

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

147-09-CA

J.A.D.

(Respondent)

APPELLANT

- and -

L.D.D.

(Petitioner)

RESPONDENT

J.A.D. v. L.D.D., 2010 NBCA 69

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
October 6, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2009 NBQB 276

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 28, 2010

Judgment rendered:
September 23, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

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

J.A.D.

(Intimé)

APPELANT

- et -

L.D.D.

(Requérante)

INTIMÉE

J.A.D. c. L.D.D., 2010 NBCA 69

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 6 octobre 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 276

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 28 avril 2010

Jugement rendu :
Le 23 septembre 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Grant M. Ogilvie

Pour l'appelant :
Grant M. Ogilvie

For the respondent:
Brent A. Dickinson

Pour l'intimée :
Brent A. Dickinson

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs payable by the appellant to the respondent in the amount of \$1,500.

Rejette l'appel avec dépens de 1 500 \$ que l'appelant devra verser à l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] This appeal raises the issue of the proper analysis to be undertaken by trial judges when considering initial custody orders in a context that brings into play the mobility of children. The appellant father submits the trial judge failed to consider the judicially recognized factors that shape a finding regarding the best interests of the child in an initial custody determination when he relied solely on the principles enunciated in the leading mobility case, *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL).

II. Background and Procedural History

[2] The appeal arises from a decision of the Court of Queen's Bench, Family Division, granting joint custody of a child to the parents with the child's primary residence to be with his mother and, at the same time, allowing the mother to relocate to Newfoundland and Labrador with the child.

[3] The parties to this appeal were married in August 2004 and separated in June 2008. By the time of separation, the respondent mother had left the marital home with the child of the marriage. The child was four years of age at the time of trial. Although the parties disagree as to the amount of access exercised by the father, it is apparent from the record that he had regular access to the child every other weekend and, during the following week, on the day he was not working. The parties attempted to reach a settlement, as evidenced by a draft separation agreement which was never executed.

[4] In September 2008, the mother began dating a man from Newfoundland and Labrador, an individual whom she had known for four years. Some difficulty arose

between the parties when the mother sought to take the child with her on trips to that province. The mother applied to an educational facility in Marystown in order to further her education. It was her intention to relocate to Newfoundland and Labrador with the child if she were accepted into the program of her choice.

[5] The mother filed for divorce on December 31, 2008, and, at that time, requested, among other relief, “custody and care and control” of the child. The father filed a counter-petition seeking joint custody, with the child’s primary residence to be with him. In the alternative, the father requested joint custody, with the residence of the child to be shared between the parties. At the hearing, the mother requested permission to relocate to Newfoundland and Labrador, and provided a plan to support herself and the child financially in the event of relocation. She also indicated she had made arrangements to meet the child’s educational needs. The father was residing with his parents at the time of the hearing and did not produce a plan with a view to meeting the child’s needs.

[6] An interim order was issued on April 24, 2009, which addressed the custody and access of the child until the final determination of the matter. Among other things, the interim order provided that the parties were to have joint interim custody of the child, with the primary place of residence of the child with the mother. The father was granted reasonable, liberal access to the child in the interim order. Both parties were prohibited from changing the child’s residence from the Province of New Brunswick and restrictions were placed upon both parties respecting the removal of the child from the Province. The order also indicated where the child was to reside during the mother’s absence from the jurisdiction.

[7] A two-day divorce hearing was held in July, 2009. In his decision, the judge undertook a thorough analysis of the principles and factors to be considered in a dispute involving the custody and relocation of a child. He reviewed the child’s relationship with each parent and, in considering the child’s best interests, concluded that the child would be permitted to relocate with his mother. The judge prescribed an access

schedule which appears to accommodate the reduction in regular contact that the father had under the interim order.

III. Issues

- [8] While the Notice of Appeal raises eleven grounds of appeal, they can be reduced to the following issue: whether the judge erred in law by applying the test enunciated in *Gordon v. Goertz*, when the case at hand did not involve a variation of an order.

