

COUR OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

45-22-CA

C.S.

INTENDED APPELLANT

C.S.

APPELANTE ÉVENTUELLE

- and -

- et -

D.S.

INTENDED RESPONDENT

D.S.

INTIMÉ ÉVENTUEL

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice Baird

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge Baird

Date of hearing:
May 18, 2022

Date de l'audience :
le 18 mai 2022

Date of decision:
May 25, 2022

Date de la décision :
le 25 mai 2022

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Intended Appellant:
Stéphanie M. Cormier

Pour l'appelante éventuelle :
Stéphanie M. Cormier

For the Intended Respondent:
Daniel R. Jardine

Pour l'intimé éventuel :
Daniel R. Jardine

DECISION

I. Preliminary Issue

[1] At the outset of this motion hearing, I was asked to rule on the admissibility of affidavit evidence filed by both parties which contained alleged out-of-court statements made by the children, and/or a parent, following the issuance of the motion judge's decision in this case.

[2] In my view, that evidence is inadmissible, and it has not been considered. Therefore, para. 8, line 3 of the affidavit filed by D.S. is struck, as is line 2 of para. 32 of the affidavit filed by C.S. (see Karakatsanis J. in *Barendregt v. Greblunas*, 2022 SCC 22, [2021] S.C.J. No. 101 (QL), at paras. 4-10, 31-34, 116, 152, 154 and 189).

II. Introduction

[3] C.S. seeks leave to appeal the decision of a motion judge made pursuant to the provisions of the *Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23 (the "Act"), which varied an *ad hoc* shared parenting arrangement with respect to the three children of their marriage, aged eleven, seven and two years respectively.

[4] C.S. raises the following errors:

1. The reasons were insufficient;
2. There was no best interests of the child analysis under s. 50 of the *Act*;
3. Because the resulting order was made based on conflicting affidavit evidence, there should have been a hearing with *viva voce* evidence;
4. The judge erred in mixed fact and law when he determined there had been a material change that would permit him to vary the *status quo*; and

5. The judge erred in law when he ordered the parties to share expenses for the children on a *pro rata* basis.

[5] Appellate review of an interim parenting order is rare. In *J.C.P. v. A.D.P.*, [2018] N.B.J. No. 54 (QL) (C.A.), Richard J.A., as he then was, wrote the following:

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]

This statement was adopted in *D.A. v. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 N.B.R. (2d) 203 and in *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388. In the latter of these cases, the Court, per Larlee J.A., noted “it is generally unusual for a single judge of this Court to grant leave to appeal from an interim custody and access order” (para. 12). [paras. 9-10]

[6] As Richard J.A. observed in *J.C.P.*, appellate intervention occurs when a motion judge on appeal is convinced the interim order falls outside the wide range of reasonable solutions in the short term.

[7] The above being said, however, some parents may wait upwards to eighteen months or more for trial dates in New Brunswick. This creates a situation where interim parenting orders take on the appearance of final orders, which are then varied on the basis

of material change. Hearing these motions on the basis of conflicting affidavit evidence alone, becomes a matter of contention.

[8] In this case, C.S. seeks:

1. Leave to appeal under Rule 62.03(1)(a) of the *Rules*;
2. A stay of execution of the interim order pending the disposition of the appeal (Rule 62.26(2) and (3)); and
3. Costs.

[9] In considering the motion for leave to appeal, I am persuaded:

1. The issue of how motion judges treat conflicting affidavits where interim parenting orders are being sought is not without conflict (see; *Fougère v. Fougère* (1987), 77 N.B.R. (2d) 381, [1987] N.B.J. No. 26 (C.A.) (QL); *D.E.M. v. D.M.C.* (1988), 92 N.B.R. (2d) 13, [1988] N.B.J. No. 721 (Q.B.) (QL); *D.G. v. H.F.*, 2006 NBCA 36, 297 N.B.R. (2d) 329; *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147, at para. 16; *Henheffer v. Barry*, 2016 NBQB 29, [2016] N.B.J. No. 100 (QL));
2. I have doubts about the correctness of the order. Here, I highlight the lack of a best interests of the child analysis (see *J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL), at para. 36; *T.M.D. v. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] N.B.J. No. 44 (QL), at paras. 26-32; *L.S. v. M.S.*, 2019 NBCA 64, [2019] N.B.J. No. 235 (QL); *N.A.T. v. S.A.T.*, 2019 NBCA 87, [2019] N.B.J. No. 368 (QL); *J.J.S. v. E.M.S.*, 2021 NBCA 23, [2021] N.B.J. No. 131 (QL)); and
3. The proposed appeal involves matters of sufficient importance to the administration of justice. How should interim custody and access hearings be conducted when there is conflicting affidavit evidence? Are judges required

to conduct a best interests of the child analysis under s. 50 of the *Act* when making interim orders for parenting? Should mathematical calculations under the *Guidelines* be delegated to counsel in circumstances where there has been a failure to comply with financial disclosure obligations under the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175?

