

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

143-10-CA

B E T W E E N:

JAMAL GREGORY BURGESS

(Applicant) APPELLANT

-and-

SHELLEY ANN McKINNON-BURGESS

(Respondent) RESPONDENT

E N T R E

JAMAL GREGORY BURGESS

(Requérant) APPELANT

-et-

SHELLEY ANN McKINNON-BURGESS

(Intimée) INTIMÉE

Motion heard by conference call by:  
The Honourable Justice Richard  
May 27, 2011

Date of decision:  
June 21, 2011

Counsel at hearing:

Jamal Gregory Burgess participated in person

Shelly Ann McKinnon-Burgess participated in person

Motion entendue par conférence téléphonique :  
L'honorable juge Richard  
Le 27 mai 2011

Date de la décision :  
Le 21 juin 2011

Avocats à l'audience :

Jamal Gregory Burgess a participé à l'audience en personne;

Shelly Ann McKinnon-Burgess a participé à l'audience en personne.

**DECISION (Status Hearing)**

[1] Jamal Gregory Burgess filed a Notice of Appeal but then did not perfect his appeal within the time prescribed in the *Rules of Court*. He did not, by Notice of Motion, seek an extension of time to perfect, but rather argued at a status hearing initiated by the Registrar that the time for him to perfect the appeal should be extended. In my view, the principles that govern extensions of time at a status hearing are the same as those that

govern when an appellant makes a proper motion for an extension of time to perfect an appeal.

[2] Rule 62.15(1) of the *Rules of Court* provide that an appellant in a civil appeal to the Court of Appeal must perfect the appeal “[w]ithin 30 days after receiving notice from the court stenographer that the evidence has been transcribed or, if no evidence is to be transcribed, within 30 days of the issue of the Notice of Appeal.” An appellant who does not perfect the appeal within those time limits may, by motion, seek an extension of time from a judge of the Court of Appeal: Rule 3.02. On the other hand, failure to adhere to the time limits prescribed in Rule 62.15(1) may result in another party applying by notice of motion to the Court of Appeal for an order dismissing the appeal on the ground that “the appellant has unduly delayed preparation and perfection of the appeal”: Rule 62.23(1)(c).

[3] If an appeal is not perfected within four months of the date of the order, decision or judgment appealed from, Rule 62.15.1 is triggered. In that event, the Registrar will send out a Request for Status Report, the response to which is then submitted to a judge of the Court of Appeal who may, if not satisfied with the response, direct the Registrar to issue a Notice of Status Hearing.

[4] At a status hearing, a judge of the Court of Appeal may order the appeal to be perfected within a specified time, adjourn the hearing, dismiss the appeal or make such other order as may be just. If the time to perfect the appeal has expired, and the judge is nevertheless to order it perfected within a specified time, it will be necessary for the judge to extend the time to perfect. Thus, the principles that govern in the case of a motion to extend the time to perfect the appeal equally apply in the case of a status hearing where a judge contemplates ordering that an appeal, not perfected within the time prescribed, be perfected by a certain date.

[5] In *Gaudet v. Gaudet* (2009), 350 N.B.R. (2d) 237, [2009] N.B.J. No. 223 (C.A.)(QL), the principles that govern extensions of time to file a Notice of Appeal were considered:

Applications for an extension of time to appeal are determined according to the principles Ryan J.A. set out in *Atlantic Pressure Treating Ltd. v. Bay Chaleur Construction (1981) Ltd.* (1987), 81 N.B.R. (2d) 165 (C.A.), [1987] N.B.J. No. 528 (Q.L.):

... the basic rule to be followed in dealing with an application to extend time for appeal is that leave should be granted if justice requires that it be given. ... Generally, an intention to appeal must be formulated prior to the time for an appeal expiring. But if any rule is necessary, it would have to be that the judge hearing the motion is bound, above all other considerations, to do justice in each particular case. [para. 7]

These principles were applied in *Naderi v. Strong* (2005), 280 N.B.R. (2d) 379, [2005] N.B.J. No. 67 (Q.L.), 2005 NBCA 10, where the Court explained further:

[...] to do justice in a particular case requires a balancing of the prejudice to both parties resulting from the decision to grant or refuse the extension of time. An intention to appeal within the time prescribed and any explanation given by the proposed appellant for missing the limitation period are factors to be considered together with any evidence of actual prejudice the delay would cause to the other party. Equally important to the equation is the determination of whether or not there is a serious issue to be appealed [...] as opposed to the matter being frivolous or vexatious, or, stated differently, whether or not there is an arguable case for consideration by the Court: see *Duke v. B.L.E.*, [1989] N.B.J. No. 716 (C.A.), per Stratton, C.J.N.B. and *Doug's Recreation Centre Ltd. et al. v. Polaris Industries Ltd.* (2001), 237 N.B.R. (2d) 190; 612 A.P.R. 190 (C.A.) per Robertson, J.A. Balancing these and any other relevant factors will enable an application judge to ensure that justice is done in the particular case.

