

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

168/07/CA

N.L.

APPELLANT

- and -

R.L.

RESPONDENT

N.L. v. R.L., 2008 NBCA 79

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
November 9, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 24, 2008

Judgment rendered:
November 6, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell

Counsel at hearing:

For the appellant:
Martin J. Siscoe

N.L.

APPELANTE

- et -

R.L.

INTIMÉ

N.L. c. R.L., 2008 NBCA 79

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 9 novembre 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 24 septembre 2008

Jugement rendu :
Le 6 novembre 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Martin J. Siscoe

For the respondent:
Mary Ann G. Holland

Pour l'intimé :
Mary Ann G. Holland

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$3,000.

Rejette l'appel avec dépens de 3 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] The appellant mother appeals a decision of the Court of Queen's Bench, Family Division, granting custody of the parties' daughter to the respondent father.

[2] The parties married in 1987 and had one child in 1996. They separated in July 2004 and agreed to joint custody with the primary residence of the child being with the mother. The father enjoyed generous access to his daughter until August of 2005. Thereafter, problems with access escalated to the point where the mother prevented the father from seeing the daughter such that he was systematically removed from her life. The triggering event for the problems appears to be the father's relationship with another woman.

[3] At the conclusion of the hearing, the judge found the mother had alienated the child from the father and was likely to continue to do so and that it was, therefore, in the best interests of the child for the father to have primary custody. The mother was to have no contact, directly or indirectly, with the child until a qualified therapist informed the Court that it would be in the best interests of the child to resume contact with the mother. The trial decision remains unreported.

[4] In *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 2001 SCC 60, Bastarache J. states that the scope of appellate review in custody cases corresponds to that applied in other family law cases. An appellate court should not disturb the trial judgment in the absence of a material error of law or a serious misapprehension of the evidence. *Van de Perre* reiterated that it is not the function of an appellate court to re-assess the evidence and substitute its own discretionary judgment for that of the trial judge, where there is no manifest error in

the decision (see *S.H. v. V.B.* (2007), 321 N.B.R. (2d) 314, [2007] N.B.J. No. 368 (QL), 2007 NBCA 69).

[5] In the present case the custody issue was ancillary to a divorce petition under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.); the judge adjudicated on the basis of the best interests of the child both as defined in that *Act* and as defined in s. 1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 (not because this latter *Act* applies but because it provides a useful summary of the germane criteria). The mother's challenge to the decision is twofold: first, she alleges the trial judge erred in not hearing, directly, the views and preferences of the 11 year old child. Second, she contends the trial judge erred in making his finding that parental alienation exists in this case by relying on an expert who had not seen the child in the 18 months previous to the trial. The ultimate issue in this case is, of course, whether the trial judge erred in his assessment of the best interests of the child.

[6] The trial judge decided that he would not interview the child, who was present. Instead, the trial judge gleaned the child's views and preferences by relying on a social worker's report which had been based on interviews with the child. There is no palpable and overriding error infused in the trial judge's decision not to interview the child directly. Since the mother had already succeeded in alienating the father and the daughter, no purpose would have been served in interviewing the child, as she no doubt would have favoured the mother. As well, to interview the child would risk placing enormous emotional pressure on the child.

[7] The trial judge determined that parental alienation "has and is occurring to [the child]" after considering the evidence of three expert witnesses: a psychologist who had prepared a Psychological and Parenting Capacity Assessment and an Interim Risk Assessment (filed with the Court on August 1, 2006); an expert in child counseling therapy who had interviewed the child twice (the child did not attend subsequent sessions); and a social worker who did a Voice of the Child assessment. The trial judge did not, as argued by the mother, rely solely on the evidence of one

expert in coming to his decision; there was ample evidence, from all of the witnesses, for the trial judge to come to the conclusion that he did.

