



A.L.

INTENDED APPELLANT

- and -

M.F.L.

INTENDED RESPONDENT

A.L.

APPELANT ÉVENTUEL

-et-

M.F.L.

INTIMÉE ÉVENTUELLE

Motion heard by:
The Honourable Justice Baird

Motion entendue par :
l'honorable juge Baird

Date of hearing:
July 7, 2020

Date de l'audience :
le 7 juillet 2020

Date of decision:
July 30, 2020

Date de la décision :
le 30 juillet 2020

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

A.L., on his own behalf

A.L., en son propre nom

For the intended respondent:
Michael R. Young

Pour l'intimée éventuelle :
Michael R. Young

DECISION

I. Introduction

[1] Mr. L. seeks leave to appeal an interlocutory order which granted joint custody of a child, A.L., born September 21, 2017, to the parents, but granted the intended respondent the authority to relocate to another province in Canada. The order was issued pursuant to the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2. There are several problems with the father's motion.

[2] The Registrar's file consists of an unsigned Notice of Motion for Leave to Appeal. The father, although represented by legal counsel for the motion hearing in the court below, represents himself for the purposes of the present motion. A review of the Registrar's file shows the father received explicit instructions from that office concerning what process he was required to follow, what documents he was to file, and when. He did not comply.

II. Background

[3] First, the motion for leave to appeal was filed one day late. There is authority in Rule 62.03 of the *Rules of Court* to extend the period of time to file and serve a motion for leave to appeal. The authority is generally exercised in the following, non-exhaustive circumstances:

- a) When it is clear the intended appellant formed a *bona fide* intention to appeal and communicated it to the opposite party;
- b) When the intended appellant moved quickly;
- c) When the explanation for the delay is acceptable;

- d) The extent of the delay;
- e) When undue prejudice would arise as a result of the refusal to grant an extension, or as a result of granting the extension;
- f) If there is merit to the intended appeal.

See *A.A. v. Province of New Brunswick* (2013), 414 N.B.R. (2d) 30, [2013] N.B.J. No. 363 (C.A.) (QL).

[4] I have considered Mr. L.'s request to extend the time to file his motion for leave, in the context of the above factors. I conclude the following: he formed the intention to appeal, he acted quickly, he was one day late in filing the motion, and there is no prejudice to the intended respondent as a result. I will grant the extension. However, the above does not end the procedural problems for Mr. L.

[5] Prior to the motion judge's decision, filed June 26, 2020, there were two interim orders granted by the Case Management Master. By interim order, filed December 20, 2019, the primary residence of A.L. was granted to the intended respondent, with access to Mr. L.

[6] By interim order, filed January 23, 2020, further refinements to the previous order were put in place, largely as the result of Mr. L.'s allegations the intended respondent was not "following" the interim order.

[7] The motion for interim custody was heard June 5 and 10, 2020, which resulted in an oral decision on June 10, 2020. The motion judge granted interim joint custody to the parents, with specific access and visitation provisions, and she granted the intended respondent permission to relocate with the child, as noted.

[8] The motion for leave to appeal was filed several times due to procedural errors that were noted by the Registrar's office. I will chronicle the email exchanges between that office and Mr. L.:

- a) An unsigned and undated motion for leave to appeal was sent by email on June 18, 2020;
- b) The Registrar's office advised on June 18, 2020, that Mr. L. was required to "complete" the Form 62A and "do" an affidavit in support and on receipt, a date would be assigned for the motion;
- c) On June 18, 2020, another motion for leave to appeal was sent by email to the Registrar's office. It too was unsigned by Mr. L. and there was no affidavit filed in support;
- d) On June 18, 2020, at 3:34 p.m., Mr. L. requested permission to file the affidavit in the "next couple of days." He was instructed by the Registrar's office that he was "also supposed to file an affidavit in support" of the motion;
- e) Mr. L. replied: "can I send the affidavit in the next couple of days?";
- f) The Registrar's office replied on June 18, 2020, that he could; however, he would "need to serve the motion and affidavit on the other side";
- g) On June 18, 2020, at 3:42 p.m., Mr. L. advised he would "work through the weekend on the affidavit";
- h) On June 19, 2020, at 9:27 a.m., the Registrar's office advised Mr. L. he would need to request an extension of time to file the motion;

- i) On June 19, 2020, at 9:52 a.m., the Registrar's office requested that Mr. L. advise of the name and contact information of the "solicitor on your Notice of Motion" and rescan and send it;
- j) Mr. L. was advised on the same date to insert July 7, 2020, at 10:00 a.m. on his motion;
- k) On June 24, 2020, at 9:51 a.m., a further motion for leave to appeal was filed, undated and unsigned, and without a supporting affidavit;
- l) On June 24, 2020, at 11:24 a.m., the Registrar's office advised Mr. L. that he needed to "sign and date" his motion for leave to appeal, he needed an affidavit and he needed to provide proof of service;
- m) On June 24, 2020, at 11:25 a.m., the Registrar's office sent Mr. L. an email stating there still was no request for an extension of time;
- n) On June 25, 2020, at 4:04 p.m., Mr. L. emailed the "latest version" of the motion for leave to appeal. It too was undated, unsigned, did not request an extension of time and was not accompanied by an affidavit;
- o) On June 25, 2020, the Registrar's office advised Mr. L. that there was still no request for an extension of time, and there were only two pages sent, with a blank, third page;
- p) On June 25, 2020, teleconference instructions were sent to counsel of record for the intended appellant and the intended respondent;
- q) On June 26, 2020, counsel for the intended respondent advised she no longer represented her;

- r) On July 6, 2020, Mr. L. advised the Registrar's office he intended to file an affidavit that day.

[9] Mr. L. did not file an affidavit in support of his motion. When asked, he stated he needed more time to do so. In reviewing the file in preparation for the hearing, I requested a copy of the previous orders. A copy of the decision was provided by the Registrar's office in advance of the hearing. Because this case involves the custody of a young child, and mobility is in play, out of an abundance of caution, I allowed both parties to make submissions on July 7. I also ordered a copy of the CD of the proceedings before the lower court. I did so for several reasons:

- a) The record revealed a self-represented litigant, unfamiliar with the *Rules*;
- b) This was an interim custody order in a mobility case; and
- c) There was no affidavit in support of the motion.

[10] Non-compliance with the *Rules* is governed by Rule 2, which permits a court to dispense with compliance in the interests of justice and where it is clear no prejudice would arise. I have considered Mr. L.'s failure to comply with the *Rules*, despite repeated instructions to do so, in this context, and I have adopted a generous and liberal approach to his motion, because it involves the best interests of a young child (see *Davis v. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 N.B.R. (2d) 232 at para. 33).

[11] Leaving aside the procedural issues, I am satisfied the decision of the lower court was correct, in these circumstances. Rule 62.03(4) sets out the factors a judge hearing such a motion "may" consider:

- a) whether there is a conflicting decision by another judge or court upon a question involved in the proposed appeal;

- b) whether he or she doubts the correctness of the order or decision in question;
or
- c) whether he or she considers the proposed appeal involves matters of importance, such that the Court would want to clarify a legal question, or there has been a clear error in the way the lower court has dealt with either a question of law, or fact, or mixed law and fact.

[12] I conclude there is no conflicting decision. I do not doubt the correctness of the order and there is no error either in law or in fact. As stated recently by the Court in *J.C.P. v. A.D.P.*, [2018] N.B.J. No. 54 (C.A.) (QL), by Richard J.A. (as he then was):

The purpose of an interim order was described in *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (QL):

The purpose of an interim order is to cover a short period of time between the making of the order and trial. By necessity, the order is made on limited evidence: usually by affidavit. It is designed to “provide a reasonably acceptable solution to a difficult problem until trial”, to use the words of Zuber J.A. in *Sypher v. Sypher*, [1986] O.J. No. 536, online: QL (OJ) (Ont. C.A.), adopted by Rice J.A. of this Court in *Wentzell v. Wentzell*, [1999] N.B.J. No. 25, online: QL (NBJ), which case was in turn relied upon by Robertson J.A. in *Piercy v. Foreman*, [2003] N.B.J. No. 76, online: QL (NBJ). In the *Sypher* case, Zuber J.A. reasoned that “an appellate court should not interfere with an interim order unless it is demonstrated that the interim order is clearly wrong and exceeds the wide ambit of reasonable solutions that are available on a summary interim proceeding.”
I agree. [para. 4]

[para. 9]

See also *D.A. v. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 N.B.R. (2d) 203; and *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388.