In *R. v. Roberge*, [2005] 2 S.C.R. 469, [2005] S.C.J. No. 49 (Q.L.), 2005 SCC 48, the Supreme Court took the unusual step of giving reasons in denying an application for an extension of time for leave to appeal. The applicant in that matter was seeking an extension of time to apply for leave to appeal a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan, [2004] S.J. No. 651. He had not served and filed a notice of application for leave to appeal within 60 days, as required by s. 58(1)(a) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. Four months after the delay expired, he sought an extension of time. He explained having given instructions to his counsel to seek leave to appeal the day following the judgment in the Court of Appeal and his counsel added that this intention had been communicated to Crown counsel eight days later. However, a number of factors combined to delay the filing of an application for leave to appeal, including an accident in which a senior partner in the law firm

representing Mr. Roberge was seriously injured, followed by the senior partner's previously scheduled vacation of about two and one half months, and a maternity leave by another lawyer in the firm, all requiring Mr. Roberge's counsel to take on additional tasks at his firm.

In determining Mr. Roberge's application for an extension of time, the Supreme Court explained as follows:

The power to extend time under special circumstances in s. 59(1) of the *Act* is a discretionary one. Although the Court has traditionally adopted a generous approach in granting extensions of time, a number of factors guide it in the exercise of its discretion, including:

1. Whether the applicant formed a *bona fide* intention to seek leave to appeal and communicated that intention to the opposing party within the prescribed time;
2. Whether counsel moved diligently;
3. Whether a proper explanation for the delay has been offered;
4. The extent of the delay;
5. Whether granting or denying the extension of time will unduly prejudice one or the other of the parties; and
6. The merits of the application for leave to appeal.

The ultimate question is always whether, in all the circumstances and considering the factors referred to above, the justice of the case requires that an extension of time be granted. [para. 6]

Expressing some sympathy for the difficulties experienced by Mr. Roberge's counsel, the Supreme Court nevertheless dismissed his application for an extension of time. The Court explained that although he had formed a *bona fide* intention to seek leave within the time prescribed and that intention was communicated to the opposing counsel, the delay was not adequately explained. The Court characterized the four-month delay, beyond the 60 days prescribed under the *Supreme Court Act*, as lengthy and could not excuse counsel's failure to prioritize his schedule in order to file the application for leave to appeal in the Supreme Court. [paras. 5-9]

[6] For the most part, the same principles also govern extensions of time to perfect an appeal. Evidently, the question of intention to appeal within the time

prescribed is not a relevant consideration. Instead, the question is whether the appellant had abandoned his or her intention to appeal. The other factors are, however, all applicable. I would add that if an appellant does not initiate a motion to extend time to perfect, but rather waits until a status hearing, this may speak loudly to the question of moving diligently and perhaps even to the question of whether the intention to appeal has been abandoned.

[7] In *H.A.W. v. Sisters of Charity of the Immaculate Conception*, 2006 NBCA 12, 296 N.B.R. (2d) 196, the Court stated:

It is settled law that, where an appellant has not abandoned the intention to appeal and he or she has an arguable case, the dismissal of an appeal for failure to comply with Rule 62.15 is only appropriate where it is shown that the interests of justice would be ill-served by a less drastic measure: *Canadian Union of Public Employees Local 76 v. Campbellton (City of)* (1983), 46 N.B.R. (2d) 83 (C.A.) and *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires) c. A.N. et Y.N.* (2002), 255 N.B.R. (2d) 1 (C.A.).

[8] In my view, determining the interests of justice requires the court to consider and balance all the factors, keeping in mind that the overriding principle is to do justice in each particular case. In *H.A.W.*, the Court found that the appellant did not have an arguable case and that the delay had prejudiced the respondent. Thus, it was not in the interests of justice to extend the time to perfect the appeal. In *Dykeman v. Dykeman*, [2006] N.B.J. No. 556 (C.A.)(QL), the factors weighed in favour of extending the time, as they did in *Royal Bank of Canada v. Profor Kedgwick Ltée*, [2007] N.B.J. No. 466 (C.A.)(QL), but in *R. v. McIntyre* (2009), 349 N.B.R. (2d) 161, [2009] N.B.J. No. 335 (C.A.)(QL), Bell J.A. applied the factors and dismissed a motion to extend the time to perfect.

[9] On October 27, 2010, Mr. Burgess filed a Notice of Appeal against an oral decision a judge of the Court of Queen's Bench had rendered on September 27, 2010. In his Notice of Appeal, Mr. Burgess asks that an interim order of the Supreme Court of Nova Scotia relating to the custody of his children be "registered and made an order of the Court in New Brunswick," and that he be awarded costs. The transcripts were filed in

January 2011 and the appeal should therefore have been perfected the next month. However, Mr. Burgess did not perfect his appeal within the time prescribed in Rule 62.15(1), and, as a result, he requires an extension of time. The matter comes before me as a status hearing under Rule 62.15.1(7).

[10] The record reveals that Mr. Burgess has been diligent in attempting to perfect his appeal. He submitted several versions of an Appeal Book that were rejected for non-compliance with the *Rules*. His greatest difficulty has been to obtain a formal judgment from the Court of Queen's Bench for inclusion in the Appeal Book as required by Rule 62.13(1)(f). On the record before me, it is more than obvious that Mr. Burgess never abandoned his intention to appeal, diligently tried to perfect the appeal and has put forth an understandable explanation for the delay. Moreover, the delay has not been extensive and no prejudice arising out of the delay itself has been shown. However, as outlined above, these factors are not the only ones to be considered. One also has to consider whether Mr. Burgess has an arguable case on appeal.

[11] From my review of the record, I understand the salient facts to be as follows. The parties were married in 1993, had two children, separated in 2007, and divorced in the Supreme Court of Bermuda in 2008. In 2009, Mr. Burgess moved to Nova Scotia with the two children. Meanwhile Ms. McKinnon-Burgess resided in New York. In October 2009, Mr. Burgess applied to the Nova Scotia Supreme Court to confirm the current arrangements pursuant to which he had the day to day care of the children. The parties went through a conciliation process and a hearing date was scheduled for January 2010.

[12] In November 2009, Ms. McKinnon-Burgess moved to New Brunswick, and the children started visiting with their mother regularly. Later, Ms. McKinnon-Burgess informed Mr. Burgess of her plan to relocate to Nova Scotia to be closer to the children, so the application that was before the Nova Scotia Court was withdrawn so the parties could try to work out a joint custody arrangement. In the absence of any agreement, Mr. Burgess decided to go back to the Nova Scotia Court.

[13] Following a visit of the children to New Brunswick for the Mother's Day weekend, Ms. McKinnon-Burgess refused to return them to Nova Scotia. The next day, Mr. Burgess applied to the Nova Scotia Court for relief. At the same time, Ms. McKinnon-Burgess applied to the Family Division of the Court of Queen's Bench in New Brunswick. The Nova Scotia matter was heard first, *ex parte*, and the judge issued an interim order granting custody of the children to Mr. Burgess pursuant to Nova Scotia's *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160. He ordered the return of the children to Nova Scotia and scheduled a further hearing. Ms. McKinnon-Burgess did not comply with the Nova Scotia Order, so Mr. Burgess applied in New Brunswick to have it recognized and enforced pursuant to s. 130.2(1) and 130.2(2) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2.

[14] It appears that several conference calls and/or meetings were held with a judge of the Court of Queen's Bench. Interim orders were issued in New Brunswick. At some point, Mr. Burgess kept the children in Nova Scotia so the New Brunswick judge issued an order in which, among other things, he decreed that the matter should proceed to trial as soon as possible and ordered Mr. Burgess to "provide proof to the Court than any enforcement proceedings pursuant to the Amended Interim Order dated May 21, 2010 of the Supreme Court of Nova Scotia and pursuant to the Order of June 16, 2010 of the Supreme Court of Nova Scotia are stayed until this matter is finally resolved in New Brunswick" before Mr. Burgess would be able to exercise access to his children in Nova Scotia.

[15] From the record, it appears that during the summer of 2010, the parties were able to resolve some of the issues. On August 5, 2010, an order was issued in Nova Scotia, to which both parties consented, whereby they agreed to submit to the jurisdiction of the Nova Scotia Court to resolve the custody and access issues, and Ms. McKinnon-Burgess agreed to "do all acts as are necessary to void all current Orders of the Court of Queen's Bench for the Province of New Brunswick." Mr. Burgess later applied for this Interim Order to be recognized in New Brunswick.

[16] Mr. Burgess' motion to have the order of August 5, 2010, recognized in New Brunswick was to be heard on September 27, 2010. However, Mr. Burgess could not attend on that date and his requests for an adjournment, or for a hearing by teleconference, were denied. On that date, counsel for Ms. McKinnon-Burgess informed the judge of the Court of Queen's Bench that his client was withdrawing the application she had filed in New Brunswick and that she had agreed to submit to the jurisdiction of the Nova Scotia Court. At the same time, the judge said he was not hearing motions Mr. Burgess had previously filed because the judge has "proof and evidence in the file to the effect that Mr. Burgess is in contempt of one of my orders [...] and until that contempt is remedied, I will not be hearing him on those issues." As for Mr. Burgess' more current motions (to recognize the August 5, 2010, Nova Scotia Interim Order), the judge said these "will be refused as I have no, he has no standing in New Brunswick to ask for Nova Scotia orders being recognized at this time." In January 2011, a Notice of Discontinuance was filed on behalf of Ms. McKinnon-Burgess discontinuing her application in New Brunswick and stating that the "discontinuance will bar any future claims by [her], in New Brunswick, with regard to the facts as stated in the pleadings." The Notice of Discontinuance, to which Mr. Burgess consented, also says the parties agree that the final determination on the custody of, and access to, the children will be decided in Nova Scotia where the children are habitually resident.

[17] As stated earlier, Mr. Burgess appeals the decision the judge made on September 27, 2010. He asks that it be varied to have the August 5, 2010, Interim Order of the Supreme Court of Nova Scotia recognized in New Brunswick.

[18] At the status hearing, the parties advised me the matter of custody and access has since been determined by the Nova Scotia Court and there appears to now be some relative harmony among them with respect to the children. However, Mr. Burgess argued he should still be able to pursue his appeal because he fears someday someone might rely on the New Brunswick interim orders the Court of Queen's Bench judge had issued in 2010. He also challenges the statement the judge made on September 27, 2010, that he had evidence Mr. Burgess was in contempt. Mr. Burgess maintains he should be allowed



to pursue his application to have the August 5, 2010, interim order of the Nova Scotia Court recognized in New Brunswick.

[19] Mr. Burgess' fears are not founded. Any of the interim orders made in New Brunswick were made in the course of a proceeding that has been discontinued. When the main proceeding was discontinued, the interim orders became a nullity: *Greco v. Greco*, [2000] O.J. No. 3594 (S.C.)(QL), *Duffield v. Duffield*, [1988] O.J. No. 757 (Dist. Ct)(QL), *Dutchak v. Dutchak*, [1994] S.J. No. 322 (Q.B.)(QL), aff'd on this point [1995] S.J. No. 48 (C.A.)(QL). This is not a case where the discontinuance of the main proceeding was to avoid the effect of an interim order, as in *Angelopoulos v. Angelopoulos* (1986), 55 O.R. (2d) 101, [1986] O.J. No. 616 (H.C.J.)(QL) and *Elguindy v. Prince*, [2000] O.J. No. 3143 (S.C.)(QL).

[20] As for the judge's comment regarding contempt, a review of the transcript reveals the judge made no finding of contempt as contemplated in Rule 76. The judge did, however, refuse to hear the motions Mr. Burgess had previously filed. Whether the judge was right or wrong in this regard is no longer of any moment. The motions he refused to hear related an interim custody order made in Nova Scotia that is no longer in effect. Thus, there is no relief the Court of Appeal can grant Mr. Burgess in respect of the judge's refusal to hear those motions. It is the same with respect to Mr. Burgess wanting to appeal the judge's decision regarding the August 5, 2010, interim order. The interim orders issued by the Nova Scotia Court have now been replaced by a custody order resulting from the parties' agreement to have the dispute resolved by the Nova Scotia Court. In other words, the interim orders Mr. Burgess sought to have recognized in New Brunswick are no longer in effect, having been replaced by a subsequent order. The questions Mr. Burgess wants to raise on appeal are therefore moot. While one might understand that he feels aggrieved by the judge's rulings in the course of this matter, there is simply no relief Mr. Burgess can obtain in the Court of Appeal.

[21] In sum, all but one of the factors to be weighed in determining whether or not to extend the time for Mr. Burgess to perfect his appeal favour him. However, the one that does not is determinative in the circumstances. I simply see no arguable case on

appeal because he cannot obtain relief from the Court of Appeal and the matter is therefore moot. As a result, it is not in the interests of justice that I extend time.

[22] For these reasons, I exercise the power conferred by Rule 62.15.1(7)(c) and I dismiss the appeal. Since Ms. McKinnon-Burgess was not represented by counsel, and there being no extraordinary circumstances, I do not award any costs.

[Version française]

**DÉCISION**  
**(audience sur l'état de l'instance)**

- [1] Jamal Gregory Burgess a déposé un avis d'appel, mais il n'a pas mis en état son appel dans le délai prescrit par les *Règles de procédure*. Au lieu de demander par avis de motion une prolongation du délai, il a soutenu, dans le cadre d'une audience sur l'état de l'instance tenue par suite de démarches du registraire, que le délai qui lui était imparti pour la mise en état de l'appel devrait être prolongé. À mon sens, les principes qui régissent l'octroi de prolongations de délais dans le cadre d'une audience sur l'état de l'instance sont les mêmes que ceux qui en régissent l'octroi lorsque la partie appelante a demandé, par la motion appropriée, une prolongation du délai de mise en état d'un appel.
- [2] La règle 62.15(1) des *Règles de procédure* prévoit que l'appelant qui se pourvoit auprès de la Cour d'appel, au civil, doit mettre l'appel en état « [d]ans les 30 jours de la réception de l'avis du sténographe judiciaire lui annonçant que les dépositions ont été transcrites ou, s'il n'y a pas lieu à transcription, dans les 30 jours de l'émission [*sic*] de l'avis d'appel ». S'il ne met pas l'appel en état dans le délai que la règle prescrit, l'appelant peut, par motion, demander une prolongation de délai à un juge de la Cour d'appel (règle 3.02). Il est possible, par contre, que l'inobservation des délais impartis par la règle 62.15(1) amène une demande d'une autre partie, adressée à la Cour d'appel par avis de motion, sollicitant le rejet de l'appel pour le motif que « l'appelant a retardé indûment la préparation et la mise en état de l'appel » (règle 62.23(1)c)).
- [3] Lorsque l'appel n'est pas mis en état dans les quatre mois de la date de l'ordonnance, de la décision ou du jugement porté en appel, la règle 62.15.1 intervient. Dans ce cas, le registraire fait parvenir à la partie appelante une demande de rapport sur l'état de l'instance. Il transmet la réponse reçue à un juge de la Cour d'appel qui, s'il n'est pas satisfait de la réponse, peut ordonner au registraire d'envoyer un avis d'audience sur l'état de l'instance.
- [4] À l'audience sur l'état de l'instance, le juge de la Cour d'appel peut ordonner que l'appel soit mis en état dans le délai qu'il prescrit, ajourner l'audience,

rejeter l'appel ou rendre toute autre ordonnance qu'il estime juste. Si le délai de mise en état de l'appel est expiré, et que le juge entende ordonner que l'appel soit néanmoins mis en état dans le délai qu'il prescrira, il lui faudra prolonger le délai de mise en état. Ainsi, les principes applicables dans le cas d'une motion en prolongation du délai de mise en état d'un appel s'appliquent également dans le cas d'une audience sur l'état de l'instance où le juge envisage d'ordonner que l'appel qui n'a pas été mis en état dans le délai imparti le soit au plus tard à une date donnée.