[8] After making his order with respect to custody and access, the trial judge went further. He devised a plan whereby contact between the mother and child could resume once a qualified child therapist directed that it would be in the best interests of the child. He ordered the father to arrange intensive counseling for the child and to have reports filed on a quarterly basis. In addition, he ordered the mother to have a psychiatric and psychological parenting assessment completed and filed with the Court of Queen's Bench and the father's lawyer. The mother did not comply with this part of the order. The judge was prepared to review the custody order based on these reports. He remained available, on short notice, should there be a change in circumstances that required a variation of the order.

[9] The most striking aspect of this case is that the mother by-passed the trial judge's order that provided a method of dealing with the best interests of the child: a better method than we have at our disposal to deal with such an issue. The mother did not take advantage of this proposed solution to have the case reviewed and have her contact with the child re-established. She decided instead to appeal the decision to this Court. We are not privy to the quarterly reports or other assessments that may have been done in the interim. Had they been available, a motion for fresh evidence would have been in order.

[10] The judge relied on the relevant law. After reviewing the evidence, he applied the law to his findings of fact and concluded that the best interests of the child were secured by awarding custody to the father. In my view, the trial judge did not make a material error of law or misapprehend the evidence. At the appeal hearing the father presented a motion to introduce further evidence (Rule 62.21(2)). In light of these reasons it is unnecessary to rule on it because it is moot.

[11] In the circumstances, I would dismiss the appeal and order the appellant to pay costs to the respondent in the amount of \$3,000.

LA JUGE LARLEE

[1] La mère appelante interjette appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, accordant la garde de la fille des parties au père intimé.

[2] Les parties se sont mariées en 1987 et ont eu une enfant en 1996. Elles se sont séparées en juillet 2004 et se sont entendues sur la garde conjointe de l'enfant, sa résidence principale étant celle de sa mère. Le père a joui d'un généreux droit d'accès à sa fille jusqu'en août 2005. Par la suite, les difficultés liées au droit d'accès se sont aggravées, la mère empêchant le père de voir sa fille jusqu'au point où il a été systématiquement écarté de la vie de celle-ci. Les difficultés semblent avoir été déclenchées par la relation du père avec une autre femme.

[3] À l'issue de l'audience, le juge a conclu que la mère avait éloigné l'enfant du père et qu'il était probable qu'elle continuerait de le faire, par conséquent, il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant que le père en ait la garde principale. La mère ne devait avoir aucun contact, que ce soit directement ou indirectement, avec l'enfant jusqu'à ce qu'un thérapeute qualifié fasse savoir à la Cour qu'il serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant que le contact de celle-ci avec sa mère soit rétabli. La décision du juge du procès demeure inédite.

[4] Dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 2001 CSC 60, le juge Bastarache affirme que la portée de l'examen en appel en matière de garde correspond à celle qui s'applique dans d'autres affaires relevant du droit de la famille. La juridiction d'appel ne devrait pas modifier le jugement de première instance en l'absence d'une erreur de droit importante ou d'une erreur significative dans l'interprétation de la preuve. Dans l'arrêt *Van de Perre*, la Cour a réaffirmé qu'il n'appartient pas à la juridiction d'appel d'apprécier à nouveau

les éléments de preuve et de substituer sa propre appréciation à celle du juge du procès lorsque la décision de ce dernier n'est pas entachée d'une erreur manifeste (voir *S.H. c. V.B.* (2007), 321 R.N.-B. (2^e) 314, [2007] A.N.-B. n^o 368 (QL), 2007 NBCA 69).

[5] En l'espèce, la question de la garde était une question accessoire dans une requête en divorce présentée sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.); le juge a statué sur le fondement de la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans cette loi et dans l'article 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (non pas parce que cette dernière loi s'applique, mais parce qu'elle contient un résumé utile des critères pertinents). La mère élève une double contestation à l'encontre de la décision : premièrement, elle prétend que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a omis d'entendre directement les vues et préférences de l'enfant âgée de onze ans. Deuxièmement, elle prétend que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu à l'aliénation parentale en l'espèce en s'appuyant sur le témoignage d'un expert qui n'avait pas vu l'enfant dans les dix-huit mois qui ont précédé le procès. En bout de ligne, la question à trancher est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur dans son évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