IV. Standard of Review

- [9] As to the proper standard of review of the decision to grant custody to the mother, the decision of this Court in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, is determinative. Larlee J.A. states:

The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *K.V.P. v. T.E.*, [2001] 2 S.C.R. 1014; [2001] S.C.J. No. 60 (QL); 275 N.R. 52; 156 B.C.A.C. 161; 255 W.A.C. 161; 2001 SCC 60. The Supreme Court of Canada set out a standard of considerable deference for the decisions of trial courts in cases of family law. Intervention on appeal requires that there have been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law. A material error is further explained:

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean

that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. [...] [para. 15]

Speaking for the Court, Bastarache J. further clarified that "an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion" (para. 15). See this Court's decisions on the application of the deferential standard: *MacLean v. MacLean* (2004), 274 N.B.R. (2d) 90, [2004] N.B.J. No. 363 (QL), 2004 NBCA 75 at para. 18; *J.P. v. R.R.* (2004), 278 N.B.R. (2d) 351, [2004] N.B.J. No. 467 (QL), 2004 NBCA 98 at para. 27; *Scott v. Scott* (2004), 278 N.B.R. (2d) 61, [2004] N.B.J. No. 468 (QL), 2004 NBCA 99 at para. 32 and *Boudreau v. Brun* (2005), 293 N.B.R. (2d) 126, [2005] N.B.J. No. 501 (QL), 2005 NBCA 106 at para. 5. [paras. 8-9]

In brief, deference is owed to the trial judge's assessment of the evidence when it comes to deciding who should have custody and on what terms. However, no deference is owed with respect to a question of law, including the identification of the proper test to be applied.

V. Analysis

[10] It is the father's position that this matter was not a variation application, as no final custody order was in place. Therefore, in dealing with the question of custody from the mobility perspective solely, the judge erred by applying the two-part test discussed in *Gordon v. Goertz*. The father argues the test is to be utilized only in situations where a variation is being sought, not on an initial custody application. I cannot agree. In his decision (see 2009 NBQB 276), the judge refers to the test set out in *Gordon v. Goertz* :

An Interim Order was issued by me on April 24, 2009, which provides for custody and access until the final determination of this matter. No final order with respect to custody and access is in place. Accordingly, the first part of the analysis -- whether there has been a material change in

circumstances -- is not relevant. While this is not a variation application, the law is clear that the second stage of the relocation analysis set out in *Gordon v. Goertz* applies equally to custody determinations in the first instance (*Nunweiler v. Nunweiler*, [2000] B.C.J. No. 935, 2000 CarswellBC 958 and *S.(A.) v. S.(T.)*, [2007] N.B.J. No. 439, 2007 CarswellNB 570. [para. 7]

[11] In order to put the best interests of the child test in proper context in a mobility situation, one must review the pertinent legislation of this Province, the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) as well as the jurisprudence relating to this issue.

A. *Statutory Framework*

[12] The case before us concerns the determination of custody of a young child in a dispute between parents who were married to one another. Therefore, one must look to s. 16 of the *Divorce Act* which vests in the court the power to make an order respecting the custody and access of children of the marriage. Section 16(8) sets out the factors to be considered when making a custody order :

In making an order under this section, the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child.

En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.

[13] Thus, the *Act* instructs the court to “take into consideration only the best interests of the child of the marriage...”. As the *Divorce Act* does not provide a definition of the best interests of the child, this Court has approved the use of the definition of “best interests of the child” contained in the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 (see *N.L. v. R.L.*, 2008 NBCA 79, 337 N.B.R. (2d) 197, *C.M.B.E. v. D.J.E.*, 2006 NBCA 88, 304 N.B.R. (2d) 191, *Ferris v. Ferris*, 2002 NBCA 25, [2002] N.B.J. No. 96 (QL). Section 1 of that *Act* reads as follows:

“best interests of the child” means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

(a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

(b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

(c) the effect upon the child of any disruption of the child’s sense of continuity;

(d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child’s custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;

(e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;

(f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

(g) the child’s cultural and religious heritage;

« intérêt supérieur de l’enfant » désigne l’intérêt supérieur de l’enfant dans les circonstances, compte tenu

a) de l’état de santé mentale, affective et physique de l’enfant et du besoin qu’il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

b) des vues et préférences de l’enfant lorsqu’il est raisonnablement possible de les connaître;

c) de l’effet sur l’enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

d) de l’amour, de l’affection et des liens qui existent entre l’enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou soeur de l’enfant et, le cas échéant, chaque grand-parent de l’enfant;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l’enfant par le Ministre comparés à l’avantage pour l’enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

f) du besoin pour l’enfant d’être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

g) du patrimoine culturel et religieux de l’enfant;