[10] I am persuaded that leave to appeal should be granted. With respect to a stay of execution, under Rule 62.26(2), there is a three prong test which must be satisfied (see *Collette v. B & C Mazerolle Construction Inc.*, [2017] N.B.J. No. 266 (QL) (C.A.), at para. 7; *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. v. HB Construction Co.*, [2021] N.B.J. No. 356, at para. 4). Applying the criteria, I am satisfied:

- a) the intended appeal poses a serious challenge to the motion judge's decision;
- b) the effect of the order creates a marked departure from the *status quo* in existence for six months with the attendant risk of creating an alternative *status quo* by the time the case is finally heard; and
- c) the balance of convenience favours a stay at this time.

[11] Under Rule 62.03(5), a judge granting leave to appeal may:

- a) impose such terms as may be just; and
- b) give directions to expedite the hearing of the appeal.

[12] In consultation with the Chief Justice of New Brunswick, the appeal shall be perfected no later than August 15, 2022, and it will be heard in September 2022. Given the time constraints, this decision will issue in the English language first, subject to translation, under s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5.

III. Disposition

[13] The motion for leave to appeal is granted. The interim order is stayed pending the hearing of the appeal. The appeal shall be perfected no later than August 15, 2022, and it will be heard in September 2022, as per the directions of the Chief Justice of New Brunswick. Costs are ordered in the amount of \$1,000.

DÉCISION

I. Question préjudicielle

- [1] Au début de l'audition de la motion, on m'a demandé de me prononcer sur l'admissibilité de preuves par affidavit déposées par les deux parties qui contenaient de présumées déclarations extrajudiciaires faites par les enfants ou par un des parents, ou par les enfants et un des parents, à la suite du prononcé de la décision du juge saisi de la motion en l'espèce.
- [2] J'estime que ces preuves ne sont pas admissibles et elles n'ont pas été prises en considération. Par conséquent, la ligne 3 du par. 8 de l'affidavit déposé par D.S. est radiée, tout comme l'est la ligne 2 du par. 32 de l'affidavit déposé par C.S. (voir les propos de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Barendregt c. Grebliunas*, 2022 CSC 22, [2021] A.C.S. n° 101 (QL), aux par. 4 à 10, 31 à 34, 116, 152, 154 et 189).

II. Introduction

- [3] C.S. sollicite l'autorisation d'interjeter appel de la décision que le juge saisi de la motion a rendue conformément aux dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, ch. 23 (la *Loi*) et qui est venue modifier des arrangements ponctuels de parentage partagé intervenus relativement aux trois enfants à charge, âgés respectivement de onze, sept et deux ans.

- [4] C.S. invoque les erreurs suivantes :

1. La décision n'était pas suffisamment motivée;
2. Aucune analyse de l'intérêt supérieur des enfants n'a été effectuée en application de l'art. 50 de la *Loi*;

3. Puisque l'ordonnance qui en a résulté était fondée sur des preuves par affidavit contradictoires, il aurait dû y avoir une audience où des témoignages de vive voix auraient été entendus;
4. Le juge a commis une erreur mixte de fait et de droit lorsqu'il a conclu à l'existence d'un changement important de situation qui lui permettait de modifier le statu quo;
5. Le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a ordonné aux parties de se partager les dépenses relatives aux enfants en proportion de leurs revenus.

[5] Il est rare qu'il y ait examen en appel d'une ordonnance parentale provisoire. Dans l'arrêt *J.C.P. c. A.D.P.*, [2018] A.N.-B. n° 54 (QL) (C.A.), le juge d'appel Richard, tel était alors son titre, a écrit ceci :

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 (Ont. C.A.)*, [1986] O.J. No. 536, QL(OJ), (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, QL(ANB), sur lequel s'est fondé à son tour le juge Robertson dans l'arrêt *Piercy c. Foreman*, [2003] A.N.-B. n° 76, QL(ANB). 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]

Notre Cour a adopté cet énoncé dans *D.A. c. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 R.N.-B. (2^e) 203, et dans *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2^e) 388. Dans le second de ces arrêts, la juge d'appel Larlee, auteure de nos motifs, a indiqué « qu'il est plutôt inhabituel qu'un juge de notre Cour siégeant seul accorde l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance provisoire en matière de garde et d'accès » (par. 12). [par. 9 et 10]

[6] Comme l'a fait observer le juge d'appel Richard dans l'arrêt *J.C.P.*, il y a intervention en appel lorsque le juge saisi d'une motion en appel est convaincu que l'ordonnance provisoire dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables qui existent à court terme.