[13] Mr. L. submitted he wants a new hearing before a different judge. There is nothing in the record to persuade me the matter should be referred, nor am I persuaded to depart from the generally accepted approach to appeals from interim custody orders.

III. Disposition

[14] The motion for leave to appeal is therefore dismissed with costs of \$750.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction

[1] M. L. demande l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance interlocutoire qui accordait la garde conjointe d'un enfant, A.L., né le 21 septembre 2017, aux parents, mais qui accordait à l'intimée éventuelle le pouvoir d'aller s'établir dans une autre province du Canada. L'ordonnance a été rendue sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. La motion du père pose plusieurs problèmes.

[2] Le dossier de la registraire consiste en un avis de motion non signé demandant l'autorisation d'appel. Le père, bien qu'il ait été représenté par un avocat à l'audition de la motion au tribunal d'instance inférieure, se représente lui-même aux fins de la présente motion. Un examen du dossier de la registraire montre que le père a reçu de ce bureau des instructions explicites concernant la procédure qu'il était tenu de suivre, les documents qu'il devait déposer et le délai pour ce faire. Il n'a pas suivi les instructions.

II. Contexte

[3] Tout d'abord, la motion en autorisation d'appel a été déposée un jour en retard. La règle 62.03 des *Règles de procédure* établit le pouvoir de prolonger le délai pour déposer et signifier une motion en autorisation d'appel. Ce pouvoir est généralement exercé, entre autres, dans les circonstances suivantes :

- a) quand il est clair que l'appelant éventuel avait véritablement l'intention d'interjeter appel et a fait part de cette intention à la partie adverse;
- b) quand l'appelant éventuel a agi rapidement;

- c) quand l'explication du retard est acceptable;
- d) la longueur du retard;
- e) quand un préjudice indu résulterait du refus d'accorder une prolongation ou du fait d'accorder la prolongation;
- f) si l'appel éventuel est bien fondé.

Voir *A.A. c. Nouveau-Brunswick* (2013), 414 R.N.-B. (2^e) 30, [2013] A.N.-B. n° 363 (C.A.) (QL).

[4] J'ai examiné la demande présentée par M. L. en vue de la prolongation du délai pour déposer sa motion en autorisation d'appel, compte tenu des facteurs ci-dessus. Mes conclusions sont les suivantes : il a l'intention d'interjeter appel, il a agi rapidement, il a déposé la motion un jour en retard, et aucun préjudice n'est causé à l'intimée éventuelle en conséquence. Je vais accorder la prolongation. Toutefois, les problèmes de procédure de M. L. ne finissent pas là.

[5] Avant que ne soit déposée, le 26 juin 2020, la décision de la juge saisie de la motion, deux ordonnances provisoires ont été accordées par le conseiller-maître chargé de la gestion des causes. Par une ordonnance provisoire déposée le 20 décembre 2019, le domicile principal de A.L. a été accordé à l'intimée éventuelle, assorti d'un droit d'accès en faveur de M. L.

[6] Par une ordonnance provisoire déposée le 23 janvier 2020, des raffinements ont été apportés à l'ordonnance précédente, en grande partie par suite des allégations de M. L. selon lesquelles l'intimée éventuelle ne [TRADUCTION] « respectait » pas l'ordonnance provisoire.

[7] La motion visant la garde provisoire a été entendue les 5 et 10 juin 2020 et a eu pour résultat une décision orale rendue le 10 juin 2020. La juge saisie de la motion a accordé la garde provisoire conjointe aux parents, assortie de dispositions spécifiques concernant l'accès et les visites, et elle a accordé à l'intimée éventuelle la permission de déménager avec l'enfant, comme je l'ai indiqué.

[8] La motion en autorisation d'appel a été déposée plusieurs fois par suite d'erreurs de procédure qui ont été signalées par le bureau de la registraire. Voici un compte rendu des échanges de courriels entre ce bureau et M. L. :

- a) Une motion en autorisation d'appel non signée et non datée a été envoyée par courriel le 18 juin 2020.
- b) Le bureau de la registraire a indiqué le 18 juin 2020 que M. L. était tenu de [TRADUCTION] « remplir » la formule 62A et de [TRADUCTION] « faire » un affidavit à l'appui et que, sur réception de ceux-ci, une date serait fixée pour l'audition de la motion.
- c) Le 18 juin 2020, une autre motion en autorisation d'appel a été envoyée par courriel au bureau de la registraire. Elle non plus n'était pas signée par M. L., et aucun affidavit à l'appui n'a alors été déposé.
- d) Le 18 juin 2020, à 15 h 34, M. L. a demandé la permission de déposer l'affidavit dans les [TRADUCTION] « prochains jours ». Le bureau de la registraire l'a informé qu'il était [TRADUCTION] « également censé déposer un affidavit à l'appui » de la motion.
- e) M. L. a répondu : [TRADUCTION] « Est-ce que je peux envoyer l'affidavit dans les prochains jours? »

- f) Le bureau de la registraire a répondu le 18 juin 2020 qu'il le pouvait; toutefois, il [TRADUCTION] « devrait signifier la motion et l'affidavit à l'autre partie ».
- g) Le 18 juin 2020, à 15 h 42, M. L. a indiqué qu'il [TRADUCTION] « travaillerait à l'affidavit pendant la fin de semaine ».
- h) Le 19 juin 2020, à 9 h 27, le bureau de la registraire a informé M. L. qu'il faudrait qu'il demande une prolongation de délai pour déposer la motion.
- i) Le 19 juin 2020, à 9 h 52, le bureau de la registraire a demandé à M. L. d'indiquer le nom et les coordonnées de [TRADUCTION] l'« avocat pour votre avis de motion », de balayer de nouveau le document et de le renvoyer.
- j) Le même jour, il a été demandé à M. L. d'inscrire le 7 juillet 2020, à 10 h, sur sa motion.
- k) Le 24 juin 2020, à 9 h 51, une autre motion en autorisation d'appel a été déposée, non datée, non signée et sans affidavit à l'appui.
- l) Le 24 juin 2020, à 11 h 24, le bureau de la registraire a avisé M. L. qu'il devait [TRADUCTION] « signer et dater » sa motion en autorisation d'appel, qu'il avait besoin d'un affidavit et qu'il devait fournir une preuve de signification.
- m) Le 24 juin 2020, à 11 h 25, le bureau de la registraire a envoyé à M. L. un courriel affirmant qu'il n'avait pas encore fait de demande de prolongation de délai.
- n) Le 25 juin 2020, à 16 h 4, M. L. a envoyé par courriel la [TRADUCTION] « dernière version » de la motion en autorisation d'appel. Elle non plus n'était

pas datée ni signée, ne demandait pas une prolongation de délai et n'était pas accompagnée d'un affidavit.

- o) Le 25 juin 2020, le bureau de la registraire a informé M. L. qu'il n'y avait toujours pas de demande de prolongation de délai et que seulement deux pages avaient été envoyées, accompagnées d'une troisième page en blanc.
- p) Le 25 juin 2020, des instructions au sujet de la conférence téléphonique ont été envoyées aux avocats commis au dossier de l'appelant éventuel et de l'intimée éventuelle.
- q) Le 26 juin 2020, l'avocate de l'intimée éventuelle a indiqué qu'elle ne la représentait plus.
- r) Le 6 juillet 2020, M. L. a avisé le bureau de la registraire qu'il avait l'intention de déposer un affidavit ce jour-là.

[9] M. L. n'a pas déposé d'affidavit à l'appui de sa motion. Quand on le lui a demandé, il a affirmé qu'il avait besoin de plus de temps pour le faire. Lorsque j'ai examiné le dossier en préparation pour l'audience, j'ai demandé une copie des ordonnances précédentes. Une copie de la décision a été fournie par le bureau de la registraire en prévision de l'audience. Puisqu'il s'agit en l'espèce de la garde d'un jeune enfant et que la mobilité est en cause, par surcroît de prudence, j'ai permis aux deux parties de faire des observations le 7 juillet. J'ai également commandé une copie du disque compact des débats devant le tribunal d'instance inférieure. J'ai agi ainsi pour plusieurs raisons :

- a) Le dossier a révélé qu'un plaideur, qui ne connaissait pas les *Règles*, se représentait lui-même.
- b) Il s'agissait d'une ordonnance de garde provisoire dans une affaire de mobilité.