B. *Definition of best interests of the child in mobility cases*

[14] In of *Gordon v. Goertz*, the Supreme Court of Canada determined the minimum legal factors to be considered by courts in mobility cases. The custodial parent (mother) wished to relocate to Australia to pursue educational opportunities in

orthodontics. The access parent (father) applied for custody or, alternatively, to prohibit the mother from relocating the child. The majority refused to change custody and allowed the move. McLachlin J. (as she then was), set out a two-stage inquiry to be utilized in the determination of an application for variation of an order. The first step is to determine whether there has been a material change in the circumstances of the child. McLachlin J. states:

Before the court can consider the merits of the application for variation, it must be satisfied there has been a material change in the circumstances of the child since the last custody order was made. Section 17(5) provides that the court shall not vary a custody or access order absent a change in the "condition, means, needs or other circumstances of the child". Accordingly, if the applicant is unable to show the existence of a material change, the inquiry can go no farther: *Wilson v. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291 (Sask. C.A.).

The requirement of a material change in the situation of the child means that an application to vary custody cannot serve as an indirect route of appeal from the original custody order. The court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the decision and consider only the change in circumstances since the order was issued: *Baynes v. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (B.C.C.A.); *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (Ont. C.A.); *Wesson v. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (N.S.S.C.), at p. 194.

What suffices to establish a material change in the circumstances of the child? Change alone is not enough; the change must have altered the child's needs or the ability of the parents to meet those needs in a fundamental way: *Watson v. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (B.C.S.C.). The question is whether the previous order might have been different had the circumstances now existing prevailed earlier: *MacCallum v. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32 (P.E.I.S.C.). Moreover, the change should represent a distinct departure from what the court could reasonably have anticipated in making the previous order. "What the court is seeking to isolate are those factors which were not likely to occur at the time the proceedings took place":

J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), at p. 11-5. [paras. 10-13]

[15] Once the first step is met, the second stage involves undertaking a fresh inquiry into the best interests of the child, considering all relevant factors. The primary concern, however, remains the best interests of the child. The minimum factors to be considered when determining the best interests of the child in mobility cases are set out in *Gordon v. Goertz*:

The law can be summarized as follows:

[...]

5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case.
6. The focus is on the best interests of the child, not the interests and rights of the parents.
7. More particularly the judge should consider, inter alia:
 - (a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent;
 - (b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent;
 - (c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents;
 - (d) the views of the child;
 - (e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;
 - (f) disruption to the child of a change in custody;
 - (g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know.

In the end, the importance of the child remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new? [paras. 49-50]

[16] Of course *Gordon v. Goertz* dealt with an application for variation of an existing custody order, while the case before us involves an initial custody determination. Therefore, I must also consider the jurisprudence respecting combined mobility and initial custody applications.

[17] The issue of a proposed move in the context of an initial application was explored in *Nunweiler v. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323. In that case, Saunders J.A. determined that although the first stage of the inquiry (proof of a material change in circumstances), is not applicable in cases concerning initial custody applications, the second step utilizing the factors as set out by McLachlin J. in *Gordon v. Goertz* is instructive:

On behalf of Mr. Nunweiler, it is argued that *Gordon v. Goertz* is not applicable to these circumstances because it concerned a variation application, not an initial custody determination such as this case. I do not agree. While the first stage inquiry (requirement of a material change in circumstances) clearly is not applicable to a case of an initial custody order, the discussion of the second stage determination of custody and access is, in my view, instructive, and the factors enunciated by Madam Justice McLachlin should be considered, with the appropriate modifications. [para. 27]

[18] Justice Saunders goes on to state:

The significance of the reasoning in *Gordon v. Goertz* in an initial determination of custody is, I consider, three-fold. First, the decision directs the court to consider the motive for a parent's relocation only in the context of assessing the

parent's ability to meet the needs of the child. This, in my view, is as relevant a direction on an initial custody hearing as on a variation hearing. Second, the decision confirms the significance of the instruction, found in s. 16(10), to consider the willingness of a parent to facilitate contact, but notes that this consideration is subordinate to over-all consideration of the best interests of the child. Third, and more broadly, it approaches the issue of a relocation of residence from a perspective of respect for a parent's decision to live and work where he or she chooses, barring an improper motive. [para. 28]

[19] This analysis is reiterated in *Falvai v. Falvai*, 2008 BCCA 503, [2008] B.C.J. No. 2365 (QL), which involved competing claims between parents for custody of their young son. The mother appealed a Superior Court's decision to award her sole custody on the condition that she not remove her son from the community where the father resided. The mother wished to relocate with the child from Vancouver Island to the lower mainland of British Columbia. In allowing the appeal, Smith J.A., writing for a unanimous Court, made the following observations:

With respect, however, I am unable to reach the same conclusion in regard to the application of the law by the trial judge. In my view, the trial judge's principal error was in failing to adopt a blended approach in determining the issue of the appellant's proposed move with the child in the context of the parties' competing custody claims. This was a significant factor to be balanced with the other relevant factors in deciding what was in the best interests of this child. The error was compounded when, after awarding the appellant custody of the child, the trial judge evaluated the reasons for the appellant's proposed relocation in deciding whether to permit her to move with the child. Her reasons for wanting to move, absent an improper motive, were unrelated to her ability to meet the needs of the child and, as was stated in *Gordon*, were irrelevant to the analysis. Similarly, had the trial judge weighed the "maximum contact" principle in s. 16(10) of the *Divorce Act* with the other relevant factors in his assessment of the custody issue, he may not have concluded that it was the "determining factor" for imposing a prohibition on the appellant from relocating with the child. As was noted in *Gordon*, maximum contact is an important but not absolute

principle. Based on these latter two considerations, the trial judge concluded that it was in the best interests of the child to remain in the community in which the respondent resided, albeit with the appellant as his sole custodian. The effect of this "condition" was to impose a restriction on the appellant's legal authority as the child's sole custodian that was inconsistent with the rights of a custodial parent. The combination of these errors resulted in an order which, in my view, would have been different had the trial judge undertaken the correct analysis. [para. 20]

[20] Justice Smith goes on to add :

While appellate courts must be cautious in weighing into a trial judge's exercise of discretion in determining the best interests of a child, in the circumstances of this case, I find that the restriction imposed on the appellant's custody of the child is not supportable by the legal principles reviewed above. The appellant has been the primary caregiver of the child since his birth. She wishes to return to the community from which she came before her marriage and where she will have emotional, psychological, social and economic support. Her reasons for moving are not improper but relate to her personal needs.

The trial judge in this case was faced with a difficult decision. In my view, it was incumbent on him to determine whether the interests of the child would be best fulfilled by remaining with his mother as his primary caregiver in her new location with more limited access to his father, or by residing with his father in his childhood home with more limited access to his mother. It was not open to him, in my view, to determine that it was in the child's best interest to be in the sole custody of his mother, while restraining the mother from relocating with the child.
[paras. 38-39]

[21] In *A.M.K.H. v. K.A.M.*, 2003 NBCA 33, 259 N.B.R. (2d) 291, Larlee J.A. discusses the application of *Gordon v. Goertz*:

In a concurring opinion, L'Heureux-Dubé J. states at para. 121, p.92, that the assessment of the child's best interests

also involves a consideration of the particular role and emotional bonding the child enjoys with his or her primary caregiver. L'Heureux-Dubé J. comments that generally, disrupting the relationship of the child with his or her primary caregiver will be more detrimental to the child than reduced contact with the non-custodial parent. [para. 12]

[22] Justice Larlee also offers helpful insights into mobility issues in *P.R.H. v. M.E.L.*, where she states:

The general trend of the jurisprudence since *Gordon v. Goertz* has been to grant approval for a proposed move, so long as it is proposed in good faith and is not intended to frustrate the access parent's relationship with the child. However, the relocating parent must generally also be willing to accommodate the interests of both the child and the access parent. This will generally require a restructuring of access, with the relocating parent possibly incurring the increased costs of access in the new arrangement, sometimes by way of an alteration of the child support obligations. However, this general trend is most evident in cases where there is a clear primary caregiver for the child or children. A proposed move is less likely to be approved where care giving and physical custody have been equally shared between parents. Furthermore, no such trend is evident in cases where the proposed move would result in a separation of siblings who have, prior to that point, lived together. The court-imposed separation of siblings remains exceptional. [para. 18]

See, as well, Larlee J.A. and Clark Colwell's comprehensive analysis of the law regarding mobility issues, *Solicitor's Journal*, "Child Custody and Access in Mobility Cases: Getting it Right the First Time," Spring 2010, Volume 26, Issue 1.

C. *Application of the principles to the circumstances of this case*

[23] In his written submission, the father states that the trial judge erred in law in failing to consider all relevant factors (section 16(8) of the *Divorce Act* and definition

of “best interests of the child” as found in section 1 of the *Family Services Act*), and in relying only on a portion of the criteria set in *Gordon v. Goertz*.

[24] In my respectful judgment, the judge considered the best interests of the child when awarding joint custody with primary care to the mother. Although he appears to focus upon the criteria set out in paras. 49 and 50 of *Gordon v. Goertz*, the ultimate result is a determination of the best interests of the child.

[25] The proper approach might well be for judges to refer more extensively to the *Divorce Act*, and to analyze the definition of “best interests of the child” as found in s. 1 of the *Family Services Act*. However, the judge, in the present case, based his decision expressly and implicitly on the “best interests of the child”. While speaking to the criteria set out in *Gordon v. Goertz*, the trial judge included an analysis of the “best interests of the child” by evaluating the child’s needs, condition, means, and other circumstances. The judge’s decision illustrates that he appreciated the factors to be considered. He employed the factors to be identified in *Gordon v. Goertz* as headings in his decision, and expanded upon each factor using the evidence at his disposal. The trial judge devoted considerable effort to detailing his assessment of the situation, and the conclusion he reached is supported by the record.

[26] As stated earlier, the trial judge was alive to the irrelevance of a material change in circumstances where, as here, the case involves an initial determination of custody, not an application for variation.

[27] In my view, the judge did not err in his application of the criteria as set out in *Gordon v. Goertz*. Although he did not discuss specifically the application of s.16 (8) of the *Divorce Act* or the *Family Services Act*, it is apparent the judge had their requirements in mind and did incorporate the relevant criteria to determine the best interests of the child. The judge provided a complete analysis regarding the parenting roles of the parties, both during cohabitation and after separation. He discussed the lack of evidence regarding the parties’ extended families and the mother’s new relationship.

The trial judge focused on the existing custody and access arrangements, and went into great detail in reviewing the relationship between the child and both parents. He states:

Based on all the evidence, I am satisfied that, while J.A.D. made a contribution to the family lifestyle, L.D.D. was the dominant and primary force behind organizing L.N.C.D.'s life. I find that she was the primary caregiver. Indeed, J.A.D. complains that L.D.D. controlled their lives while married, a situation he acquiesced in.

L.D.D. has had the day-to-day physical custody of L.N.C.D. and has been his primary caregiver. While this relationship does not create a presumption in favour of L.D.D., it is one of the factors to be given serious consideration in determining the issue of custody. [paras. 12-13]

[28] While the judge may have referenced the criteria set out in *Gordon v. Goertz*, he did not misapply the law. In *D.P. v. R.B.*, 2009 PECA 12, [2009] P.E.I.J. No. 28 (QL), Murphy J.A., makes the following observations about a similar case:

I do not believe that the trial judge made any error of law. While he placed substantial weight on the factors contained in the *Gordon v. Goertz* case, this was not a misapplication of the law. Clearly, the provisions of s. 16 of the *Divorce Act* govern. The directions in *Gordon v. Goertz, supra*, are widely accepted as the proper application of the *Divorce Act* provisions in taking into account the means, needs and other circumstances of each child. In *Nunweiler v. Nunweiler, supra*, Saunders J.A. directed that a modified use of the *Gordon v. Goertz* factors should be applied. The trial judge found that the respondent had been the primary care giver of the children since birth. He considered the parenting arrangements that were in place from time to time after separation and the circumstances by which the respondent mother moved with the children from P.E.I. to Quebec. He gave sufficient weight to all the relevant considerations regarding the children as stipulated by s. 16 of the *Divorce Act*, and directed by the Supreme Court of Canada in *Gordon v. Goertz, supra*. [para. 29]