[5] Dans *Gaudet c. Gaudet* (2009), 350 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 237, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 223 (C.A.) (QL), la Cour s'est penchée sur les principes régissant l'octroi d'une prolongation du délai de dépôt d'un avis d'appel :

Les demandes de prolongation du délai d'appel sont assujetties aux principes établis par le juge d'appel Ryan dans l'affaire *Atlantic Pressure Treating Ltd. c. Bay Chaleur Construction* (1981) Ltd. (1987), 81 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 165 (C.A.), [1987] A.N.-B. n<sup>o</sup> 528 (QL) :

[TRADUCTION]

[...] [L]a règle de base à suivre pour trancher une demande de prolongation de délai d'appel est que l'autorisation devrait être accordée si la justice le commande.

[...]

En général, l'intention d'interjeter appel doit être formée avant que le délai d'appel ne soit expiré. Cependant, si une règle est nécessaire, il faudrait que ce soit que le juge qui entend la motion est obligé, au-delà de toute autre considération, de rendre justice dans chaque cas particulier [par. 7].

Ces principes ont été retenus dans *Naderi c. Strong* (2005), 280 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 379, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 67 (QL), 2005 NBCA 10, affaire où la Cour a précisé que :

[...] [P]our rendre justice dans un cas particulier, il faut soupeser le préjudice que causerait aux deux parties la décision d'accorder ou de refuser la prolongation de délai. L'intention de faire appel dans le délai prescrit et les raisons fournies par l'appelant éventuel pour expliquer le dépassement du délai sont des facteurs à considérer ainsi que toute preuve d'un préjudice réel dont serait victime l'autre partie par suite du délai accordé. Il importe également, aux fins de l'équation, de déterminer s'il existe une question sérieuse devant faire l'objet de l'appel [...] par opposition à une question

qui serait frivole ou vexatoire. Autrement dit, existe-t-il des arguments soutenable à présenter à la Cour? Voir *Duke c. B.L.E.*, [1989] A.N.-B. n° 716 (C.A.), motifs du juge en chef Stratton, et *Doug's Recreation Centre Ltd. et al. c. Polaris Industries Ltd.* (2001), 237 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 190, 612 A.P.R. 190 (C.A.), motifs du juge d'appel Robertson. La pondération de ces facteurs et de tout autre facteur pertinent permettra au juge saisi d'une requête de s'assurer que justice sera rendue dans ce cas particulier.

Dans l'arrêt *R. c. Roberge*, [2005] 2 R.C.S. 469, [2005] B.C.J. No. 49 (QL), 2005 CSC 48, la Cour suprême, contrairement à son habitude, a indiqué les motifs de son refus de faire droit à la requête en prolongation du délai de demande d'autorisation d'appel. Dans cette affaire, le requérant souhaitait obtenir une prolongation du délai imparti pour interjeter appel d'un jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Il n'avait signifié ni déposé aucun avis de demande d'autorisation d'appel dans les 60 jours, comme l'exige l'al. 58(1)a) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. Quatre mois après l'expiration du délai, il avait demandé une prolongation de celui-ci. Il a expliqué que, le jour suivant la date du jugement de la Cour d'appel, il avait donné l'instruction de demander une autorisation d'appel à son avocat et celui-ci avait communiqué cette intention au substitut du procureur général huit jours plus tard. Toutefois, un concours de circonstances diverses avait eu pour effet de retarder le dépôt de la demande d'autorisation d'appel, notamment un accident au cours duquel un associé principal du cabinet juridique qui représentait M. Roberge avait été grièvement blessé, puis le départ en congé prévu d'une durée d'environ deux mois et demi de l'associé en question et, enfin, le congé de maternité d'une autre membre du cabinet, ce qui avait contraint l'avocat de M. Roberge à assumer un volume de travail additionnel.

En rejetant la requête en prolongation du délai présentée par M. Roberge, la Cour suprême a fourni l'explication suivante :

Le paragraphe 59(1) de la *Loi* confère le pouvoir discrétionnaire de proroger un délai dans des circonstances déterminées. Bien qu'elle ait traditionnellement adopté une approche libérale en la matière, la Cour tient compte d'un certain nombre de facteurs dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, dont :

1. la question de savoir si le demandeur avait véritablement l'intention de demander l'autorisation d'appel et s'il a fait part de cette intention à la partie adverse dans le délai prescrit;
2. la question de savoir si l'avocat a présenté la demande de manière diligente;

3. la question de savoir si le retard a fait l'objet d'une explication satisfaisante;
4. la longueur du retard;
5. la question de savoir si la décision d'accorder ou de refuser la prorogation de délai causera un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties;
6. le bien-fondé de la demande d'autorisation d'appel.

En définitive, il faut toujours se demander si, eu égard aux circonstances et compte tenu des facteurs susmentionnés, la prorogation de délai s'impose pour que justice soit rendue. [par. 6]

Tout en affirmant avoir de la sympathie pour les difficultés que son avocat avait éprouvées, la Cour suprême n'en a pas moins rejeté la requête en prorogation de délai de M. Roberge. Elle a expliqué que bien que l'intention de demander l'autorisation dans le délai prescrit ait été formée de bonne foi et qu'elle ait été communiquée à l'avocat de la partie adverse, le retard quant à lui n'avait pas été suffisamment expliqué. La Cour a jugé que le retard de quatre mois qui s'était écoulé à l'expiration du délai de 60 jours prescrit par la *Loi sur la Cour suprême* était long et ne pouvait pas excuser l'avocat de ne pas avoir organisé son emploi du temps de manière à pouvoir déposer la demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême. [Par. 5 à 9.]

[6] Les mêmes principes régissent, pour la plupart, l'octroi d'une prolongation du délai de mise en état d'un appel. Manifestement, la question de l'intention d'interjeter appel dans le délai prescrit ne se pose pas. La question qui se pose est celle de savoir si la partie appelante a abandonné l'intention d'appeler. Les autres facteurs, cependant, sont tous applicables. J'ajouterai qu'attendre la tenue d'une audience sur l'état de l'instance, au lieu de présenter une motion en prolongation du délai de mise en état, peut être une forte indication de l'exercice ou non de diligence par la partie appelante, voire de l'abandon possible de l'intention d'appeler.

[7] Dans *H.A.W. c. Les Soeurs de la Charité de l'Immaculée Conception et le Roman Catholic Bishop of Saint John*, 2006 NBCA 12, 296 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 196, la Cour a déclaré ce qui suit :

Il est bien établi en droit que, si un appelant n'a pas abandonné l'intention d'interjeter appel et s'il a une cause défendable, le rejet d'un

appel pour inobservation de la règle 62.15 n'est indiqué que lorsqu'il est démontré que les intérêts de la justice seraient mal servis par une mesure moins draconienne : *Canadian Union of Public Employees Local 76 c. Campbellton, City of* (1983), 46 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 83 (C.A.), et *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires) c. A.N. et Y.N.* (2002), 255 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1 (C.A.).

[8] À mon sens, déterminer ce qui sert les intérêts de la justice exige de la cour qu'elle mette en balance tous les facteurs en tenant compte du principe premier, qui appelle à rendre justice dans chaque cas particulier. Dans *H.A.W.*, la Cour a conclu que l'appelant n'avait pas de cause défendable et que le retard portait préjudice à la partie intimée. Il n'était donc pas dans l'intérêt de la justice de proroger le délai de mise en état de l'appel. Dans *Dykeman c. Dykeman*, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 556 (C.A.) (QL), comme dans *Royal Bank of Canada c. Profor Kedgwick Ltée*, [2007] A.N.B. n<sup>o</sup> 466 (C.A.) (QL), les facteurs jouaient en faveur d'une prolongation du délai. Par contre, dans *R. c. McIntyre (C.D.) et al.* (2009), 349 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 335 (C.A.) (QL), le juge d'appel Bell a pesé les facteurs et rejeté la motion en prolongation du délai de mise en état.

[9] Le 27 octobre 2010, M. Burgess a déposé un avis d'appel contre une décision orale qui avait été rendue à la Cour du Banc de la Reine le 27 septembre 2010. Dans cet avis, il demande qu'une ordonnance provisoire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse portant sur la garde de ses enfants soit [TRADUCTION] « inscrite et assimilée à une ordonnance des tribunaux du Nouveau-Brunswick », et que des dépens lui soient accordés. Les transcriptions ont été déposées en janvier 2011; l'appel, donc, aurait dû être mis en état le mois suivant. M. Burgess n'a toutefois pas mis en état son appel dans le délai imparti par la règle 62.15(1) et il lui faut, de ce fait, une prolongation de délai. Je suis prié de statuer en vertu de la règle 62.15.1(7) dans le cadre d'une audience sur l'état de l'instance.

[10] Il ressort du dossier que M. Burgess s'est affairé diligemment à la mise en état de son appel. Les diverses versions du cahier d'appel qu'il a produites ont été rejetées pour non-conformité aux *Règles*. Il a eu peine, surtout, à obtenir de la Cour du Banc de la Reine le jugement officiel que le cahier d'appel doit contenir en application de la règle

62.13(1)f). Il est on ne peut plus évident, vu le dossier, que M. Burgess n'a jamais abandonné l'intention d'appeler, qu'il a tâché diligemment de mettre l'appel en état et que l'explication qu'il a donnée du retard se tient. Le retard n'est pas long, non plus, et la démonstration d'un préjudice imputable au retard proprement dit n'a pas été faite. Il a toutefois été indiqué précédemment que ces facteurs ne sont pas les seuls qui entrent en ligne de compte. Il faut se demander également si M. Burgess a une cause défendable en appel.

[11] Il m'apparaît, à la lecture du dossier, que les faits essentiels sont les suivants. Les parties se sont mariées en 1993, ont eu deux enfants et se sont séparées en 2007. Le divorce a été prononcé par la Cour suprême des Bermudes en 2008. En 2009, M. Burgess s'est installé en Nouvelle-Écosse avec les deux enfants. M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess habitait New York à l'époque. En octobre 2009, M. Burgess a demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de confirmer les dispositions prises par les parties, qui lui conféraient la charge quotidienne des enfants. Les parties se sont prêtées à une conciliation; il devait y avoir audience en janvier 2010.

[12] En novembre 2009, un déménagement a amené M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess au Nouveau-Brunswick et les enfants se sont mis à rendre visite à leur mère régulièrement. Par la suite, elle a fait part à M. Burgess de son projet de s'installer en Nouvelle-Écosse pour se rapprocher des enfants. La demande présentée au tribunal néo-écossais a donc été retirée pour permettre aux parties d'essayer de s'entendre sur la garde conjointe. Comme l'entente ne se matérialisait pas, M. Burgess a décidé d'avoir recours, encore une fois, aux tribunaux de la Nouvelle-Écosse.

[13] Après avoir reçu la visite des enfants au Nouveau-Brunswick le week-end de la fête des Mères, M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess a refusé de les renvoyer en Nouvelle-Écosse. Le lendemain, M. Burgess a demandé l'intervention des tribunaux néo-écossais. De son côté, M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess s'est adressée à la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. La demande présentée en Nouvelle-Écosse a été entendue la première, *ex parte*, et le juge a prononcé une ordonnance provisoire qui accordait à M. Burgess la garde des enfants sous le régime d'une loi de cette province, la



*Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160. Il a ordonné le retour des enfants en Nouvelle-Écosse et prévu la tenue d'une audience ultérieure. M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess ne s'est pas conformée à l'ordonnance de la Nouvelle-Écosse. M. Burgess a présenté, au Nouveau-Brunswick, une demande de reconnaissance et d'exécution de cette ordonnance en application des par. 130.2(1) et 130.2(2) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2.

[14] Il semble que plusieurs rencontres ou conférences téléphoniques avec un juge de la Cour du Banc de la Reine aient eu lieu. Des ordonnances provisoires ont été rendues au Nouveau-Brunswick. Comme M. Burgess, à un certain moment, gardait les enfants en Nouvelle-Écosse, le juge du Nouveau-Brunswick a prononcé une ordonnance par laquelle, entre autres, il prescrivait que le procès devait avoir lieu dès que possible et enjoignait à M. Burgess, pour pouvoir exercer l'accès à ses enfants en Nouvelle-Écosse, de [TRADUCTION] « présenter à la Cour une preuve de la suspension, jusqu'à solution définitive de la présente affaire au Nouveau-Brunswick, des mesures d'exécution prises sur le fondement de l'ordonnance provisoire modifiée du 21 mai 2010 et de l'ordonnance du 16 juin 2010 de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ».

[15] Le dossier semble indiquer que les parties ont été en mesure de résoudre certains des points litigieux au cours de l'été 2010. Le 5 août 2010, une ordonnance a été rendue en Nouvelle-Écosse, à laquelle les parties ont toutes deux consenti, constatant qu'elles convenaient de se soumettre à la juridiction des tribunaux néo-écossais pour régler les questions de la garde et de l'accès, et que M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess s'engageait à [TRADUCTION] « faire le nécessaire en vue de l'annulation de toutes les ordonnances actuelles de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick ». M. Burgess a ensuite demandé que cette ordonnance provisoire soit reconnue au Nouveau-Brunswick.

[16] La motion de M. Burgess sollicitant que l'ordonnance du 5 août 2010 soit reconnue au Nouveau-Brunswick devait être entendue le 27 septembre 2010. Or, il s'est trouvé dans l'impossibilité de comparaître ce jour-là, et ses demandes d'ajournement ou de tenue de l'audience par conférence téléphonique ont été rejetées. Lors de l'audience, l'avocat de M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess a annoncé au juge de la Cour du Banc de la Reine

que sa cliente retirait la demande qu'elle avait déposée au Nouveau-Brunswick, et qu'elle avait convenu de se soumettre à la juridiction des tribunaux de la Nouvelle-Écosse. Le juge a alors indiqué qu'il refusait d'entendre les motions que M. Burgess avait déposées précédemment, et il en a donné la raison suivante : [TRADUCTION] « [Je dispose] de preuve et d'indications, au dossier, qui attestent que M. Burgess s'est rendu coupable d'outrage par désobéissance à l'une de mes ordonnances [...] et, tant que cet outrage n'aura pas été réparé, je n'entendrai pas ces arguments. » Quant aux motions récentes de M. Burgess (dont la motion en reconnaissance de l'ordonnance provisoire rendue le 5 août 2010 en Nouvelle-Écosse), le juge a indiqué : [TRADUCTION] « [Elles] seront rejetées, puisque je n'ai... il n'a pas qualité pour agir au Nouveau-Brunswick et pour demander la reconnaissance d'ordonnances de la Nouvelle-Écosse à ce stade-ci. » En janvier 2011, un avis de désistement a été déposé au nom de M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess. Il portait qu'elle se désistait de la demande présentée au Nouveau-Brunswick et ajoutait : [TRADUCTION] « [Le] désistement fera obstacle à la présentation de toute demande par [elle], au Nouveau-Brunswick, relativement aux faits énoncés dans les plaidoiries. » L'avis de désistement, auquel M. Burgess a acquiescé, précise que les parties conviennent que la décision définitive, en matière de garde et d'accès, sera rendue en Nouvelle-Écosse, province dont les enfants sont habituellement résidents.

[17] M. Burgess interjette donc appel de la décision que le juge a rendue le 27 septembre 2010. Il prie notre Cour d'infirmen cette décision, de telle sorte que l'ordonnance provisoire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse datée du 5 août 2010 soit reconnue au Nouveau-Brunswick.

[18] Lors de l'audience sur l'état de l'instance, les parties m'ont indiqué que les tribunaux de la Nouvelle-Écosse avaient statué, entre-temps, sur la garde et sur l'accès. Il semble régner maintenant entre elles une harmonie relative, pour ce qui concerne les enfants. M. Burgess soutient qu'il devrait être admis néanmoins à poursuivre son appel, de crainte que quelqu'un n'invoque un jour les ordonnances provisoires prononcées au Nouveau-Brunswick, en 2010, par le juge Cour du Banc de la Reine. Il conteste en outre que la Cour ait été fondée à affirmer, le 27 septembre 2010, qu'elle disposait d'indications attestant un outrage au tribunal de sa part. M. Burgess maintient qu'il doit

lui être permis de poursuivre sa demande de reconnaissance au Nouveau-Brunswick de l'ordonnance provisoire des tribunaux de la Nouvelle-Écosse datée du 5 août 2010.

[19] Les craintes de M. Burgess sont sans fondement. Chacune des ordonnances provisoires prononcées au Nouveau-Brunswick a été rendue dans le contexte d'une procédure dont l'intimée s'est aujourd'hui désistée. Lorsqu'elle s'est désistée de la procédure principale, ces ordonnances provisoires sont devenues caduques (*Greco c. Greco*, [2000] O.J. No. 3594 (C. sup. Ont.) (QL), *Duffield c. Duffield*, [1988] O.J. No. 757 (C. dist. Ont.) (QL), *Dutchak c. Dutchak*, [1994] S.J. No. 322 (C.B.R. Sask.) (QL), jugement confirmé sur ce point dans [1995] S.J. No. 48 (C.A. Sask.) (QL)). Il ne s'agit pas, ici, d'une cause où l'on se serait désisté de l'action principale dans le dessein de se soustraire à une ordonnance provisoire, comme ce fut le cas dans *Angelopoulos c. Angelopoulos* (1986), 55 O.R. (2d) 101, [1986] O.J. No. 616 (H.C.J. Ont.) (QL), et dans *Elguindy c. Prince*, [2000] O.J. No. 3143 (C. sup. Ont.) (QL).

[20] De même, quoique le juge ait indiqué qu'il disposait d'une preuve d'outrage, il apparaît, à la lecture de la transcription, qu'il n'a pas déclaré M. Burgess coupable d'outrage suivant la règle 76. Il a bel et bien refusé, toutefois, d'entendre les motions que M. Burgess avait déposées précédemment. Que le juge ait eu tort ou raison sur ce point n'importe plus. Les motions qu'il a refusé d'entendre avaient trait à une ordonnance de garde provisoire, rendue en Nouvelle-Écosse, qui n'est plus en vigueur. De ce fait, il est impossible à la Cour d'appel d'accorder une mesure réparatoire à M. Burgess pour le refus du juge d'entendre ces motions. La même difficulté fait entrave à l'appel que M. Burgess souhaite interjeter de la décision que le juge a rendue à l'égard de l'ordonnance provisoire du 5 août 2010. Les ordonnances provisoires des tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont été remplacées par une ordonnance de garde prononcée après que les parties ont convenu de s'en remettre du règlement du litige aux tribunaux du ressort néo-écossais. En d'autres termes, les ordonnances provisoires dont M. Burgess demandait la reconnaissance au Nouveau-Brunswick ne sont plus en vigueur, parce que remplacées par une ordonnance ultérieure. Débattre en appel d'ordonnances caduques serait sans portée pratique. S'il est compréhensible que les décisions que le juge a rendues en

l'espèce le contraire, M. Burgess ne peut tout simplement pas, néanmoins, obtenir de mesure réparatoire en Cour d'appel.

[21] En somme, les facteurs que la Cour doit soupeser pour déterminer si elle doit ou non prolonger le délai accordé à M. Burgess pour la mise en état de son appel jouent tous en sa faveur sauf un, mais le facteur défavorable à sa demande est décisif dans les circonstances. M. Burgess ne me paraît tout simplement pas avoir de cause défendable en appel, car il ne peut obtenir de mesure réparatoire de notre Cour. Le débat ne serait que théorique. Il ne sert donc pas les intérêts de la justice que je prolonge le délai.

[22] Pour les motifs qui précèdent, j'exerce le pouvoir que confère au juge la règle 62.15(7)c) et je rejette l'appel. Puisque M<sup>me</sup> McKinnon-Burgess n'était pas représentée par un avocat, et qu'il ne se présente pas de circonstances extraordinaires, je n'accorde pas de dépens.