[6] Le juge du procès a décidé de ne pas interroger l'enfant, qui était présente. Plutôt, il a glané les vues et préférences de l'enfant en s'appuyant sur le rapport présenté par une travailleuse sociale, lequel rapport était basé sur des entrevues avec l'enfant. La décision du juge de ne pas interroger l'enfant directement ne contient pas d'erreur manifeste et dominante. Puisque la mère avait déjà réussi à séparer le père et sa fille, il n'aurait servi à rien d'interroger l'enfant qui aurait sans aucun doute exprimé une préférence pour sa mère. En outre, interroger l'enfant l'aurait exposée au risque de subir une énorme pression émotionnelle.

[7] Le juge du procès a déterminé que l'enfant [TRADUCTION] « a été et est encore victime de l'aliénation parentale » après avoir examiné la preuve de trois témoins experts : un psychologue qui a préparé une évaluation psychologique et une

évaluation des compétences parentales, ainsi qu'une évaluation provisoire des risques (déposées auprès de la cour le 1^{er} août 2006); une experte dans le domaine de l'aide psychologique à l'enfance qui a eu deux entrevues avec l'enfant (celle-ci ne s'est pas présentée aux séances suivantes); et une travailleuse sociale qui a préparé une évaluation dite « voix de l'enfant ». Le juge du procès ne s'est pas appuyé uniquement, comme l'a prétendu la mère, sur le témoignage d'un seul expert pour arriver à sa décision; les éléments de preuve fournis par tous les témoins étaient suffisants pour permettre au juge de tirer cette conclusion.

[8] Le juge du procès ne s'est pas contenté de rendre une ordonnance concernant la garde et l'accès. Il a conçu un plan qui prévoyait que le contact entre la mère et l'enfant pourrait reprendre lorsqu'un thérapeute qualifié spécialisé dans les soins à l'enfance indiquerait que cela serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a ordonné au père de prendre des dispositions pour que l'enfant suive des séances de thérapie intensive et pour que des rapports trimestriels soient déposés. En outre, il a ordonné à la mère de subir une évaluation psychiatrique et une évaluation des habiletés parentales sur le plan psychologique, et que le rapport soit déposé à la Cour du Banc de la Reine et mis à la disposition de l'avocate du père. La mère ne s'est pas conformée à cette partie de l'ordonnance. Le juge était disposé à réexaminer l'ordonnance de garde à la lumière de ces rapports. Il se tenait prêt, dans un court délai, pour le cas où un changement de situation ferait en sorte que l'ordonnance doive être modifiée.

[9] L'aspect le plus frappant de la présente affaire est que la mère a contourné l'ordonnance du juge du procès, ordonnance qui prévoyait une méthode permettant de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant et qui était meilleure que toute méthode dont nous disposerions pour régler une telle question. La mère n'a pas profité de la solution proposée pour faire réexaminer la cause et rétablir son contact avec l'enfant. Plutôt, elle a décidé d'interjeter appel de la décision devant notre Cour. Nous n'avons pas connaissance des rapports trimestriels ou autres évaluations qui peuvent avoir été préparés entre-temps. S'ils avaient été disponibles, une motion en présentation de preuves nouvelles aurait été de rigueur.

[10] Le juge s'est appuyé sur le droit pertinent. Après avoir examiné la preuve, il a appliqué les règles de droit à ses conclusions de fait et conclu que, pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, il fallait accorder la garde au père. J'estime qu'il n'a pas commis d'erreur de droit importante ni d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve. À l'audience de l'appel, le père a déposé une motion en présentation de preuves complémentaires (règle 62.21(2)). Compte tenu des motifs qui précèdent, il n'est pas nécessaire de statuer sur cette motion puisqu'elle est sans objet.

[11] Dans les circonstances, je rejeterais l'appel et j'ordonnerais à l'appelante de verser à l'intimé des dépens de 3 000 \$.