[29] In this case, the judge discusses the desirability of promoting maximum contact between the child and his father, and is clearly mindful of the disruption to the child and the consequences of removing him from his community and extended family. The judge properly gives limited consideration to the mother's reasons for relocating from New Brunswick to Newfoundland and Labrador. In sum, he considered the factors that properly go into the determination of the "best interests of the child".

VI. Disposition

[30] For the above reasons, I would dismiss the appeal. I would order the appellant pay costs in the amount of \$1,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le présent appel soulève la question de l'analyse que doit effectuer le juge du procès lorsqu'il envisage de rendre une ordonnance de garde initiale dans un contexte où entre en jeu la mobilité des enfants. Le père appelant prétend que le juge du procès n'a pas tenu compte des facteurs reconnus par les tribunaux qui doivent fonder une conclusion relative à l'intérêt supérieur de l'enfant en vue d'une décision initiale en matière de garde parce qu'il s'est uniquement appuyé sur les principes énoncés dans l'arrêt-clef en matière de mobilité, l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL).

II. Le contexte et l'historique des procédures judiciaires

[2] L'appel découle d'une décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, dans laquelle le juge a accordé la garde conjointe d'un enfant à ses parents, la résidence principale de l'enfant étant celle de sa mère, et a en même temps autorisé la mère à déménager à Terre-Neuve-et-Labrador avec l'enfant.

[3] Les parties au présent appel se sont mariées en août 2004 et se sont séparées en juin 2008. Au moment de la séparation, la mère intimée avait quitté le foyer matrimonial avec l'enfant issu du mariage. Celui-ci était âgé de quatre ans au moment du procès. Bien que les parties ne s'entendent pas en ce qui concerne la fréquence à laquelle le père exerçait des droits d'accès, il ressort du dossier qu'il a exercé un accès régulier auprès de l'enfant une fin de semaine sur deux et, la semaine suivante, le jour où il ne travaillait pas. Les parties ont essayé d'en arriver à un règlement amiable, comme le montre un projet d'entente de séparation qui n'a jamais été signé.

[4] En septembre 2008, la mère a commencé à fréquenter un homme qui vit à Terre-Neuve-et-Labrador et qu'elle connaissait depuis quatre ans. Des difficultés se sont fait jour entre les parties lorsque la mère a voulu emmener l'enfant avec elle lors de ses séjours dans cette province. La mère a fait une demande d'inscription dans un établissement d'enseignement, à Marystown, en vue de poursuivre ses études. Elle avait l'intention de s'établir à Terre-Neuve-et-Labrador avec l'enfant si elle était acceptée dans le programme de son choix.

[5] La mère a déposé une requête en divorce le 31 décembre 2008 et elle a alors demandé, notamment, [TRADUCTION] « la garde, la charge et la direction » de l'enfant. Le père a déposé une demande reconventionnelle dans laquelle il sollicitait la garde partagée de l'enfant, dont la résidence principale serait la sienne. Subsidiairement, le père sollicitait la garde partagée, la résidence de l'enfant devant être partagée entre celle de la mère et celle du père. À l'audience, la mère a demandé la permission de déménager à Terre-Neuve-et-Labrador et a déposé un projet visant à assurer son soutien financier et celui de l'enfant pour le cas où elle déménagerait. Elle a aussi indiqué qu'elle avait pris des arrangements pour répondre aux besoins éducatifs de l'enfant. Le père habitait chez ses parents au moment de l'audience et n'a pas déposé de projet visant à répondre aux besoins de l'enfant.

[6] Une ordonnance provisoire a été rendue le 24 avril 2009, ordonnance qui déterminait la garde de l'enfant et les droits d'accès auprès de lui jusqu'au règlement définitif de l'affaire. L'ordonnance provisoire disposait notamment que les parties auraient la garde partagée de l'enfant, la résidence principale de l'enfant étant celle de sa mère. Dans l'ordonnance provisoire, le père s'est vu accorder des droits d'accès raisonnables et généreux auprès de l'enfant. Il était interdit aux deux parties de modifier le lieu de résidence de l'enfant, lequel devait demeurer dans la province du Nouveau-Brunswick, et des restrictions étaient imposées aux deux parties en ce concernait le déplacement de l'enfant à l'extérieur de la province. L'ordonnance précisait également à quel endroit devait habiter l'enfant pendant que la mère était absente du ressort.

[7] Une audience sur le divorce a été tenue en juillet 2009 et elle a duré deux jours. Dans sa décision, le juge a effectué une analyse approfondie des principes et facteurs dont il faut tenir compte dans le cadre d'un litige concernant la garde et le déménagement d'un enfant. Il a examiné les rapports de l'enfant avec chacun des parents et en prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, il a conclu que ce dernier serait autorisé à déménager avec sa mère. Le juge a prescrit un calendrier d'accès qui semble pallier la réduction du nombre des contacts réguliers que le père avait en vertu de l'ordonnance provisoire.

III. Les questions à trancher

[8] Bien que l'avis d'appel soulève onze moyens d'appel, ces moyens se résument à la question suivante : le juge a-t-il commis une erreur de droit en appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* malgré le fait que l'instance dont il était saisi ne se rapportait pas à la modification d'une ordonnance?

IV. La norme de contrôle

[9] En ce qui concerne la norme de contrôle qui s'applique à la décision d'accorder la garde à la mère, la décision de notre Cour dans l'affaire *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, est déterminante. Voici ce qu'y a dit la juge Larlee :

La norme de contrôle qui s'applique dans le cadre d'un appel de cette nature a été examinée dans l'arrêt *K.V.P. c. T.E.*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n^o 60, 275 N.R. 52, 156 B.C.A.C. 161, 255 W.A.C. 161, 2001 CSC 60. La Cour suprême du Canada a énoncé une norme prescrivant une grande déférence envers les décisions des tribunaux de première instance dans des affaires qui ressortissent au droit de la famille. L'intervention en appel n'est justifiée que s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit. Elle a explicité en quoi consiste une erreur importante :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, [[1999] 2 R.C.S. 518] la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la Cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la Cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès (par. 15).

Le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de la Cour, a en outre précisé qu'« une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (par. 15). Voir les décisions de notre Cour sur l'application de cette norme de déférence : *MacLean c. MacLean* (2004), 274 R.N.-B. (2^e) 90, [2004] A.N.-B. n^o 363, 2004 NBCA 75, au par. 18; *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2^e) 351, [2004] A.N.-B. n^o 467, 2004 NBCA 98, au par. 27; *Scott c. Scott* (2004), 278 R.N.-B. (2^e) 61, [2004] A.N.-B. n^o 468, 2004 NBCA 99, au par. 32, et *Boudreau c. Brun* (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 126, [2005] A.N.-B. n^o 501, 2005 NBCA 106, au par. 5. [par. 8 et 9]

En somme, il faut exercer de la retenue envers l'appréciation de la preuve par le juge du procès lorsqu'il s'agit de décider qui devrait avoir la garde et à quelles conditions. Toutefois, nous ne sommes tenus à aucune déférence en ce qui concerne une question de droit, y compris la détermination du critère qui est applicable.

V. Analyse

[10] Le père prétend qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une requête en modification puisque aucune ordonnance de garde définitive n'avait été rendue. Par conséquent, parce qu'il a envisagé la question de la garde uniquement sous l'angle de la

mobilité ou de la liberté d'établissement, le juge a commis une erreur en appliquant le critère à deux volets qui est exposé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*. Le père fait valoir que l'on ne doit recourir à ce critère que dans les cas où une modification est demandée, pas dans le cadre d'une demande de garde initiale. Je ne puis souscrire à sa prétention. Dans sa décision (voir 2009 NBBR 276), le juge mentionne le critère énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* :

[TRADUCTION]

Le 24 avril 2009, j'ai rendu une ordonnance provisoire régissant la garde et l'accès jusqu'au règlement définitif de l'affaire. Aucune ordonnance définitive n'est en vigueur en ce qui concerne la garde et l'accès. