COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

64-20-CA

ELISABETH HUBAULT VIRGILI

APPELLANT

- and -

PHILIPPE VIRGILI

RESPONDENT

Hubault Virgili v. Virgili, 2021 NBCA 7

CORAM:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
July 20, 2020

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
2017 NBCA 31

Appeal heard:
February 10, 2021

Judgment rendered:
February 11, 2021

Reasons delivered:
May 6, 2021

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

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

ELISABETH HUBAULT VIRGILI

APPELANTE

- et -

PHILIPPE VIRGILI

INTIMÉ

Hubault Virgili c. Virgili, 2021 NBCA 7

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

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 20 juillet 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
2017 NBCA 31

Appel entendu :
le 10 février 2021

Jugement rendu :
le 11 février 2021

Motifs déposés :
le 6 mai 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Anik Bossé, Q.C.

For the respondent:
Emilie K. Plourde and Vanessa Nadeau

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Anik Bossé, c.r.

Pour l'intimé :
Emilie K. Plourde et Vanessa Nadeau

THE COURT

On February 11, 2021, the Court dismissed the appeal with costs and with reasons to follow. These reasons are set out in the accompanying text.

LA COUR

Le 11 février 2021, la Cour a rejeté l'appel avec dépens et a indiqué que les motifs suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Elisabeth Hubault Virgili (l'appelante) fait appel de la décision d'un juge qui était saisi d'une motion visant la modification, au titre des par. 17(1) et (4) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.) (la *Loi*), du montant de la prestation alimentaire matrimoniale exigible en application d'un jugement de divorce. Selon le juge saisi de la motion, les critères régissant la modification énoncés à l'art. 17 étaient remplis, vu la retraite de Philippe Virgili (l'intimé).

II. Les faits

[2] Les faits de l'affaire ont été énoncés dans un arrêt antérieur, *Virgili c. Virgili*, 2017 NBCA 31, [2017] A.N.-B. nº 175 (QL), où la juge d'appel Larlee a confirmé la décision du juge du procès relativement à la prestation alimentaire matrimoniale et au partage des biens. Je vais citer largement cette décision :

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

> Le 9 septembre 2013, une requête et une motion ont été déposées en vertu de la *Loi sur les services à la famille*. La motion fut entendue le 16 octobre 2013 et la décision rendue le 27 novembre 2013. À l'audience, l'appelant a contesté la compétence du tribunal d'entendre la motion. Le juge a rejeté les arguments de l'appelant et il a statué qu'il avait la compétence requise. L'appelant n'a pas fait appel de cette décision.
>
> Le 30 octobre 2014, l'appelant a déposé une requête en divorce et deux semaines plus tard, le 12 novembre 2014, il a déposé une requête en divorce modifiée. En mars 2015, les parties ont signé une ordonnance par consentement, avec effet rétroactif au 25 février 2015. L'ordonnance prévoit que l'avis de requête déposé le 9 septembre 2013 ainsi que la requête en divorce modifiée soient fusionnés et que leurs auditions aient lieu simultanément. La requête a été entendue du 24 au 26 mars 2015 et la décision a été déposée le 22 décembre 2015.
>
> Le 16 février 2016, une motion visant la suspension partielle du jugement a été entendue par un juge de la Cour d'appel. Il a accueilli la motion en partie et ordonné la suspension en attente de l'appel de l'exécution des dispositions de l'ordonnance du juge qui prescrivent le versement d'arriérés et le transfert d'une partie du fonds de pension en France. [par. 2 à 5]

[3] Dans une décision du 30 novembre 2015, il a été ordonné à l'intimé de payer 9 500 $ par mois rétroactivement à septembre 2012. La prestation alimentaire matrimoniale a été garantie au moyen d'une assurance vie existante d'une valeur de 700 000 $ qui désignait l'appelante comme bénéficiaire.

[4] Comme il a été mentionné plus haut, le présent appel porte sur une motion en modification de la prestation alimentaire matrimoniale qu'a déposée l'intimé plusieurs mois avant son départ à la retraite en juin 2020. Il sollicitait une ordonnance visant une réduction de son obligation alimentaire matrimoniale et la révocation de l'appelante comme bénéficiaire de son assurance vie. Dans un courriel du 30 octobre 2018, l'intimé a avisé l'appelante qu'il allait prendre sa retraite le 28 juin 2020, lui a demandé à qui son avocat devait s'adresser pour lui fournir les détails de sa retraite et l'a informée qu'elle

avait le droit de présenter une demande en vue d'obtenir une part de ses prestations du Régime de pensions du Canada. Le même jour, l'appelante a répondu par courriel que son avocate était Anik Bossé.

[5] Le revenu annuel de l'intimé, avant son départ à la retraite, avait été établi à 302 901 $ pour le calcul de la prestation alimentaire matrimoniale. Après son départ à la retraite, son revenu annuel a été établi à 117 368 $. Son revenu de retraité ne justifiait plus qu'il doive payer une prestation alimentaire matrimoniale de 9 500 $ par mois ni qu'il maintienne une assurance vie de 700 000 $.

[6] Le 17 octobre 2019, l'intimé a déposé une motion visant la modification, pour l'avenir, de la prestation alimentaire matrimoniale et du montant d'assurance vie. Le 11 mai 2020, l'appelante a déposé une réponse à la motion dans laquelle elle demandait qu'aucune modification ne soit apportée.

[7] Le 14 mai 2020 a eu lieu une audience de gestion de l'instance, et la motion a été mise au rôle pour les 7 et 8 juillet. L'avocate de l'appelante a informé la cour que sa cliente se trouvait à Nice, en France, et a demandé qu'elle puisse participer par vidéoconférence, ce qui a été convenu. L'avocate de l'intimé a avisé la cour qu'il y aurait deux témoins, en plus de l'intimé : un actuaire, qui produirait un rapport écrit et témoignerait oralement par voie de vidéoconférence concernant la pension de retraite de l'intimé, et un comptable qui, ayant établi un rapport sur le revenu de retraité de l'intimé, témoignerait en personne.

[8] Le 11 juin 2020, l'intimé a demandé, par avis de motion, un abrégement du délai de signification de l'avis de motion et l'autorisation de modifier son avis de motion déposé le 17 octobre 2019. Le 18 juin 2020, cette motion a été accueillie.

[9] Le 18 juin 2020, l'avis de motion modifié a été déposé, dans lequel était sollicitée la modification de la prestation alimentaire matrimoniale, aussi bien rétroactivement que pour l'avenir, en vertu des par. 17(1), (3), (4.1) et (7) de la *Loi*, ainsi

que la modification de la disposition de l'ordonnance antérieure concernant l'assurance vie.

[10] Le 18 juin 2020, la motion a été entendue par conférence téléphonique. Le juge saisi de la motion a décrit pour les parties la situation des tribunaux au Nouveau-Brunswick par rapport aux restrictions liées à la COVID-19 et les mesures qui étaient prises pour permettre la participation de l'appelante à l'audience de juillet. L'appelante a été avisée que l'administrateur de la cour communiquerait avec elle avant l'audience pour prendre des arrangements au sujet de la vidéoconférence. La motion en modification des plaidoiries a été accueillie.

[11] L'appelante a déposé sa réponse le 30 juin 2020, soit une semaine avant l'audience. Dans sa réponse, elle demandait que l'intimé soit reconnu coupable d'outrage au tribunal sous le régime de la règle 76 des *Règles de procédure* pour avoir omis de conserver une assurance vie de 700 000 $ la désignant comme bénéficiaire et de payer la moitié de ses prestations de retraite de France ou de la mensualité équivalente qu'il touche sur cette caisse de retraite. Elle demandait aussi une prestation alimentaire matrimoniale rétroactive du fait que le revenu de l'intimé avait été plus élevé que le montant déclaré et utilisé pour les calculs du tribunal de première instance dans sa décision de novembre 2015.

[12] Les rapports de l'actuaire et du comptable ont été déposés avant la fin juin. Le 3 juillet 2020, l'avocate de l'intimé a communiqué par courriel avec celle de l'appelante pour demander quelles étaient ses intentions par rapport au témoignage de l'actuaire. Elle voulait savoir si l'avocate de l'appelante accepterait que le rapport soit admis en preuve ou si elle exigeait de pouvoir contre-interroger l'actuaire. L'avocate de l'appelante a répondu à cette demande d'information le matin du 6 juillet, soit le premier jour de l'audience, disant qu'elle avait l'intention de contre-interroger l'actuaire.

[13] Comme il a été mentionné plus haut, l'appelante n'a pas pu se présenter en cour à cause des restrictions de voyage liées à la COVID-19. En conséquence, elle a

participé à l'audition de la motion par vidéoconférence. À l'ouverture de l'audience, ni l'appelante ni son avocate ne s'est opposée à la comparution de l'appelante et d'un des témoins de l'intimé par vidéoconférence. Pendant l'audience, le juge saisi de la motion a plusieurs fois demandé à l'appelante si elle éprouvait des difficultés ou des problèmes, sur le plan technique, à entendre les débats, lui disant de l'aviser si tel était le cas. De temps en temps, l'écran vidéo se figeait, et elle a avisé le juge à un certain moment qu'elle entendait un écho. Néanmoins, elle disait généralement qu'elle pouvait entendre et voir clairement les débats. Elle n'a fait aucune plainte, sauf soulever le seul problème de l'écho, qui fut résolu.

[14] L'audience s'est poursuivie. Pendant que l'intimé subissait son contre-interrogatoire, son avocate a soulevé trois objections au sujet de questions qui étaient posées à son client par l'avocate de l'appelante. Le juge a expliqué pourquoi les questions n'étaient pas admissibles et a permis à l'avocate de l'appelante de reformuler ses questions. Le contre-interrogatoire de l'intimé s'est poursuivi jusqu'à midi et a été suivi d'une pause de 90 minutes.

[15] Après la pause, le juge saisi de la motion a donné à l'avocate de l'appelante la chance de continuer son contre-interrogatoire et a expliqué que les interventions qu'il avait faites au cours de la matinée n'avaient pas pour objet de restreindre celui-ci. Comme la suite de ce récit l'indique, l'avocate de l'appelante a choisi de mettre fin abruptement à son contre-interrogatoire de l'intimé.

[16] À la suite des commentaires du juge saisi de la motion, l'avocate de l'appelante a annoncé qu'elle avait découvert la pièce nº 8 du procès de 2015, laquelle confirmait le montant de la police d'assurance vie produite à ce moment-là en preuve. Avec le consentement de l'avocate de l'intimé, la pièce nº 8 a été admise en preuve en tant que pièce nº 1. Cette information confirmait l'existence de la police d'assurance qui désignait l'appelante comme bénéficiaire et dont le montant était celui prescrit par le juge du procès. Cependant, l'intimé n'avait pu obtenir ce niveau d'assurance qu'en raison de son emploi auprès du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

[17] Le débat de clôture a eu lieu le 10 juillet 2020. En fin d'après-midi, l'avocate de l'appelante a retiré sa motion pour outrage au tribunal relativement à l'assurance vie.

[18] Le 20 juillet 2020, le juge saisi de la motion a rendu sa décision oralement, dans laquelle il a conclu qu'un changement de situation l'autorisait à modifier la prestation alimentaire matrimoniale ainsi que l'ordonnance établissant le niveau d'assurance à maintenir en garantie d'exécution. Il a modifié la prestation alimentaire matrimoniale à 2 900 $ par mois, à savoir la partie supérieure de la fourchette (*Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*) compte tenu de son revenu effectif. La motion pour outrage au tribunal en ce qui concerne le transfert de la prestation de retraite a été rejetée, de même que la demande de prestation alimentaire rétroactive. Le montant de l'assurance vie a été réduit à 160 000 $. Parce que l'appelante avait attendu la fin de l'audience pour retirer sa motion pour outrage au tribunal, le juge saisi de la motion l'a condamnée à des dépens de 1 500 $, plus des débours de 200 $.

III. Moyens d'appel

[19] L'appelante soutient que le juge saisi de la motion a commis des erreurs de droit :

1) en omettant de lui assurer une audience équitable :

   a) en procédant à l'audition de la motion en modification pendant qu'elle participait par vidéoconférence,

   b) en admettant des objections et des interruptions injustifiées de la part de l'avocate de l'intimé, sans permettre à celle de l'appelante d'exercer son droit au contre-interrogatoire,

c) en la condamnant à des dépens en raison d'une demande qu'elle avait formulée dans sa réponse à l'avis de motion modifié déposée deux semaines avant l'audience;

2) en calculant la prestation alimentaire matrimoniale à partir d'un revenu hypothétique;

3) en limitant son analyse à la première étape du critère établi par l'art. 17, qui consiste à déterminer s'il est survenu un changement dans la situation des ex-époux, et en omettant de procéder à la seconde étape prévue au par. 17(7) de la *Loi*;

4) en concluant que les obligations alimentaires matrimoniales devaient être réduites en raison du départ à la retraite de l'intimé et que la pension de retraite avait été prise en compte dans le partage des biens matrimoniaux en 2015;

5) en la condamnant aux dépens.

IV. Norme de contrôle

[20] Dans *J.D.F. c. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] A.N.-B. nº 252 (QL), la Cour a énoncé la norme de contrôle applicable aux affaires relevant du droit de la famille :

> Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que, selon la norme de contrôle applicable dans les affaires de droit de la famille, la Cour peut intervenir uniquement lorsqu'une erreur de droit importante ou une erreur importante dans l'application des principes ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve a été commise.

S'agissant de la norme de contrôle qui s'applique aux conclusions de fait et aux ordonnances discrétionnaires (y compris l'adjudication de dépens), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) déclare ce qui suit dans l'arrêt *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. nº 348 (C.A.) (QL) :

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

En tant que cour d'appel, nous ne modifierons une ordonnance discrétionnaire que s'il est conclu que l'ordonnance est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir *Smith c. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 R.N.-B. (2e) 208, et la jurisprudence qui y est citée aux par. 10 à 12). On ne m'a pas convaincue que l'un ou l'autre de ces types d'erreur a été commis dans la présente affaire.

[par. 14 à 16]

V. Analyse

A. *Prétention de l'appelante qu'on ne lui a pas assuré une audience équitable*

(1) L'audience par vidéoconférence

[21] L'appelante affirme qu'on ne lui a pas assuré une audience équitable du fait, notamment, que le juge saisi de la motion a procédé à l'audition de celle-ci pendant qu'elle participait par vidéoconférence depuis la France. L'examen du dossier révèle que ni l'appelante ni son avocate ne s'est opposée à cette manière de procéder. En fait, elles ont demandé qu'on procède de cette façon à l'audience de gestion d'instance du 14 mai 2020. Craignant le déferlement d'une deuxième vague de la COVID-19 et la fermeture des palais de justice à l'automne 2020, le juge saisi de la motion a, dans le prononcé de sa décision, remercié les parties et leurs avocates de leur coopération en permettant à l'affaire d'aller de l'avant, de même que l'appelante pour avoir accepté de participer à distance. De plus, le dossier indique que le juge a interrompu l'audience maintes fois pour s'assurer que l'appelante pouvait bien entendre et voir, et il lui a demandé de l'informer dès qu'elle éprouverait quelque problème que ce soit. Tout au long de l'audience, l'appelante a répondu qu'elle pouvait bien entendre et voir, et qu'elle l'aviserait en cas de problèmes. Ainsi qu'il a été mentionné, le seul problème qu'elle a soulevé était un problème d'écho, lequel a été résolu.

[22] La lecture de la transcription en entier confirme qu'aucune plainte n'a été faite concernant le matériel employé pour la vidéoconférence et que l'appelante n'a rien manqué de l'audience. En outre, la transcription rapporte que le juge a dit à l'appelante qu'il ferait des pauses si elle avait besoin de consulter son avocate, et aucune demande en ce sens n'a été refusée.

[23] Dans *Louis c. Poitras*, 2021 ONCA 49, [2021] O.J. No. 354 (QL), le juge d'appel Hourigan a déclaré :

> [TRADUCTION]
> Le système de justice civile de l'Ontario fait face à une crise sans précédent. Parmi les défis qui se posent à lui, il y a le fait que la pandémie de la COVID-19 a réduit considérablement l'accès aux salles d'audience. La priorité a dû être donnée forcément aux affaires relevant du droit pénal ou du droit de la famille, au détriment du règlement opportun des affaires civiles. En conséquence, la réforme

> de la justice civile est passée en première place des préoccupations d'ordre public. Des réformes procédurales ont été mises en œuvre pour pouvoir répondre au défi, en augmentant notamment les recours au dépôt électronique et aux audiences électroniques. Encore d'autres changements fondamentaux dans le fonctionnement du système de justice civile sont envisagés, telle l'élimination éventuelle des procès civils devant jury. Reste à savoir si ces réformes se réaliseront. Entre-temps, nos tribunaux sont chargés de la gestion d'un système de justice civile qui est débordé.
>
> Les juges de la Cour supérieure de justice tentent sans relâche de maintenir le système de justice à flot. Parfois, cela implique qu'ils doivent trouver des moyens créatifs pour que les parties soient entendues dans un délai raisonnable. Ce faisant, ils font écho aux propos de la Cour suprême dans *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, voulant qu'un virage culturel s'impose pour la préservation de notre système de justice civile. […] [par. 1 et 2]

[24] Il a ajouté :

> [TRADUCTION]
> [...] Les juges de la Cour supérieure de justice sont pleinement conscients des conditions qui prévalent au niveau local, et il serait contre-productif pour les cours d'appel intermédiaires d'intervenir inutilement. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'une cour d'appel devrait infirmer une décision discrétionnaire en matière de gestion d'instance. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Au contraire, voici un cas où la créativité du juge saisi de la motion aurait dû faire l'objet d'approbation plutôt que de réprobation. En conséquence, pour les motifs que j'exposerai plus à fond ci-après, j'accorderais l'autorisation d'appel, j'annulerais l'ordonnance de la Cour divisionnaire, j'accueillerais l'appel et je rétablirais l'ordonnance du juge saisi de la motion. [par. 4]

[25] Dans *R. c. McMorris*, [2020] O.J. No. 5902 (QL) (C.A.), la cour a traité d'une motion en ajournement d'une affaire criminelle dans laquelle l'appelant déclaré coupable réclamait que son appel soit ajourné jusqu'à ce qu'il puisse avoir une audience « en présentiel ». Le juge d'appel Doherty a écrit :

[TRADUCTION]
Me Lockyer ne prétend pas que la nature de cet appel fasse en sorte qu'elle ne convienne pas particulièrement à la tenue d'une audience virtuelle. Il insiste toutefois sur la gravité de la déclaration de culpabilité – pour meurtre au premier degré – pour me demander d'ajourner l'affaire afin de donner à son client la chance d'avoir un appel « en présentiel ». Me Lockyer accepte que, si les appels « en présentiel » ne s'avèrent toujours pas possibles au cours de la nouvelle année, son client doive se résoudre à un appel virtuel.

La procureure du ministère public soutient que l'appel devrait aller de l'avant comme prévu. Elle fait remarquer que l'infraction a eu lieu il y a plus de huit ans et que l'appelant a été déclaré coupable il y a plus de quatre ans. L'appel a été ajourné à deux reprises déjà dans l'espoir qu'il puisse finir par être entendu « en présentiel ». Selon Me Papadopoulos, nous n'avons aucune façon de savoir si les possibilités d'une audience en présentiel seront différentes au début de l'année 2021 qu'elles ne le sont aujourd'hui.

Je n'ajournerai pas l'appel. La cour a statué que les appels peuvent être tenus virtuellement de manière satisfaisante. Il peut y avoir des cas où, à cause de circonstances particulières, la tenue d'une audience virtuelle présenterait des difficultés qui ne se poseraient pas dans une audience « en présentiel », mais personne ne prétend que ce soit ici le cas.

Dans les semaines qui ont suivi l'arrivée de la pandémie, la cour a volontiers accordé des ajournements aux parties qui désiraient une audience « en présentiel ». Elle a agi ainsi en pensant qu'un retour à la normale était pour bientôt. Nous sommes mieux avisés maintenant.

La cour a statué que les appels peuvent être entendus et tranchés convenablement au moyen d'audiences virtuelles. Compte tenu de l'incertitude actuelle quant au retour à l'audition d'appels « en présentiel », je ne pense pas qu'il soit approprié d'ajourner encore une fois l'appel en l'espèce. L'appel aura lieu comme prévu au calendrier, soit « en présentiel », si les salles d'audience sont rouvertes, soit virtuellement, si l'état actuel des choses se poursuit.

[par. 2 à 6]

[26] Comme leurs homologues d'ailleurs au Canada, les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont fait face aux mêmes défis liés à la crise sanitaire provoquée par la COVID-19. En mars 2020, au moment où la pandémie éclatait au Canada, les tribunaux de notre province ont émis leurs premières directives au sujet de la COVID-19 dans un effort pour adapter leur activité aux restrictions gouvernementales. Le 14 mai 2020, date de l'audience de gestion d'instance en l'espèce, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a émis des directives concernant la tenue des procès durant la pandémie. Les directives prévoyaient que, moyennant l'approbation du juge qui préside, les parties ou leurs avocats qui souhaitent comparaître à distance à une audience ou qui ne peuvent comparaître en personne à une audience en raison de restrictions de voyage liées à la COVID-19 ou de problèmes particuliers de santé peuvent demander de comparaître « par vidéoconférence ou par d'autres moyens virtuels ». Comme il a été mentionné, l'appelante a demandé de comparaître par vidéoconférence. À l'époque de l'audition de l'affaire, la cour disposait déjà de la technologie nécessaire pour tenir des audiences à distance. C'est le genre d'audience qui a eu lieu en l'espèce. Les difficultés évoquées par l'appelante n'ont pas été éprouvées pendant l'audience, et le dossier le confirme. Ce moyen d'appel est dénué de fondement.

(2) Objections injustifiées de la part de l'avocate de l'intimé

[27] En ce qui concerne la prétention de l'appelante voulant que le contre-interrogatoire des témoins mené par son avocate ait été contrecarré par le juge saisi de la motion, la transcription indique que l'avocate de l'intimé a soulevé des objections à trois reprises et que, chaque fois, le juge a demandé à l'avocate de l'appelante de reformuler ses questions. Au retour de la pause de midi, l'avocate de l'appelante a dit ce qui suit :

> De concert avec notre exposé de la cause, et sachez que nous avons qu'une seule parole, là, nous ne voulons certainement pas retarder les procédures de façon indue […] Or à la lumière de vos commentaires et on les a pris très sérieusement, on les as considérés sur l'heure du dîner […] on a regardé à nouveau notre contre-interrogatoire […]

> on a révisé le contre-interrogatoire, en plus avec la preuve qu'on a au dossier […] on a fait l'exercice de regarder l'ensemble des choses en, en – à la lumière également de la preuve que nous avons au dossier. Donc, on a décidé que notre contre-interrogatoire s'arrêterait ici, Monsieur le juge. Mais par contre soyez assuré que nous allons plaider le droit lors de cette cause-là avec rigueur lors de nos soumissions et dans mon livre à moi ça va servir de façon plus important (sic) l'intérêt de ma cliente. Et, l'intérêt de ma cliente sera mieux servi lors de – du – des soumissions que d'essayer de, de, de sortir des faits ou en tout cas du moins de contre-interroger le client. Ce sont mes commentaires. [Transcription, vol. 2, p. 87 et 88]

[28] La transcription montre que le juge saisi de la motion a donné à l'avocate de l'appelante l'occasion de continuer son contre-interrogatoire, répétant que ses interventions qui avaient suivi les objections de l'avocate de l'intimé ne visaient pas à limiter son contre-interrogatoire. Il a donné les explications suivantes :

> […] Mes interventions réellement c'est d'essayer de comprendre les enjeux dans le présent dossier.
> [Transcription, vol. 2, p. 89, lignes 5 à 7]

> Donc, c'était plutôt pour voir quels sont les éléments de preuve que je dois absolument considérer, surtout quand que y'a des allégations d'outrage, afin que moi je puisse mieux comprendre la situation et également quelles sont les choses qui sont pertinentes puisque je n'étais pas le juge du procès […]
> [Transcription, vol. 2, p. 89, lignes 10 à16]

> J'ai songé cet après-midi, sur l'heure du diner, aux questions que j'avais posées, puis je reviens à dire que pour moi c'était encore pertinent pour voir si l'information qu'on retrouve à la page 75, si c'était de l'information qu'était devant le tribunal lorsque juge Robichaud a rendu sa décision. [Transcription, vol. 2, p. 89, lignes 19 à 23]

[29] Dans *V.C. et J.C. c. La ministre du Développement social et autre*, 2015 NBCA 28, 435 R.N.-B. (2e) 205, la Cour a dit :

> Voici ce qu'on peut lire dans l'ouvrage de John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, intitulé *The Law of Evidence in Canada*, 2e éd. (Markham (Ont.), Butterworths, 1999) :
>
> > [TRADUCTION]
> > La recherche de la vérité n'est pas la seule valeur que visent à protéger les règles de preuve. Les règles ont également pour objet d'améliorer l'efficacité du processus d'instruction lui-même. Le principe fondamental voulant que la preuve présentée à la Cour doive se rapporter aux faits en litige garantit que la Cour ne sera pas distraite par des questions incidentes. [p. 4]
>
> [par. 11]

[30] Plus loin dans le même arrêt, la Cour a tiré les conclusions suivantes :

> L'examen du dossier révèle que, bien que le juge saisi de la demande soit fréquemment intervenu, ces interruptions n'ont pas eu d'incidence sur l'issue du procès. Elles semblent avoir eu lieu dans une tentative visant à réduire le nombre de questions non pertinentes et répétitives en contre-interrogatoire. Il est manifeste que si le juge du procès a essayé d'engager les avocates de la mère et de la grand-mère maternelle dans certaines discussions, c'est dans le but de clarifier l'objectif de certaines séries de questions et de déterminer si les questions posées et, chose plus importante encore, les réponses à ces questions se rapportaient ou non à la question que la Cour devait trancher. À mon avis, le juge est intervenu pendant trois séries de questions posées par les avocates de la mère et de la grand-mère maternelle, savoir celles se rapportant : 1) au placement sous un régime de protection, 2) à l'utilisation des normes par les travailleurs sociaux, et 3) à l'idée que se faisaient les travailleurs sociaux de ce que savait la mère.
>
> [par. 13]

[31] En l'espèce, le juge saisi de la motion est intervenu afin de faire des clarifications. Il a permis à l'avocate de l'appelante de reformuler ses questions dans le respect des règles de preuve. Il a posé des questions concernant la demande de l'appelante de faire déclarer l'intimé coupable d'outrage. Il n'a pas restreint l'avocate de l'appelante dans son interrogatoire principal de sa cliente ni dans son contre-

interrogatoire de l'intimé. Je ne trouve aucune erreur de la part du juge saisi de la motion; par conséquent, ce moyen d'appel doit échouer.

(3) Dépens

[32] Je reviendrai plus loin à la question des dépens.

B. *L'attribution de la prestation alimentaire matrimoniale à partir d'un « revenu hypothétique »*

[33] L'appelante soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur en accordant une prestation alimentaire matrimoniale à partir du [TRADUCTION] « revenu hypothétique » que toucherait l'intimé une fois retraité. Cette assertion n'est pas étayée par la preuve. Contrairement à l'affaire *Vaughan c. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 R.N.-B. (2e) 286, où M. Vaughan avait exprimé le souhait de prendre sa retraite à une certaine date, l'intimé, en l'espèce, avait pris sa retraite le 28 juin 2020, avant même l'audience. De plus, la preuve présentée au juge saisi de la motion comprenait les renseignements financiers nécessaires lui permettant de conclure à un changement de situation et de calculer le revenu réel de l'intimé par suite de son départ à la retraite.

[34] Des témoignages concernant le revenu de l'intimé ont été livrés par un actuaire et un comptable professionnel agréé, tous deux disposant de tous les renseignements financiers nécessaires au sujet de son revenu de retraite. Au moment de rendre sa décision, le juge saisi de la motion avait obtenu de l'actuaire et du comptable tous les renseignements financiers dont il avait besoin. Ce moyen d'appel n'a aucun fondement.

C. *Modification de la prestation alimentaire matrimoniale*

[35] L'appelante soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en réduisant l'obligation alimentaire matrimoniale de l'intimé par suite de son

départ à la retraite. Elle réclame un nouveau procès. La prestation alimentaire accordée n'avait pas de limite dans le temps. Les principes régissant les circonstances qui justifient la modification d'une ordonnance alimentaire matrimoniale sont énoncés à l'al. 17(1)a) et aux par. 17(4.1) et (7) de la *Loi*. Les dispositions pertinentes de l'art. 17 disposaient ainsi au moment considéré :

Order for variation, rescission or suspension

17 (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

> **(a)** a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses[.]

Ordonnance modificative

17 (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir :

> **a)** une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux[.]

Factors for spousal support order

(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.

Facteurs — ordonnance alimentaire au profit d'un époux

(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.

Objectives of variation order varying spousal support order

(7) A variation order varying a spousal support order should

> **(a)** recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;

Objectifs de l'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux

(7) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux vise :

> **a)** à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;

(b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child of the marriage;	**b)** à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;
(c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and	**c)** à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;
(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.	**d)** à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

[36] Dans *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, la Cour suprême a exposé le critère en deux étapes applicable à la modification de la prestation alimentaire matrimoniale sous le régime de l'art. 17 :

> La modification de l'ordonnance demande l'application des par. 17(4.1) et 17(7) de la *Loi sur le divorce*. La juge L'Heureux-Dubé a décrit ainsi dans *Hickey* [*c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. nº 9] l'interaction entre ces deux paragraphes :
>
> > Le tribunal saisi d'une demande de modification de l'ordonnance alimentaire en faveur du conjoint doit d'abord conclure, suivant le par. 17(4), qu'il est survenu un changement important dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux (voir *Moge*, précité, aux pp. 875 et 876 et *Walker c. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, aux pp. 141 et 142), et il doit tenir compte de ce changement pour rendre une ordonnance. Comme dans le cas de la modification d'une ordonnance alimentaire en faveur de l'enfant, ce changement doit être important et ne peut être négligeable ou insignifiant. Les facteurs énumérés confèrent au tribunal un large pouvoir discrétionnaire afin de décider si une ordonnance modificative est justifiée : voir J. Payne, *Payne on Divorce* (4e éd. 1996), à la

> p. 321. Une fois que cette condition préalable est remplie, le tribunal doit prendre en considération les quatre objectifs des ordonnances alimentaires en faveur du conjoint énumérés au par. 17(7) de la *Loi sur le divorce*. [par. 20]
>
> Julien D. Payne et Marilyn A. Payne ont fait remarquer que [TRADUCTION] « [r]ien dans la *Loi sur le divorce* ne donne à croire que l'un des objectifs [fixés au par. 17(7)] aurait plus de poids ou d'importance que tout autre » (*Canadian Family Law* (3e éd. 2008), p. 253). Ces objectifs « s'inscrivent [plutôt] dans le contexte d'un large pouvoir discrétionnaire des tribunaux » et « offrent différentes possibilités pour répartir plus équitablement les conséquences économiques du divorce entre les époux ».
>
> Bref, une fois qu'un changement de situation important est établi, l'ordonnance modificative doit « reflét[er] correctement les objectifs énumérés au par. 17(7), [. . .] ten[ir] compte des changements importants qui sont survenus [. . .] [et] considér[er] l'existence de l'entente de séparation et de ses conditions comme un facteur pertinent » (*Hickey*, par. 27). Le tribunal doit se limiter à apporter la modification qui s'impose en raison du changement. Il ne doit pas aborder cette tâche comme s'il était saisi d'une demande initiale de pension alimentaire présentée en vertu de l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*.
> [par. 48 à 50]

Voir aussi *Rayworth c. More*, 2021 NBCA 6, [2021] A.N.-B. nº 22 (QL), aux par. 22 à 29.

[37] À la première étape de l'analyse, le juge saisi de la motion a décidé ce qui suit : « Il y a donc un changement de circonstances important qui est survenu dans la situation financière de M. Virgili. »

[38] Le juge a alors rappelé les trois facteurs énumérés au par. 17(7). Il a pris acte de leurs objectifs, puis est passé à la seconde étape de l'analyse. Il a déclaré :

> Donc, je conclus que la preuve d'un changement important a été faite et que M. Virgili a déposé auprès du Tribunal les

> informations nécessaires pour me permettre d'atteindre les objectifs prévus au paragraphe 17(7) de la loi.
> [Transcription, vol. 5, p. 19, ligne 23 et p. 20, lignes 1 à 4]
>
> Y sont tous important. Y n'a pas un d'plus important qu'l'autre. Y faut a-, faire une balance de ces trois facteurs qui sont applicables dans l'présent dossier.
> [Transcription, vol. 5, p. 20, lignes 20 à 22]

[39] Dans son analyse, le juge a pris acte des besoins de l'appelante et a décidé de ne pas rendre une ordonnance indéterminée. Il a dit ce qui suit :

> Les revenus de M. Virgili ont baissé considérablement depuis la fin juin mais sur l'ensemble de la preuve, je suis convaincu qu'il peut encore contribuer financièrement envers Mme Hubault.
> [Transcription, vol. 5, p. 28, lignes 10 à 13]
>
> La preuve démontre que Mme Hubault a certaines économies [...] Elle détient également un montant considérable auprès d'la Banque Royale et je suis confiant qu'en faisant certaines démarches à cet égard, elle va réussir de retirer plus que s-, l'intérêt qu'elle reçoit présentement de ce placement. De surcroit, je conclus également qu'elle fera les démarches nécessaires afin d'obtenir les sommes dont elle a droit auprès du Régime de pensions du Canada.
> [Transcription, vol. 5, p. 29, lignes 1 à 9]
>
> Elle reconnait qu'elle aura des changements à faire une fois que la pension alimentaire payée par M. Virgili sera ajustée. Je suis confiant que Mme Hubault ajustera ses sources de revenus autres que la pension alimentaire qu'elle reçoit de M. Virgili ainsi que ses dépenses.
> [Transcription, vol. 5, p. 29, lignes 13 à 17]
>
> Sur l'ensemble de la preuve, je conclus que la partie supérieure d'la fourchette devrait être utilisée dans l'présent dossier. [Transcription, vol. 5, p. 30, lignes 1à 3]
>
> M. Virgili et Mme Hubault auront besoin respectivement d'ajuster leurs budgets en conséquence avec cette nouvelle réalité […]. [Transcription, vol. 5, p. 30, lignes 6 à 8]

[40] Dans *LeBlanc c. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 401 R.N.-B. (2e) 334, la Cour a conclu que les juges saisis de motions n'ont pas à se pencher sur chacun des objectifs énumérés au par. 17(7) :

> En l'espèce, la juge a reproduit le paragraphe 17(7) au début de son analyse. Elle a ensuite renvoyé à un passage de l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, [1999] A.C.S. nº 14 (QL), dans lequel la juge McLachlin (tel était alors son titre) avait rappelé « la méthode à suivre pour régler un litige en matière d'obligation alimentaire » et souligné que « [c]e sont les objectifs de l'ordonnance alimentaire, définis par la *Loi sur le divorce*, qui servent de point de départ ». La juge McLachlin avait alors cité les objectifs énumérés au paragraphe 15.2(6), qui sont les mêmes que ceux énumérés au paragraphe 17(7).
>
> Bien qu'au moment d'appliquer le droit aux faits, la juge saisie de la motion ne se soit pas attardée à chacun des objectifs de l'ordonnance modificative, rien dans ses motifs n'indique clairement qu'elle a fait fi de l'un de ces objectifs. Je dois supposer qu'elle avait ces objectifs à l'esprit lors de son analyse. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté. [par. 15 et 16]

[41] L'examen de la décision orale du juge saisi de la motion montre qu'il a effectué une analyse fondée sur le par. 17(7), s'est penché sur la seconde étape du critère et a abouti à une décision appropriée. Je rejetterais ce moyen d'appel.

D. *Partage de la pension de retraite préalable au partage des biens matrimoniaux*

[42] L'appelante soutient que le juge saisi de la motion n'a pas bien appliqué *Boston c. Boston*, 2001 CSC 43, [2001] 2 R.C.S. 413, et qu'il a commis une erreur en concluant que la pension de retraite était déjà partagée. Dans l'arrêt *Boston*, le juge Major a écrit ce qui suit au nom de la majorité :

> La pension alimentaire vise dans des affaires comme l'espèce à remédier aux difficultés économiques suscitées par le mariage ou par la rupture de celui-ci. Il n'existe aucune raison en soi que la pension alimentaire ne puisse

pas continuer à être versée après la date de la retraite du conjoint participant. Plusieurs facteurs doivent cependant être examinés pour prendre cette décision. À sa retraite, le conjoint participant peut présenter une demande sollicitant une modification de la pension alimentaire si sa capacité de payer une pension est compromise (voir *Linton*, précité, p. 31, et *Rivers*, précité, par. 17). La décision de modifier une pension alimentaire repose sur la question de savoir si le demandeur parvient à faire la preuve que sa situation a changé de façon importante conformément au par. 37(2) de la *Loi sur le droit de la famille*.

Les besoins du conjoint bénéficiaire et la capacité de payer du conjoint débiteur sont toujours des facteurs dont un tribunal tient compte quand il fixe une pension alimentaire (voir le par. 33(9) de la *Loi sur le droit de la famille*). Un autre point est l'étendue, le cas échéant, de la « double indemnisation ».

Comment éviter équitablement la double indemnisation? (Voir le juge Czutrin dans *Shadbolt*, précité, par. 46.) Il est généralement inéquitable de permettre au conjoint bénéficiaire de tirer avantage de la pension de retraite à la fois comme un bien et par la suite comme une source de revenu. C'est particulièrement vrai quand le conjoint bénéficiaire reçoit des biens en capital qu'elle conserve ensuite pour augmenter son patrimoine. Les commentaires de Walker, *loc. cit.*, p. 233, vont dans le même sens :

> [TRADUCTION] Il est bien reconnu qu'un emprunteur ne devrait pas être tenu de continuer à effectuer des versements mensuels sur un prêt au prêteur s'il a déjà payé toute la somme due. La « double ponction » est semblable à une telle situation et est logiquement et mathématiquement insoutenable.

Pour éviter la double indemnisation, le tribunal devrait, lorsque c'est possible, s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui n'ont pas fait partie du partage ou de l'égalisation des biens matrimoniaux quand il est prouvé que le conjoint bénéficiaire a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins (voir *Hutchison*, précité, par. 9). Dans le présent pourvoi, la portion de la pension de retraite qui a été gagnée après la date de la séparation et qui

> n'a pas été prise en compte dans l'égalisation des biens matrimoniaux serait incluse. [par. 61 à 64]
>
> [Soulignement dans l'original.]

[43] Dans *Chamberlain c. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 R.N.-B. (2e) 309, notre Cour a déclaré, par rapport à l'arrêt *Boston* :

> Dans l'arrêt *Boston c. Boston*, deux juges étaient dissidents. Les juges LeBel et L'Heureux-Dubé ont rejeté la proposition voulant que la pension alimentaire payable à un conjoint ne doive provenir que de la partie de la pension de retraite qui n'a pas fait l'objet d'une égalisation au moment de la séparation et d'autres sources de revenu. Ils étaient d'avis que ce serait une erreur que de limiter la disponibilité des avoirs de retraite aux fins du paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint. Voici ce qu'a dit le juge LeBel, au paragraphe 115, à la page 457 :
>
>> Aucun bien ni flux de revenu ne devrait être écarté ou traité de manière différente après qu'un conjoint débiteur commence à toucher une pension de retraite. Notre Cour ne devrait d'aucune façon accepter le point de vue selon lequel nous serions tenus d'établir une distinction entre ce que certains appellent les biens et les biens alimentaires. Tous les flux de revenu restent pertinents dans l'évaluation des ressources et des besoins et de la pension alimentaire qu'il convient d'accorder eu égard au style de vie et à l'expérience de vie du couple. Les versements de pension de retraite demeurent un revenu. En fait, la *Loi de l'impôt sur le revenu* les considère comme entièrement imposables aux fins de l'impôt sur le revenu (voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2e éd. 1997), p. 357-358). Le problème qu'il faut aborder dans une affaire d'obligation alimentaire entre conjoints ne porte pas sur la nature des biens à la disposition des parties, mais sur la façon dont ces biens devraient être utilisés par chaque partie.
>
> La question à laquelle il faut répondre dans le cadre du présent appel est celle de savoir si la conjointe bénéficiaire peut établir qu'elle a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins, après avoir tenu compte de tout revenu qu'elle

> peut raisonnablement tirer des biens qu'elle a obtenus au moment de l'égalisation, et ainsi justifier le versement d'une pension alimentaire provenant de la portion de la pension de retraite du conjoint débiteur qui a fait l'objet de l'égalisation. [par. 26 et 27]

[44] Par conséquent, le par. 17(4.1) de la *Loi* commande au tribunal saisi d'une demande de modification d'une ordonnance alimentaire matrimoniale de « s'assure[r] 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 ». Dans *Boston*, la Cour suprême a dit :

> Quand une pension de retraite se transforme d'un bien en un revenu, le problème de la « double indemnisation » peut se poser, habituellement de la manière suivante. À la dissolution du mariage, les parties répartissent également les biens matrimoniaux. Le conjoint participant (le mari dans le présent pourvoi) doit inclure le droit futur à sa pension de retraite dans ses biens familiaux nets. Pour que le mari conserve sa pension de retraite, le conjoint bénéficiaire (la femme dans le présent pourvoi) doit obtenir d'autres biens de même valeur, aux fins d'égalisation des biens familiaux nets. Tant qu'il travaille, le mari peut être tenu de verser une pension alimentaire mensuelle à l'épouse. Toutefois, lorsqu'il prend sa retraite et commence à percevoir sa pension de retraite, on affirme que l'épouse reçoit une double indemnisation si elle continue de recevoir des versements de pension alimentaire faits sur le revenu de pension du mari, car elle a obtenu des biens égaux à la valeur en capital de la pension de retraite au moment du règlement. Si le paiement de la pension alimentaire provenant de la pension de retraite se poursuit, la femme perçoit deux fois des biens de la même source. [par. 3]

[45] Après examen de la preuve, le juge saisi de la motion a conclu que l'exception évoquée dans *Boston* permettant la double indemnisation dans certains cas ne s'appliquait pas en l'espèce. Il a déclaré :

> Je veux maintenant adresser la double indemnisation. Dans l'arrêt d'la Cour Supreme du Canada, dans *Boston et Boston*, le Tribunal statue que lorsque c'est possible, le

> Tribunal devrait s'intéresser surtout à la portion des revenus et des biens du débiteur qui n'ont pas fait partie du partage ou de la lé-, légalisation des biens matrimoniaux. Dans le présent dossier, le fond[s] de retraite de M. Virgili avec son employeur, la province du Nouveau-Brunswick, a déjà fait l'objet d'une répartition à titre de biens, et ce au moment d'la séparation et, selon moi, ne devrait pas être utilisé comme source de revenus dans l'calcul pour les fins d'la pension alimentaire maintenant.
>
> [Transcription, vol. 5, p. 22, lignes 12 à 23]

[46] L'examen du dossier révèle que les moyens de preuve suivants avaient été présentés au juge. Il me suffira de reproduire la liste qui se trouve au par. 147 du mémoire de l'intimé :

1) l'appelante détenait 250 000$ dans son compte à la Banque Royale du Canada, soit le fonds de pension ayant déjà été divisé, mais non utilisé par l'appelante en plus des économies d'environ 29 000 euros détenus en France.

2) l'appelante ne s'est pas servie de cette somme pour produire un revenu et combler ses besoins et qu'elle doit inévitablement commencer à puiser dans ce placement pour combler ses besoins.

3) l'appelante n'a pas effectué la demande auprès du gouvernement canadien afin de percevoir le Régime de pensions du Canada, et ce, même sur l'avis et la demande de l'intimé. L'appelante « ne sentait pas l'besoin de faire une telle demande à jour ». (Transcrit volume 5, page 16, lignes 2 à 7 et 19 à 21).

4) l'appelante n'a même pas vérifié auprès du programme en France, intitulé le minimum de vieillesse, de l'APSA, un régime similaire à la Sécurité de vieillesse au Canada. Nous sommes d'avis que l'appelante n'a pas tenu compte de tout revenu qu'elle peut raisonnement tirer des biens qu'elle a

obtenus et des sommes dont elle pourrait percevoir pour subvenir et combler ses besoins.

[47] Je suis d'avis qu'il incombait à l'appelante de faire la preuve d'un besoin financier continu si elle voulait justifier l'application de l'exception à l'exclusion de la double indemnisation, comme l'explique l'arrêt *Boston*. L'appelante a témoigné au sujet des fonds disponibles aussi bien dans son compte de la Banque Royale que dans son compte en France. Elle a aussi témoigné au sujet d'une pension à laquelle elle est admissible auprès du gouvernement canadien, mais qu'elle n'avait pas demandée. Il lui incombe de faire fructifier ses éléments d'actif. Elle n'a pas fait d'efforts raisonnables pour contribuer à son propre entretien ni n'a démontré qu'elle avait des besoins financiers (voir *Bone c. Bone*, 2020 ABCA 323, [2020] A.J. No. 952 (QL) (demande d'autorisation d'appel refusée par la Cour suprême du Canada, [2020] C.S.C.R. n° 400)). En conséquence, la pension de retraite de l'intimé ne doit pas être prise en compte dans le calcul de la prestation alimentaire effectué dans le cadre d'une demande de modification. L'appelante ne s'est pas déchargée du fardeau d'établir qu'il y a lieu d'admettre l'exception à la double indemnisation. Le juge saisi de la motion a exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant de ne pas permettre la double indemnisation en l'espèce, et je déférerais à sa décision.

E. *Dépens*

[48] La règle 59.01 des *Règles de procédure* dit clairement que les dépens sont discrétionnaires. Dans *Bamford c. Bamford*, 2017 NBCA 35, [2017] A.N.-B. n° 213 (QL), la Cour a déclaré :

> Sous le régime de la règle 59, les dépens afférents à une instance sont à l'entière discrétion de la Cour. Notre Cour ne peut intervenir en appel qu'en cas d'erreur manifeste dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire (*Williams et al. c. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2e) 10, [1985] A.N.-B. n° 93 (QL), au par. 65). La règle 59.02 énonce certains facteurs que la cour peut prendre en considération lorsqu'elle accorde des

> dépens, y compris tout autre facteur pertinent pour ce qui est de la question des dépens. En l'espèce, la juge saisie de la motion a accordé des dépens à Mme Bamford car elle a eu gain de cause dans sa motion, un facteur qui est pertinent pour ce qui est de la question des dépens. Dans *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd c. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 R.N.-B. (2e) 358, [1998] A.N.-B. n° 412 (QL), notre Cour a dit que la règle générale veut que la partie qui a eu gain de cause a droit à ses dépens (par. 35). Même si, à vrai dire, je ne confirmerais pas entièrement la décision rendue par la juge saisie de la motion, il ne fait aucun doute que, s'agissant de la motion, Mme Bamford a obtenu gain de cause en grande partie; par conséquent, je n'interviendrais pas dans l'adjudication des dépens faite par la juge saisie de la motion. [par. 34]

[49] Exerçant son pouvoir discrétionnaire, le juge saisi de la motion a condamné l'appelante à des dépens de 1 500 $, ainsi qu'à des débours de 200 $. Cette adjudication des dépens était motivée par le fait que l'appelante a déposé une motion dans laquelle elle demandait que l'intimé soit reconnu coupable d'outrage au tribunal et l'a retirée juste avant la fin de l'audience. Quoi qu'il en soit, l'appelante était la partie perdante, le juge jouissait d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard des dépens, et je ne vois aucune raison pour que la Cour modifie la décision à cet égard.

VI. Dispositif

[50] C'est pour ces motifs que, le 11 février 2021, je me suis jointe à mes collègues pour rejeter l'appel, avec dépens de 3 000 $.

English version of the judgment of the Court delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] Elisabeth Hubault Virgili (the "appellant") appeals the decision of a motion judge under ss. 17(1) and (4) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (*Act*), to vary the amount of spousal support payable under a divorce judgment. The motion judge found the test for variation under s. 17 had been met because of the retirement of Philippe Virgili (the "respondent").

II. Facts

[2] The facts of this case were set out in a previous decision, *Virgili v. Virgili*, 2017 NBCA 31, [2017] N.B.J. No. 175 (QL), where Larlee J.A. upheld the trial judge's decision respecting spousal support and the division of property. I will borrow liberally from that decision:

> The appellant [husband] and respondent [wife] were born in France. Having both been through the breakdown of a previous marriage, they lived together in France from 1991 to 2001. In May 2001, the appellant moved to Canada while the respondent stayed in France. In October 2001, the respondent joined the appellant in Canada, intending to live here permanently. The parties married in Edmundston on February 7, 2002. No children were born of the marriage. The appellant, a psychiatrist, began practising as an employee of the Edmundston Regional Hospital upon arriving in Canada. The respondent, on the other hand, plied her craft as a professional artist, exhibiting her work at various galleries and museums in the Edmundston area and elsewhere in New Brunswick until 2012. The parties separated in August 2012.
>
> On September 9, 2013, an application and motion were filed under the *Family Services Act*. The motion was heard on October 16, 2013, and the decision issued on November 27, 2013. During the hearing, the appellant challenged the

> court's jurisdiction to hear the motion. The judge rejected the appellant's arguments and ruled he had the requisite jurisdiction. The appellant did not appeal this decision.
>
> The appellant filed a Petition for Divorce on October 30, 2014, and, two weeks later, on November 12, 2014, he filed an Amended Petition for Divorce. In March 2015, the parties signed a consent order retroactive to February 25, 2015. The order consolidated the Notice of Application filed on September 9, 2013, and the Amended Petition for Divorce, and provided they were to be heard together. The Application was heard from March 24 to 26, 2015, and judgment was filed on December 22, 2015.
>
> On February 16, 2016, a judge of the Court of Appeal heard a motion seeking a partial stay of the judgment. He allowed the motion in part, granting the stay pending the appeal of the execution of those provisions of the judge's Order requiring the payment of arrears and the transfer of a portion of the pension in France. [paras. 2-5]

[3] In a decision dated November 30, 2015, the respondent was ordered to pay $9,500 per month retroactive to September 2012. The spousal support was secured by way of an existing life insurance policy in the amount of $700,000, naming the appellant as the beneficiary.

[4] As stated, this appeal concerns a motion to vary spousal support filed by the respondent several months prior to his retirement in June 2020. He requested an order reducing his spousal support obligations and removing the appellant as the beneficiary of his life insurance policy. In an email dated October 30, 2018, the respondent advised the appellant he would be retiring on June 28, 2020, asked whom his lawyer should contact to provide the details of his retirement and advised she was entitled to apply for a share of his Canada Pension Plan benefits. The same day, the appellant responded by email that her lawyer was Anik Bossé.

[5] Prior to his retirement, the respondent's annual income was determined to be $302,901 for spousal support purposes. Following retirement, his annual income was calculated to be $117,368. His post-retirement income would not justify spousal support

payments in the amount of $9,500 per month, nor was he able to maintain life insurance in the amount of $700,000.

[6] On October 17, 2019, the respondent filed a motion to vary spousal support prospectively and the amount of life insurance. On May 11, 2020, the appellant filed a Response to the motion requesting no variation be made.

[7] On May 14, 2020, a case management hearing was held, and the motion was set for hearing on July 7 and 8. The appellant's counsel advised the court her client was in Nice, France, and requested she be permitted to participate by videoconference. This was agreed to. The respondent's counsel told the court there would be two witnesses in addition to the respondent: an actuary, who would provide a written report and give oral evidence by videoconference concerning the respondent's pension, and an accountant, who had prepared a report regarding the respondent's post-retirement income and who would testify in person.

[8] On June 11, 2020, the respondent filed a Notice of Motion seeking an abridgement of time for service of the said motion and leave to amend his Notice of Motion filed on October 17, 2019. On June 18, 2020, this motion was allowed.

[9] On June 18, 2020, the Amended Notice of Motion was filed requesting a variation of spousal support, retroactively and prospectively under ss. 17(1), (3), (4.1) and (7) of the *Act* and a variation of the life insurance provision of the previous order.

[10] On June 18, 2020, the motion was heard by telephone conference. The motion judge explained to the parties the situation of the courts in New Brunswick regarding COVID-19 restrictions and the steps being taken for the appellant's participation in the July hearing. She was advised the Court Administrator would contact her prior to the hearing to arrange for the videoconference. The motion to amend the pleadings was allowed.

[11] The appellant filed her reply on June 30, 2020, a week prior to the hearing. In it, she requested the respondent be found in contempt under Rule 76 of the *Rules of Court* on the basis that he had neglected to maintain life insurance in the amount of $700,000 naming her as beneficiary and to pay half his pension fund from France or the equivalent of the monthly amount that he receives from this fund. She also requested retroactive spousal support on the basis that the respondent's income was higher than the amount reported and utilized by the lower court in the November 2015 trial decision.

[12] The reports prepared by the actuary and the accountant were filed prior to the end of June. On July 3, 2020, the respondent's counsel forwarded an email to the appellant's counsel inquiring as to her intentions regarding the testimony of the actuary. The question was whether the appellant's legal counsel would agree to admit the report into evidence or whether she required cross-examination of the actuary. The appellant's counsel responded to this inquiry on the morning of July 6, the first day of the hearing, advising she intended to cross-examine the actuary.

[13] As stated earlier, the appellant was unable to attend in court due to COVID-19 travel restrictions. As a result, she participated in the hearing of the motion by videoconference. At the outset of the hearing, neither the appellant nor her counsel objected to the appellant and one of the respondent's witnesses appearing by videoconference. During the hearing, the motion judge repeatedly asked the appellant if she was experiencing any technical difficulties or problems hearing the proceedings, and he instructed her to advise him if she did. The video screen occasionally froze, and she advised the judge once she could hear an echo. However, she generally said she could clearly hear and see the proceedings. She voiced no other complaint than the single issue she raised about the echo, which was resolved.

[14] The hearing progressed. During the respondent's cross-examination, his counsel made three objections concerning questions being put to his client by counsel for the appellant. The judge explained why the questions were not permissible and allowed counsel for the appellant to reformulate her questions. The respondent's cross-examination continued until noon, when a 90-minute recess was taken.

[15] After the recess, the motion judge gave counsel for the appellant the opportunity to continue her cross-examination and explained that his interventions made in the morning were not intended to limit it. As will be seen below, counsel for the appellant chose to bring her cross-examination of the respondent to an abrupt end.

[16] Following the comments of the motion judge, the appellant's counsel advised she had found Exhibit #8 from the 2015 trial, which documented the amount of the life insurance then in evidence. With the consent of the respondent's counsel, Exhibit #8 was admitted as Exhibit #1. This information showed that the life insurance policy naming the appellant as beneficiary, in the amount ordered by the trial judge, had been in place. However, he was able to obtain this level of coverage only through his employment with the Province of New Brunswick.

[17] Final arguments were heard on July 10, 2020. In the late afternoon, the appellant's counsel withdrew her contempt motion pertaining to the life insurance policy.

[18] On July 20, 2020, the motion judge rendered an oral decision, in which he determined there had been a change in circumstances that permitted him to vary spousal support and the order respecting the amount of life insurance coverage to be maintained to secure it. He varied the spousal support to $2,900 per month, the highest amount on the scale (*Spousal Support Advisory Guidelines*) considering the respondent's actual income. The motion for contempt as it related to the transfer of pension funds was dismissed, as was the request for retroactive support. The life insurance amount was reduced to $160,000. The motion judge stated that, because the appellant had waited until the end of the hearing to withdraw her motion for contempt, he ordered her to pay costs in the amount of $1,500 plus disbursements of $200.

III. Grounds of Appeal

[19] The appellant submits the motion judge erred in law:

1) by failing to provide a fair hearing to her in:

a) proceeding with the motion for variation while the appellant participated by videoconference;

b) allowing unjustified objections and interruptions by the respondent's counsel and not allowing the appellant's counsel to exercise her right of cross-examination; and

c) ordering the appellant to pay costs on the basis of a request made in her response to an Amended Notice of Motion filed two weeks before the hearing;

2) by calculating spousal support based on a hypothetical income;

3) by limiting the analysis to the first step of the s. 17 test, that is, determining whether there had been a change of circumstances, and failing to proceed to the second step under s. 17(7) of the *Act*;

4) by concluding that spousal support obligations were to be reduced because the respondent had retired, and the pension had formed part of the division of marital property in 2015; and

5) by ordering the appellant to pay costs.

IV. Standard of Review

[20] In *J.D.F. v. J.L.F.-F.*, 2020 NBCA 70, [2020] N.B.J. No. 252 (QL), the Court set out the standard of review in family law cases:

> It is clear from the jurisprudence of this Court that the standard of review in family law cases allows us to

> intervene only when there has been a material error of law or principle, or serious misapprehension of the evidence.
>
> With respect to the standard of review concerning findings of fact and discretionary orders (including cost awards), Richard J.A., as he then was, states in *Lang v. Lang*, [2007] N.B.J. No. 348 (C.A.) (QL):
>
>> The law is equally clear that the Court of Appeal cannot re-try a case. The Court of Appeal may only overturn a trial judge's finding of fact […] if it is the result of a palpable and overriding error, and may only interfere with a discretionary order if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 S.C.C. 33 and *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, [2005] S.C.J. No. 24 (QL), 2005 SCC 25 with regard to findings of fact, and *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, [2003] S.C.J. No. 76 (QL), 2003 S.C.C. 71, at para. 43, with regard to discretionary orders). [para. 3]
>
> As an appellate court, we will interfere with a discretionary order if it is concluded the order is based upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *Smith v. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 N.B.R. (2d) 208, and the cases cited therein at paras. 10-12). I am not satisfied any of those errors occurred in this case.
>
> [paras. 14-16]

V. Analysis

A. *Claim by the appellant she was not provided with a fair hearing*

(1) Hearing by videoconference

[21] The appellant asserts she was not given a fair hearing, namely because the motion judge proceeded with the hearing while she participated by videoconference from

France. A review of the record reveals neither the appellant nor her counsel objected to proceeding in this way and, in fact, requested to proceed in this manner at the May 14, 2020 case management hearing. Fearing a second wave of COVID-19 and a shutdown of court facilities in the fall of 2020, the motion judge thanked the parties and their counsel for their cooperation in allowing the matter to proceed, and the appellant for agreeing to participate remotely, in his oral decision. Furthermore, the record indicates the motion judge stopped the hearing on many occasions to ensure the appellant was able to hear and see well, and he advised her to inform him as soon as she encountered any difficulty. Throughout the hearing, the appellant replied she could hear and see well, and she would advise him if she had any problems. As noted, the only issue she raised was the echo problem, which was resolved.

[22] A reading of the entire transcript indicates that no complaint was raised concerning the videoconferencing equipment and that the appellant did not miss any portion of the hearing. In addition, the transcript records that the judge told the appellant the court would take recesses if she needed to speak to her counsel, and all such requests were accorded.

[23] In *Louis v. Poitras*, 2021 ONCA 49, [2021] O.J. No. 354 (QL), Hourigan J.A. stated:

> The civil justice system in Ontario faces an unprecedented crisis. Among other challenges, the COVID-19 pandemic has significantly reduced the availability of courtrooms. Trial courts have necessarily had to prioritize criminal and family law cases to the detriment of civil cases' timely resolution. Consequently, civil justice reform has shot to the forefront as a public policy imperative. Procedural reforms have been implemented to respond to the challenge, including increasing the use of electronic filing and electronic hearings. In addition, more fundamental changes in the operation of the civil justice system are being contemplated, such as the potential elimination of civil jury trials. Whether these reforms will come to pass remains to be seen. In the meantime, our courts are charged with the management of a civil justice system that is being overwhelmed.

> Judges of the Superior Court work tirelessly to keep the civil justice system afloat. This sometimes means that they must find creative ways to ensure that parties get their day in court in a timely manner. In so doing, they respond to the Supreme Court's injunction in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, that no less than a cultural shift is required to preserve our civil justice system. […]
>
> [paras. 1-2]

[24] He went on to say:

> […] Superior Court judges are acutely aware of local conditions, and it is counterproductive for intermediate appeal courts to interfere unnecessarily. It is only in rare situations that an appellate court should overrule discretionary case management decisions. This was not such a rare case. On the contrary, this was a situation where the motion judge's creativity should have been the subject of approbation, not condemnation. Therefore, for the reasons I will more fully detail below, I would grant leave to appeal, set aside the Divisional Court's order, allow the appeal and restore the motion judge's order. [para. 4]

[25] In *R. v. McMorris*, [2020] O.J. No. 5902 (QL) (C.A.), the court dealt with a motion for an adjournment in a criminal matter where the convicted appellant requested his appeal be adjourned until he could have a "live" hearing. Doherty J.A. wrote:

> Mr. Lockyer does not suggest there is anything in the nature of this appeal that makes it particularly unsuitable for a virtual hearing. He does, however, stress the seriousness of the conviction - first-degree murder - in asking me to adjourn the matter so his client will have an opportunity to have the appeal heard "live". Mr. Lockyer acknowledges that if "live" appeals are not available in the new year, his client will have to settle for a virtual appeal.
>
> The Crown submits the appeal should go ahead as scheduled. She points out the offence occurred over eight years ago, and the appellant was convicted over four years ago. The appeal has been adjourned twice in the hope that it could eventually be heard "live". Ms. Papadopoulos also submits there is no way of knowing whether the prospects of a live hearing will be any different early in 2021 than they are now.

> I will not adjourn the appeal. The court has determined that appeals can be satisfactorily conducted virtually. While there may be cases in which the particular circumstances present difficulties in conducting a virtual hearing that would not exist in a "live" hearing, no one suggests those difficulties exist here.
>
> In the weeks following the arrival of the pandemic, the court routinely granted adjournments to parties who wanted a "live" hearing. The court did so on the basis that a return to normalcy was not far down the road. We know better than that now.
>
> The court has determined appeals can be properly heard and adjudicated by way of virtual hearings. Given the present uncertainty as to when "live" appeals may be an available option, I do not think it is appropriate to further adjourn this appeal. It will proceed as scheduled either as a "live" appeal, if the court is reopened, or as a virtual appeal if things remain as they presently are. [paras. 2-6]

[26] Like their counterparts elsewhere in Canada, courts in New Brunswick encountered the same challenges related to the COVID-19 health crisis. In March 2020, as the pandemic erupted in Canada, courts in our province issued their first COVID-19 directives to adapt their operations in the face of government restrictions. On May 14, 2020, the day the case management hearing was held in this matter, the Court of Queen's Bench of New Brunswick issued directives related to the conduct of trials during the pandemic. These directives stated that, subject to the approval of the presiding judge, parties or their counsel who wish to appear remotely for a hearing, or who are unable to appear in person at a hearing due to travel restrictions related to COVID-19 or to specific health concerns, may request to appear "via videoconference or other virtual means." As mentioned above, the appellant requested to appear by videoconference. By the time this matter was heard, the court had operating technology at its disposal that allowed it to hold virtual hearings. Such a hearing was held here. The hearing did not encounter the difficulties alleged by the appellant. The record confirms this. This ground of appeal is meritless.

(2) Unjustified objections by the respondent's counsel

[27] With respect to the appellant's claim that cross-examination of the witnesses by her legal counsel was preempted by the motion judge, the transcript indicates the respondent's counsel made three objections and, as a result, the judge asked the appellant's counsel to reformulate her questions. When the parties returned after a noon-hour recess, the appellant's counsel stated:

> [TRANSLATION]
> Together with our stated case, and I can assure you that we only have one remark, on this point, we certainly do not wish to unduly delay the proceedings […] However, in light of your comments, and we have taken them very seriously and have considered them during the lunch break, […] we have taken another look at our cross-examination […] we reviewed the cross-examination, together with the evidence on the record […] we looked at the whole of the matter in, in – in light also of the evidence on the record. So we have decided that our cross-examination would end here. However, be assured that we will argue the law robustly in our submissions when the case is heard, and, in my view, that will better serve my client's interests. And my client's interests will be better served during the submissions, rather than attempting to – to – to draw facts, or in any case, to cross-examine the client. Those are my comments. [Transcript, Vol. 2, pp. 87-88]

[28] The transcript records that the motion judge gave the appellant's counsel the opportunity to continue her cross-examination, and he reiterated that his interventions, after the respondent's lawyer's objections, were not intended to limit her cross-examination. He explained:

> [TRANSLATION]
> […] My interventions are really made in order to try to understand the issues in this case.
> [Transcript, Vol. 2, p. 89, ll. 5-7]

> So, it was more to determine what evidence I am absolutely required to consider, particularly where there are allegations of contempt, so that I can better understand the situation, and also to determine what elements are

> relevant, since I was not the trial judge […]
> [Transcript, Vol. 2, p. 89, ll. 10-16]
>
> This afternoon, during the lunch break, I thought about the questions that I had asked, and I have to say once again that, for me, it was still relevant in order to determine if the information at page 75, if that information was before the court when Justice Robichaud rendered his decision.
> [Transcript, Vol. 2, p. 89, ll. 19-23]

[29] In *V.C. and J.C. v. The Minister of Social Development et al.*, 2015 NBCA 28, 435 N.B.R. (2d) 205, the Court wrote:

> In John Sopinka, Sidney N. Lederman & Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1999) the authors state:
>
> > The search for truth is not the only value accommodated in the rules of evidence. The rules are also designed to enhance the efficiency of the trial process itself. The fundamental principle that the evidence presented to the court must be relevant to the facts in issue ensures that the court is not distracted by collateral matters. [p. 4]
>
> [para. 11]

[30] Further, in *V.C. and J.C.*, the Court concluded:

> A review of the record reveals that, although the application judge frequently interfered, these interruptions did not affect the outcome of the trial. They appear to have been made in an attempt to reduce irrelevant and repetitious cross-examination. It is apparent that the judge attempted to engage counsel for the mother and maternal grandmother in discussions for the purpose of clarifying the objective of certain lines of questioning, and to determine whether or not the questions being asked and, more importantly, whether the answers to them, were relevant to the issue to be decided by the court. In my view, the judge intervened during three lines of questioning by counsel for the mother and the maternal grandmother, namely relating to: 1) the taking of protective care, 2) use of standards by the social workers, and 3) what the social workers thought the mother knew. [para. 13]

[31] In this case, the motion judge intervened in order to make clarifications. He allowed the appellant's counsel to rephrase her questions in order to meet evidentiary rules. He posed questions concerning the appellant's request to have the respondent held in contempt. He did not restrict counsel for the appellant's questioning of her client in direct, or of the respondent on cross-examination. I find no error on the part of the motion judge; thus, this ground of appeal must fail.

(3) Costs

[32] I will address the costs issue below.

B. *Award of spousal support based on "hypothetical income"*

[33] The appellant submits the motion judge erred by ordering spousal support based on the respondent's post-retirement "hypothetical income." This assertion is not substantiated. Unlike in *Vaughan v. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 N.B.R. (2d) 286, where Mr. Vaughan expressed a desire to retire on a particular date, the respondent had actually retired on June 28, 2020, prior to the hearing. Furthermore, the evidence before the motion judge included the financial disclosure necessary for him to find a change in circumstances and determine the respondent's actual income as a result of his retirement.

[34] Testimony regarding the respondent's income was given by an actuary and a chartered professional accountant, who both had all the necessary financial information regarding his retirement income. When the motion judge rendered his decision, he possessed all the financial information he required from the actuary and the accountant. There is no merit to this ground of appeal.

C. *Variation of spousal support*

[35] The appellant submits the motion judge erred in law in reducing the respondent's spousal support obligation as a result of his retirement. She is seeking a new trial. The award was not time-limited. The principles that govern the circumstances for

variation of spousal support orders are set out in ss. 17(1)(a), (4.1) and (7) of the *Act.* The relevant provisions of s. 17 read, at the relevant time, as follows:

Order for variation, rescission or suspension

17 (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses[.]

Ordonnance modificative

17 (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir :

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux[.]

Factors for spousal support order

(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.

Facteurs — ordonnance alimentaire au profit d'un époux

(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.

Objectives of variation order varying spousal support order

(7) A variation order varying a spousal support order should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;

(b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child

Objectifs de l'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux

(7) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux vise :

a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à

of the marriage;	charge;
(c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and	**c)** à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;
(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.	**d)** à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

[36] In *L.M.P. v L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775, the Supreme Court set out the two-part test for a variation of spousal support under s. 17:

> Variation involves the application of both s. 17(4.1) and s. 17(7) of the *Divorce Act*. In *Hickey* [*v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9], L'Heureux-Dubé J. described the interplay between them as follows:
>
> > On an application for variation of an award of spousal support, the court must first find, under s. 17(4), that there has been a material change in the conditions, means, needs, or circumstances of either spouse (see *Moge*, *supra*, at pp. 875-76, and *Walker v. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, at pp. 141-42) and in making the order, the court must take into consideration that change. As with the variation of child support orders, this change must be material, and cannot be trivial or insignificant. The factors enumerated give the court considerable discretion in determining whether a variation order is justified: see J. Payne, *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at p. 321. Once this threshold is passed, the court must consider the four objectives of spousal support enumerated in s. 17(7) of the *Divorce Act*. [para. 20]
>
> Julien D. Payne and Marilyn A. Payne observed that "[t]here is nothing in the *Divorce Act* to suggest that any one of the objectives [in s. 17(7)] has greater weight or importance than any other objective" (*Canadian Family Law* (3rd ed. 2008), at p. 253). Rather, the objectives "operate in the context of a wide judicial discretion" and "provide opportunities for a more equitable distribution of the economic consequence of divorce between the spouses".

> In short, once a material change in circumstances has been established, the variation order should "properly reflec[t] the objectives set out in s. 17(7), ... [take] account of the material changes in circumstances, [and] conside[r] the existence of the separation agreement and its terms as a relevant factor" (*Hickey*, at para. 27). A court should limit itself to making the variation which is appropriate in light of the change. The task should not be approached as if it were an initial application for support under s. 15.2 of the *Divorce Act*. [paras. 48-50]

See also *Rayworth v. More*, 2021 NBCA 6, [2021] N.B.J. No. 22 (QL), at paras. 22-29.

[37] At the first stage of the analysis, the motion judge determined the following: [TRANSLATION] "A material change in circumstances has therefore occurred in Mr. Virgili's financial situation."

[38] The motion judge then set out the three factors articulated in s. 17(7). He considered their objectives and applied the second stage of the analysis. He stated:

> [TRANSLATION]
> I therefore find that the existence of a material change has been established and that Mr. Virgili has submitted to the Court the information needed for me to satisfy the objectives set out in subsection 17(7) of the *Act*.
> [Transcript, Vol. 5, p. 19, l. 23, and p. 20, ll. 1-4]
>
> They're all important. There is not one that is more important than the other. It is necessary to –, to balance the three factors that apply in this case.
> [Transcript, Vol. 5, p. 20, ll. 20-22]

[39] In his analysis, the motion judge considered the appellant's needs, and decided not to make an indeterminate order. He said the following:

> [TRANSLATION]
> Mr. Virgili's income has decreased significantly since the end of June, but on the basis of the evidence as a whole, I am satisfied that he can still provide financial support to Ms. Hubault. [Transcript, Vol. 5, p. 28, ll. 10-13]

> The evidence shows that Ms. Hubault has a certain amount of savings […] She also has a sizeable amount on deposit at the Royal Bank, and I am confident that by making certain arrangements with respect to these funds, she will succeed in earning more than the –, the interest that she is currently receiving on this investment. Moreover, I am also confident that she will make the necessary arrangements in order to obtain the amounts to which she is entitled under the Canada Pension Plan. [Transcript, Vol. 5, p. 29, ll. 1-9]
>
> She acknowledges that she will need to make certain changes once the support paid by Mr. Virgili has been adjusted. I am confident that Ms. Hubault will make adjustments to her sources of income other than the support that she receives from Mr. Virgili as well as to her expenses. [Transcript, Vol. 5, p. 29, ll. 13-17]
>
> On the basis of the evidence as a whole, I find that the high end of the scale should be used in this case.
> [Transcript, Vol. 5, p. 30, ll. 1-3]
>
> Mr. Virgili and Ms. Hubault will both need to adjust their respective budgets as a result of this new reality […].
> [Transcript, Vol. 5, p. 30, ll. 6-8]

[40] In *LeBlanc v. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 401 N.B.R. (2d) 334, the Court concluded that motion judges do not have to address each of the objectives set out in s. 17(7):

> In this case, the judge quoted s. 17(7) at the beginning of her analysis. She then referred to a passage in *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, [1999] S.C.J. No. 14 (QL), in which Justice McLachlin (as she then was) reminded us of the "method to be followed in determining a support dispute" and noted that "[t]he starting point is the objectives which the *Divorce Act* stipulates the support order should serve". Justice McLachlin then enumerated the objectives set out in s. 15.2(6), which are the same as those stated in s. 17(7).
>
> Although the motion judge, when applying the law to the facts of the case, did not deal at length with each of the objectives of the variation order, nothing in her reasons for decision clearly shows that she disregarded any of these objectives. I must assume that she had these objectives in

> mind during her analysis. This ground of appeal must therefore be dismissed. [paras. 15-16]

[41] A review of the motion judge's oral decision illustrates he undertook an analysis under s. 17(7), considered the second step of the test and came to a proper determination. I would dismiss this ground of appeal.

D. *The pension had been divided at the time of the division of marital property*

[42] The appellant submits the motion judge did not adequately apply *Boston v. Boston*, 2001 SCC 43, [2001] 2 S.C.R. 413, and erred in concluding the pension was already divided. In *Boston*, Major J., for the majority, wrote:

> The purpose of spousal support in cases such as this is to relieve the economic hardship suffered by reason of the marriage or its breakdown. There is no reason *per se* that spousal support cannot continue past the date of retirement of the pension-holding spouse. However, several factors must be considered in making that decision. On retirement, the pension-holding spouse may apply to vary the support order if his <u>ability to pay</u> support is compromised (see *Linton*, *supra*, at p. 31, and *Rivers*, *supra*, at para. 17). The decision of whether to vary support depends on whether the applicant can demonstrate that there has been a material change in circumstances pursuant to s. 37(2) of the *Family Law Act*.
>
> The payee spouse's need and the payor spouse's ability to pay are always factors which a court considers when determining spousal support (see s. 33(9) of the *Family Law Act*). Another issue is the extent, if any, of "double recovery".
>
> How is double recovery <u>fairly</u> avoided? (See *Shadbolt*, supra, per Czutrin J., at para. 46.) It is generally unfair to allow the payee spouse to reap the benefit of the pension both as an asset and then again as a source of income. This is particularly true where the payee spouse receives capital assets which she then retains to grow her estate. The comments of *Walker*, supra, at p. 233, bear echoing:
>
>> It is well-recognized that a borrower should not be compelled to continue monthly loan payments to

> the lender if the borrower has previously paid the full amount owing. "Double dipping" is analogous to such a situation and is logically and mathematically indefensible.
>
> To avoid double recovery, the court should, where practicable, focus on that portion of the payor's income and assets that have not been part of the equalization or division of matrimonial assets when the payee spouse's continuing need for support is shown (see *Hutchison*, supra, at para. 9). In this appeal, that would include the portion of the pension that was earned following the date of separation and not included in the equalization of net family property.
>
> [paras. 61-64]
>
> [Emphasis in original.]

[43] Referring to *Boston* in *Chamberlain v. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 N.B.R. (2d) 309, the Court stated:

> Two judges dissented in *Boston v. Boston*. LeBel, J. and L'Heureux-Dubé, J. rejected the proposition that spousal support should be paid only from the portion of the pension that was unequalized at the time of the separation and from other sources of income. Their view is that it would be a mistake to limit the availability of the pension asset for spousal support purposes. LeBel, J. states at para. 115, p. 457:
>
> > No assets or income streams should be set aside or treated differently after a debtor spouse starts drawing a pension. This Court should not entertain in any manner the view that we should draw a distinction between what some would call property assets and maintenance assets. All income streams are relevant in the assessment of means and needs and of the proper level of support considering the lifestyle and the living experience of the couple. Pension payments remain income. Indeed, the *Income Tax Act* views them as fully taxable for income tax purposes (see P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 357-58). The problem to be addressed in a question of spousal support is not the nature of the assets available to the parties, but how they should be used by each party.

> The question to be answered in the present appeal is whether the payee can show a continuing need for support, after taking into account any income that can be reasonably generated from her equalized assets, in order to justify support being paid from the equalized portion of the payor's pension. [paras. 26-27]

[44] Thus, s. 17(4.1) of the *Act* instructs the court, when faced with a request to vary an existing spousal support order, to "satisfy itself that a change in the condition, means, needs, or other circumstances of either former spouse has occurred." In *Boston*, the Supreme Court said:

> When a pension changes from an asset into income the "double recovery" difficulty can arise, usually in the following way. On marriage dissolution, the parties equalize the matrimonial assets. The pension-holding spouse (the husband in this appeal) must include the future right to his pension as part of his net family property. For the husband to retain his pension, the payee spouse (the wife in this appeal) must get other assets of the same value, in order to equalize their net family property. While the husband is still employed, he may be obliged to make spousal support payments to the wife. When he retires, however, and his pension comes into pay, the wife is said to be making a double recovery if she continues to receive spousal support from the husband's pension income, as she received assets equal to the capital value of the pension at the time of settlement. If support payments from the pension are maintained, she is collecting twice from the same source. [para. 3]

[45] Following his review of the evidence, the motion judge concluded the exception contained in *Boston*, which allows double recovery in certain circumstances, did not apply in this case. He stated:

> [TRANSLATION]
> I now wish to address the issue of double recovery. In *Boston v. Boston*, the Supreme Court of Canada stated that, where practicable, the court should focus on that portion of the payor's income and assets that have not been part of the division or equalization of matrimonial assets. In this case, Mr. Virgili's pension fund with his employer, the Province of New Brunswick, has already been subject to division as

> property when the couple separated and, in my view, should not now be considered as a source of income in calculating spousal support.
>
> [Transcript, Vol. 5, p. 22, ll. 12-23]

[46] A review of the record reveals the following evidence was before the judge. I can do no better than to reproduce the list found at para. 147 of the respondent's written submission:

> [TRANSLATION]
>
> 1) The appellant had $250,000 on deposit in her account at the Royal Bank of Canada, namely the pension fund that had already been divided but had not been used by the appellant, in addition to savings of approximately 29,000 euros held in France.
>
> 2) The appellant did not use this amount to produce income and meet her needs, and she must inevitably begin drawing on this investment to meet her needs.
>
> 3) The appellant has not applied to the Government of Canada for benefits under the Canada Pension Plan, despite the fact that the respondent advised her that she should do so and requested that she do so. The appellant [TRANSLATION] "did not yet feel the need to apply for such benefits." (Transcript, Vol. 5, p. 16, ll. 2-7 and 19-21).
>
> 4) The appellant did not even make inquiries with respect to the program existing in France, called "old age minimum" (*minimum vieillesse*), or *APSA*, a pension similar to Canada's Old Age Security. We are of the view that the appellant did not take into account all of the income that she can reasonably earn on the assets that she obtained and the amounts that she could receive to meet her needs.

[47] In my view, the appellant bore the burden of proving an ongoing financial need in order to justify the application of the exception to the ban on double recovery, as explained in *Boston*. The appellant testified as to the funds on deposit in both her Royal Bank account and her account in France. She also testified regarding a pension for which she can apply from the Canadian government but had not requested. There is an obligation on the appellant to generate income from her assets. She has not made reasonable efforts to contribute to her own support, nor has she made a case for economic need (see *Bone v. Bone*, 2020 ABCA 323, [2020] A.J. No. 952 (QL) (application for leave to appeal refused by the Supreme Court of Canada, [2020] S.C.C.A. No. 400)). Therefore, the respondent's pension should not be considered when determining support on a variation application. The appellant has not met the burden of proof to indicate that the exception to double recovery should be permitted. The motion judge utilized his discretion in deciding not to allow double recovery in this case, and I would not interfere with his decision.

E. *Costs*

[48] Rule 59.01 of the *Rules of Court* clearly states that costs are discretionary. In *Bamford v. Bamford*, 2017 NBCA 35, [2017] N.B.J. No. 213 (QL), the Court stated:

> Under Rule 59, awarding costs is in the complete discretion of the Court. This Court may only intervene if the exercise of that discretion was manifestly wrong (*Williams et al. v. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10, [1985] N.B.J. No. 93 (QL), at para. 65). Rule 59.02 delineates certain factors the court may consider when awarding costs, including any other matter relevant to the question of costs. In this case, the motion judge awarded costs to Ms. Bamford because of the success of her motion, a matter relevant to the question of costs. In *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd v. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (QL), the Court reaffirms the general rule that the successful party is entitled to costs (para. 35). While it is true that I would not fully uphold the motion judge's decision, there is no question that Ms. Bamford was substantially successful on her motion and I

> would therefore not interfere with the motion judge's award of costs. [para. 34]

[49] The motion judge exercised his discretion and ordered the appellant to pay costs of $1,500 and disbursements of $200. These costs were awarded, as the appellant filed a contempt motion against the respondent and withdrew it almost at the end of the hearing. Regardless, the appellant was the unsuccessful party, costs were within the judge's discretion, and I find no reason for the Court to intervene.

VI. Disposition

[50] It is for these reasons that, on February 11, 2021, I joined my colleagues in dismissing the appeal with costs of $3,000.