'espèce, quand les parties ont convenu d'une prestation alimentaire matrimoniale de durée limitée, elles ont reconnu tacitement que les conditions de leur entente satisfaisaient vraisemblablement aux critères de l'art. 15.2 de la *Loi*. Le changement important invoqué par l'appelant est essentiellement l'incapacité de trouver un emploi à temps plein avant l'expiration des paiements alimentaires. Le juge a retenu le témoignage de l'intimée, selon qui cette possibilité était envisageable au moment où les époux ont négocié le règlement. L'intimée y a d'ailleurs fait explicitement référence dans son affidavit, auquel elle a même joint une copie des arguments qu'elle a présentés en première instance et dans lesquels elle se dit inquiète de ce que l'appelant ne puisse trouver un emploi à temps plein pendant la durée indiquée, étant donné sa mauvaise éthique de travail. Le juge a estimé que les éléments produits par l'appelant pour prouver sa difficulté économique étaient incomplets et que ce dernier ne satisfaisait pas aux critères préliminaires autorisant la modification d'une ordonnance sur le fondement d'une difficulté économique et d'un changement important de situation.

[31] Le juge était conscient de ces conditions préalables. Il a conclu : 1) que l'appelant n'avait pas produit de preuve à l'appui de sa prétention selon laquelle les conditions du règlement ne répondaient pas aux objectifs de la *Loi*; 2) que l'appelant n'avait pas établi que son incapacité à trouver un emploi était liée au mariage; 3) que l'ordonnance sur consentement énonçait expressément que les conditions étaient conformes aux objectifs des art. 15.2 et 17 de la *Loi*; 4) que l'appelant n'avait pas pu établir de lien entre ses [TRADUCTION] « difficultés financières et la rupture du mariage »; 5) que l'appelant disposait de ressources financières; et 6) que ses problèmes étaient [TRADUCTION] « pratiquement » identiques à ceux qu'il éprouvait déjà quand l'ordonnance a été signée, en 2014 (par.73).

[32] Dans leur ouvrage intitulé *The 2020 Annotated Divorce Act*, James MacDonald et Ann Wilton reconnaissent que le par. 17(10) [TRADUCTION] « crée un nouveau critère, différent et, semble-t-il, plus rigoureux, applicable à un type

particulier de demande de modification, soit une demande de prorogation de la prestation alimentaire après l'échéance du terme de l'ordonnance de durée limitée » (p. 963). Sous le régime du par. 17(4.1), la Cour doit être convaincue qu'il est effectivement survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'appelant, en tenant compte des objectifs fixés par le par. 17(7). Cependant, le par. 17(10) restreint le pouvoir qu'a la Cour de modifier une ordonnance alimentaire matrimoniale quand la durée de validité de l'ordonnance est déterminée ou qu'elle dépend d'un événement précis. À mon avis, le juge a reconnu cette distinction.

[33] En l'espèce, les deux parties ont convenu que le juge avait mal qualifié la recherche d'emploi effectuée par l'appelant et la preuve fournie par ce dernier pour montrer qu'il avait bel et bien cherché un emploi à temps plein, mais sans succès. Même s'il s'agit là d'une erreur manifeste, elle n'a eu aucune incidence sur l'issue de l'affaire parce que la motion a été tranchée sur le fondement d'autres motifs. Il a été établi que l'appelant avait travaillé après la signature de l'entente, mais le juge a estimé qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve des revenus qu'il en avait tirés. Il manquait des annexes à ses déclarations de revenus. Ses états financiers montraient qu'il était propriétaire d'une maison évaluée à 216 900 \$, qu'il avait des biens ménagers et des biens personnels d'une valeur de 9 350 \$ ainsi que des économies et une pension de retraite se chiffrant à 352 196,19 \$, pour une valeur nette totale de 578 446,19 \$, contre un passif de 98 971,47 \$. Le juge a estimé que l'appelant n'avait pas divulgué ses revenus de manière satisfaisante et que son affidavit ne prouvait pas que sa difficulté économique était liée au mariage, en plus de ne pas satisfaire aux exigences du par. 17(4.1). Les éléments de preuve produits n'étaient pas suffisamment la demande de l'appelant qui sollicitait la renégociation de l'entente et la tenue d'une audience au titre de l'art. 15.2 et du par. 17(4.1). À mon avis, le juge a appliqué le bon critère. Je suis d'avis de ne pas modifier sa décision et de rejeter ce moyen d'appel.

C. *Y aurait-il eu lieu d'ajourner et de fixer une date d'audience?*

[34] La procédure à suivre pour déposer une motion en modification sous le régime de la *Loi* est celle qui est prévue à la règle 72.22(1). Par ailleurs, la règle 37 prévoit que la motion doit être accompagnée d'affidavits et que le contre-interrogatoire d'une personne est permis si un juge l'autorise (règle 39.02(2)). Enfin, la règle 39.01(1) dispose que la preuve relative à une motion ou à une requête peut être établie par affidavit, sauf prescription contraire d'une autre règle ou d'une ordonnance. Étant donné leur nature, les motions doivent être entendues rapidement et sont généralement tranchées sur le fondement d'affidavits.

[35] On ne peut sous-estimer l'importance des plaidoiries. La Cour tire sa compétence pour rendre une ordonnance de la mesure réparatoire d'origine législative sollicitée par l'auteur de la motion (voir *Waugh et al. c. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 391, [2000] A.N.-B. n^o 80 (QL), le juge d'appel Drapeau, par. 12 et 13).

[36] Le juge a la direction de son tribunal et peut statuer sur une motion de diverses manières (règle 37.10). À mon avis, si le juge saisi de la motion est convaincu que les éléments de preuve qui lui sont présentés sont fiables et suffisants pour lui permettre de trancher la principale question en litige, il a le pouvoir discrétionnaire, assez vaste mais non illimité, de procéder de la manière qu'il estime être dans l'intérêt de la justice. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire inhérent, qui commande la déférence. En toute conformité avec les *Règles*, les parties doivent [TRADUCTION] « faire de leur mieux » en formulant leur affidavit, puisque rien ne garantit qu'un juge voudra entendre des témoignages de vive voix pendant l'audition d'une motion. Étant donné les rôles chargés et les longs délais de mise au rôle dans certaines circonscriptions judiciaires, s'il fallait que chaque motion en modification d'une ordonnance alimentaire soit instruite de la même façon qu'un procès, la situation deviendrait difficile et nuirait à l'administration de la justice.

[37] En l'espèce, la première question consistait à déterminer si l'appelant avait satisfait aux critères relatifs à la difficulté économique et au changement important de sa situation. D'emblée, l'intimée a attiré l'attention de la Cour sur le fait que la motion avait été déposée après l'échéance du terme de l'ordonnance à durée déterminée et a invoqué le fardeau de preuve supplémentaire imposé par le par. 17(10). Les observations de l'appelant étaient déjà bien avancées quand il a sollicité une audience. Voici ce qu'il a proposé :

[TRADUCTION]

Je demande donc aujourd'hui à la Cour de prolonger la durée de la prestation alimentaire matrimoniale indéfiniment ou jusqu'à une date déterminée. Ma collègue a évoqué l'absence de demande en vue de présenter des témoignages de vive voix. C'est un vieux rituel : je le fais maintenant ou j'attends six mois? Il est loisible à la Cour de dire : [TRADUCTION] « J'accorde une ordonnance provisoire, puis nous reviendrons et nous entendrons d'autres preuves. » À mon avis, cependant, mon client ne pourra fournir aucune preuve qui ne répéterait pas ce qu'il a déjà dit.

[38] Le pouvoir du juge de ne pas accorder l'ajournement était d'ordre discrétionnaire et la norme de contrôle appelle donc la déférence (voir *Burt c. Boyle et al.* (2011), 382 R.N.-B. (2d) 206, [2011] A.N.-B. n° 471 (QL) (C.A.); *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre), par. 4; *S.B.-B. c. B.J.S.*, 2020 NBCA 9, [2020] A.N.-B. n° 31 (QL), par. 40; *J.D.F. c. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] A.N.-B. n° 252 (QL), la juge d'appel Quigg, par. 38 et 39).

[39] L'appelant soutient que le juge ne pouvait pas évaluer correctement sa crédibilité sans tenir un procès, et il s'appuie à cet égard sur l'arrêt *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2^e) 147. Il affirme que le juge a contrevenu aux lignes directrices formulées par la Cour dans l'arrêt *N.E.R.*, où la juge d'appel Quigg a conclu que le juge saisi de la motion avait commis une erreur en tranchant la motion sur le fondement d'affidavits contradictoires. L'arrêt *N.E.R.* porte sur la garde d'une enfant. En

l'espèce, l'appelant n'a pas sollicité l'autorisation de contre-interroger l'intimée ni l'autorisation de modifier ses plaidoiries.

[40] Selon la règle générale, en présence d'affidavits contradictoires, le juge saisi d'une motion concernant la garde d'enfants devrait tenir une audience (voir *Benoît c. Reid* (1995), 171 R.N.-B. (2^e) 161, [1995] A.N.-B. n° 553 (QL) (C.A.)). Toutefois, conformément à l'évolution de l'attitude des tribunaux et des *Règles de procédure* au regard de l'instruction accélérée, un nombre croissant de juges se montrent enclins à trancher même les affaires de garde d'enfants sur le fondement de preuve par affidavit (voir *Minister of Social Development c. A.M. et al.*, 2020 NBBR 208, [2020] A.N.-B. n° 261 (QL); *New Brunswick (Minister of Social Development) c. A.A.*, 2018 NBBR 38, [2018] A.N.-B. n° 53 (QL); *New Brunswick (Minister of Social Development) c. A.S.*, 2019 NBBR 77, [2019] A.N.-B. n° 104 (QL); *New Brunswick (Minister of Social Development) c. V.T. and C.H.*, 2020 NBBR 167, [2020] A.N.-B. n° 281 (QL)).

[41] En l'espèce, le juge devait effectuer une analyse étroitement circonscrite et non tenir un procès *de novo* sur le droit à la prestation alimentaire. Il n'est pas obligatoire de tenir une audience dans tous les cas où les affidavits souscrits sont contradictoires. Ainsi, dans l'arrêt *Alan Schelew et autre c. Lillian Schelew et autre*, 2016 NBCA 14, [2016] A.N.-B. n° 323 (QL), le juge d'appel Green a confirmé la décision d'un juge qui avait statué sur une motion en jugement sommaire dans une affaire civile sur le fondement d'affidavits contradictoires. Le juge d'appel a écrit :

Pour ma part, je suis satisfait de la démarche que le juge saisi de la motion a adoptée. Il était fondé à tirer les conclusions auxquelles il est arrivé et celles-ci trouvaient appui dans la preuve. C'est au juge saisi de la motion qu'il incombait d'apprécier la crédibilité des déposants et j'estime qu'il s'est convenablement acquitté de cette responsabilité. Je suis d'avis de ne pas intervenir. [par. 27.]

[42] La règle 1.03(2) exige des tribunaux qu'ils « assure[nt] une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive ». Dans l'arrêt *O'Toole c. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] A.N.-B. n° 58

(QL), le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a analysé en profondeur la procédure de jugement sommaire. Bien que, dans l'affaire dont nous sommes saisis, la règle 22 n'est pas invoquée, je crois que les principes applicables sont similaires. Ces principes découlent de l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, dans lequel la Cour suprême a expliqué ce qui suit (cité au par. 5 de l'arrêt *O'Toole*) :

Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure de jugement sommaire (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

Ces principes sont interreliés et reviennent tous à se demander si le jugement sommaire constituera une décision juste et équitable. Lorsqu'une requête en jugement sommaire permet au juge d'établir les faits nécessaires et de régler le litige, la tenue d'un procès ne serait généralement ni proportionnée, ni expéditive, ni économique. Dans le même ordre d'idées, un processus qui ne permet pas au juge de tirer ses conclusions avec confiance ne saurait jamais constituer un moyen proportionné de régler un litige. Il importe de répéter que la norme d'équité consiste à déterminer non pas si la procédure visée est aussi exhaustive que la tenue d'un procès, mais si elle permet au juge de pouvoir, avec confiance, établir les faits nécessaires et appliquer les principes juridiques pertinents pour régler le litige.

[par. 49 et 50]

[43] Tout de même, conformément à la règle 1.03, s'il détermine qu'il peut, sur le fondement des affidavits, tirer des conclusions de fait ou des conclusions quant à la crédibilité et appliquer les principes juridiques pertinents, le juge n'a pas besoin d'entendre de preuve orale. Si, par contre, il n'est pas convaincu de pouvoir statuer sur l'affaire comme il se doit sur le fondement d'affidavits contradictoires, il peut quand même ordonner la tenue d'une audience et exiger des témoignages de vive voix s'il détermine qu'il est nécessaire de le faire dans l'intérêt de la justice (règle 39.02).

[44] En l'espèce, le juge a évalué la crédibilité de la preuve par affidavits et appliqué les critères établis. Il a estimé qu'il disposait de preuve suffisante pour lui permettre de statuer sur la motion de manière appropriée. Les affidavits, même contradictoires, n'ont pas joué un rôle essentiel dans le résultat puisque l'appelant n'a pas réussi à prouver ses assertions. Je suis d'avis de ne pas modifier sa décision et de rejeter ce moyen d'appel.

D. *L'attribution des dépens était-elle justifiée?*

[45] Le juge a condamné l'appelant à des dépens de 5 000 \$. Je suis d'accord avec ce dernier pour dire que ce montant est supérieur à la moyenne des dépens accordés dans le cadre d'une motion.

[46] Dans l'arrêt *Rademaker c. Rademaker*, 2002 NBCA 47, 251 R.N.-B. (2^e) 177, la juge d'appel Larlee a écrit :

[...] Je suis d'avis que dans les affaires portant sur des litiges familiaux concernant la garde des enfants, les droits d'accès et les pensions alimentaires du conjoint et des enfants, il n'est généralement pas approprié d'accorder des dépens en application de la règle 59. Toutefois, dans les cas où la répartition des biens fait l'objet du litige et où le montant en cause est facilement déterminé, comme dans une affaire civile, il convient d'appliquer le tarif prévu par la règle 59. [par. 28]

[47] L'arrêt *Rademaker* a été cité de nombreuses fois sur ce point. Bien que la Cour exerce généralement une retenue quant à l'adjudication des dépens, en cas de contestation, il nous faut examiner les motifs pour déterminer si elle est conforme aux critères énoncés dans la règle 59 (voir *Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, 372 R.N.-B. (2^e) 1).

[48] Le juge a accordé à l'intimée des dépens se chiffrant au total à 5 000 \$. Prenant acte du fait que l'intimée avait demandé que les dépens soient établis suivant le tarif des frais entre avocat et client, il a refusé, estimant que la conduite de l'appelant ne répondait pas au critère préliminaire d'une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante. L'appelant fait valoir que les dépens sont trop élevés, surtout du fait que la motion a été entendue par voie d'observations orales.

[49] Le juge semble avoir rejeté l'application de la règle 59 au motif que la demande de prorogation de la prestation alimentaire matrimoniale ne pouvait pas être quantifiée (par. 90). Il était fondé à conclure que la demande de l'appelant constituait une tentative de [TRADUCTION] « renégociation des conditions » d'une ordonnance sur consentement définitive. Il a souligné par ailleurs que l'appelant n'avait pas [TRADUCTION] « fourni les documents financiers attendus », mais que ce manquement [TRADUCTION] « n'avait pas eu d'incidence sur les arguments présentés à la cour ».

[50] Dans l'arrêt *M.R. c. J.R.*, 2018 NBCA 12, [2018] A.N.-B. n° 104 (QL), notre Cour a écrit :

L'examen de la jurisprudence me convainc que la forme de sanction la plus courante consiste en l'adjudication de dépens ou en l'attribution d'un revenu, deux mesures qu'a demandées M.R. mais qui n'ont pas été ordonnées (voir les décisions *D.L.H. c. J.V.H.*, 2016 BCPC 65, [2016] B.C.J. No. 543 (QL); *Neff c. Neff*, 2015 BCSC 2385, [2015] B.C.J. No. 2792 (QL); et *Rana c. Rana*, 2014 BCSC 530, [2014] B.C.J. No. 548). La communication, en temps utile, de renseignements financiers complets et exacts n'est pas facultative (voir les arrêts *Sutton c. Kay*, 2002 NBCA 33, 250 R.N.-B. (2^e) 106, le juge d'appel Drapeau, tel était alors son titre; *O'Brien c. O'Brien*, 2007 NBCA 22, 312 R.N.-B. (2^e) 302, la juge d'appel Larlee; et *D.L.M.*, la juge d'appel Larlee). [par. 34]

[51] Le juge n'a pas tiré du manquement de l'appelant à l'obligation de produire des documents financiers complets et exacts la conclusion que l'instance en avait été compliquée et retardée et avait été plus longue qu'elle aurait dû l'être, une

conclusion qui aurait été favorable à l'adjudication de dépens accrus et qui aurait peut-être expliqué sa décision.

[52] Au paragraphe 93, le juge a conclu que l'appelant méritait d'être condamné à des dépens [TRADUCTION] « quelque peu plus élevés que le taux [journalier] normal » du seul fait d'avoir déposé [TRADUCTION] « une procédure judiciaire inutile et coûteuse ». L'analyse des coûts justifie en quelque sorte ce montant, mais elle ne tient pas compte du fait que la demande de changement de ressort de l'intimée a aussi été rejetée, ce qui partage le succès entre les deux parties. À mon avis, les faits de la présente affaire ne justifient pas la décision du juge saisi de la motion d'accorder des dépens de 5 000 \$. Enfin, le juge a rendu à tort une ordonnance [TRADUCTION] « tout inclus » englobant les débours. Conformément à la règle 59.08(8), les débours ne sont pas inclus dans les dépens adjugés (voir *Noel c. Butler*, 2016 NBCA 49, 452 R.N.-B. (2^e) 207, par. 28). Je suis d'avis de modifier la décision et de réduire le montant des dépens adjugés par l'instance inférieure à 2 500 \$, débours taxables en sus.

VII. Dispositif

[53] C'est pour les motifs qui précèdent que, le 30 novembre 2020, je me suis jointe à mes collègues pour rejeter l'appel, sauf à l'égard des dépens. À cet égard, j'accueillerais l'appel, j'annulerais les dépens adjugés par l'instance inférieure et j'ordonnerais plutôt des dépens de 2 500 \$ plus les débours taxables. J'accorderais à l'intimée des dépens de 2 500 \$ en appel.