- c) Il n'y avait pas d'affidavit à l'appui de la motion.

[10] L'observation des *Règles* est régie par la règle 2, qui permet à la cour de dispenser de l'observation d'une règle dans l'intérêt de la justice, s'il est clair qu'aucun préjudice ne s'ensuivra. J'ai réfléchi dans ce contexte au défaut de M. L. d'observer les *Règles*, malgré des instructions répétées lui demandant de le faire, et j'ai adopté une attitude généreuse et libérale pour traiter sa motion, parce qu'il s'agit de l'intérêt supérieur d'un jeune enfant (voir *Davis c. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 R.N.-B. (2^e) 232, au par. 33).

[11] Mises à part les questions de procédure, je suis convaincue que la décision du tribunal d'instance inférieure était correcte dans les circonstances. La règle 62.03(4) énonce les facteurs que le juge qui entend une telle motion « peut » prendre en considération :

- a) l'existence d'une décision contraire d'un autre juge ou d'un tribunal sur une question soulevée dans le projet d'appel;
- b) le bien-fondé de l'ordonnance ou de la décision en question;
- c) le fait que le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante, de telle sorte que la cour voudrait éclaircir une question juridique, ou qu'il y a clairement eu erreur dans la manière dont le tribunal d'instance inférieure a traité une question de droit, une question de fait ou une question mixte de droit et de fait.

[12] Je conclus qu'il n'y a pas de décision contraire. Je ne doute pas du bien-fondé de l'ordonnance, et il n'y a pas d'erreur de droit ni de fait. Comme la Cour l'a affirmé récemment dans l'arrêt *J.C.P. c. A.D.P.*, [2018] A.N.-B. n° 54 (C.A.) (QL), motifs du juge d'appel Richard (tel était alors son titre) :

L'arrêt *Legault c. Rattray*, [2003] A.N.-B. n° 442 (QL), explique ce que vise une ordonnance provisoire :

[TRADUCTION]

Une ordonnance provisoire vise à couvrir une courte période se situant entre le moment où l'ordonnance est rendue et le procès. Par nécessité, l'ordonnance est rendue sur le fondement d'une preuve limitée, habituellement par affidavit. L'objet de l'ordonnance, pour reprendre les propos du juge Zuber dans la décision *Sypher c. Sypher* (C.A. Ont.), [1986] O.J. No. 536 (C.A. Ont.), est de [TRADUCTION] « fournir, jusqu'au procès, une solution raisonnablement acceptable à un problème difficile ». Ces propos ont aussi été repris par le juge Rice de notre Cour dans l'arrêt *Wentzell c. Wentzell*, [1999] A.N.-B. n° 25 (A.N.-B.), sur lequel s'est fondé à son tour le juge Robertson dans l'arrêt *Piercy c. Foreman*, [2003] A.N.-B. n° 76 (A.N.-B.). Dans la décision *Sypher*, le juge Zuber a suivi le raisonnement suivant : [TRADUCTION] « [U]n tribunal d'appel ne devrait pas intervenir dans une ordonnance provisoire à moins qu'il ne soit démontré que l'ordonnance provisoire est manifestement erronée et qu'elle dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires amorcées par voie sommaire. » Je souscris à ces propos. [Par. 4]

[par. 9]

Voir aussi *D.A. c. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 R.N.-B. (2^e) 203, et *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2^e) 388.

[13] M. L. a déclaré qu'il veut une nouvelle audience devant un autre juge. Le dossier ne contient rien qui pourrait me convaincre que l'affaire devrait être renvoyée en première instance, et je ne suis pas convaincue non plus de m'écarter de la façon généralement reconnue de traiter les appels formés contre des ordonnances de garde provisoires.

III. Dispositif

[14] La motion en autorisation d'appel est en conséquence rejetée, avec des dépens de 750 \$.