[7] Ce qui précède étant dit, toutefois, il arrive que des parents attendent jusqu'à dix-huit mois et même plus avant d'obtenir des dates de procès au Nouveau-Brunswick. Cela crée une situation où des ordonnances parentales provisoires prennent l'apparence d'ordonnances définitives qui sont ensuite modifiées sur le fondement d'un changement important de situation. L'audition de ces motions sur la seule foi de preuves par affidavit contradictoires devient une pomme de discorde.

[8] En l'espèce, C.S. sollicite :

1. l'autorisation d'interjeter appel, en vertu de la règle 62.03(1)a) des *Règles de procédure*;
2. la suspension de l'exécution de l'ordonnance provisoire en attendant le règlement de l'appel (règles 62.26(2) et (3));
3. les dépens.

[9] Mon examen de la motion en autorisation d'appel me convainc de ce qui suit :

1. La question ressortissant à la façon dont le juge saisi d'une motion traite des affidavits contradictoires lorsque des ordonnances parentales provisoires sont sollicitées n'est pas sans donner lieu à des décisions contraires (voir *Fougere c. Fougere* (1987), 77 R.N.-B. (2^e) 381, [1987] A.N.-B. n° 26 (C.A.) (QL); *D.E.M. c. D.M.C.* (1988), 92 R.N.-B. (2^e) 13, [1988] A.N.-B. n° 721 (C.B.R.) (QL); *D.G. c. H.F.*, 2006 NBCA 36, 297 R.N.-B. (2^e) 329; *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2^e) 147, au par. 16; *Henheffer c. Barry*, 2016 NBBR 29, [2016] A.N.-B. n° 100 (QL));
2. J'entretiens des doutes à propos du bien-fondé de l'ordonnance. Je souligne, ici, l'absence d'analyse de l'intérêt supérieur des enfants (voir *J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n° 16 (QL), au par. 36; *T.M.D. c. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] A.N.-B. n° 44 (QL), aux par. 26 à 32; *L.S. c. M.S.*, 2019 NBCA 64, [2019] A.N.-B. n° 235 (QL); *N.A.T. c. S.A.T.*, 2019 NBCA 87, [2019] A.N.-B. n° 368 (QL); *J.J.S. c. E.M.S.*, 2021 NBCA 23, [2021] A.N.-B. n° 131 (QL));
3. Le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante pour l'administration de la justice. De quelle façon les audiences en matière de garde et d'accès provisoires doivent-elles être conduites lorsqu'il existe des preuves par affidavit contradictoires? Les juges sont-ils tenus d'effectuer une analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu de l'art. 50 de la *Loi* lorsqu'ils rendent une ordonnance parentale provisoire? Les calculs mathématiques visés aux *Lignes directrices* doivent-ils être confiés aux avocats dans des situations où il y a eu non-respect des obligations en matière de communication de renseignements financiers énoncées dans les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175?

[10] Je suis persuadée qu'il y a lieu d'accorder l'autorisation d'interjeter appel. En ce qui concerne la suspension d'exécution, prévue à la règle 62.26(2), il existe un critère

à trois volets qui doit être rempli (voir *Collette c. B & C Mazerolle Construction Inc.*, [2017] A.N.-B. n° 266 (QL) (C.A.), au par. 7, et *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. c. HB Construction Co.*, [2021] A.N.-B. n° 356, au par. 4). Si j’applique le critère en question, je suis convaincue de ce qui suit :

- a) le projet d’appel remet sérieusement en question la décision du juge saisi de la motion;
- b) l’ordonnance a pour effet de créer un écart marqué par rapport au statu quo qui existe depuis six mois et entraîne le risque qu’un nouveau statu quo soit établi au moment où l’affaire sera finalement entendue;
- c) la prépondérance des inconvénients penche en faveur de la suspension d’exécution à ce moment-ci.

[11] Aux termes de la règle 62.03(5), le juge qui accorde l’autorisation d’appel peut

- a) imposer les conditions qu’il estime justes et
- b) donner des directives visant à accélérer l’audition de l’appel.

[12] Il est ressorti d’une consultation du juge en chef du Nouveau-Brunswick que l’appel sera mis en état au plus tard le 15 août 2022 et sera entendu en septembre 2022. Étant donné les contraintes de temps, la présente décision sera d’abord publiée en anglais, pour ensuite être traduite, en application du paragraphe 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5.

III. Dispositif

[13] La motion en autorisation d'appel est accueillie. L'ordonnance provisoire est suspendue jusqu'à ce que l'appel soit entendu. L'appel sera mis en état au plus tard le 15 août 2022 et il sera entendu en septembre 2022, conformément aux directives du juge en chef du Nouveau-Brunswick. Des dépens de 1 000 \$ sont adjugés.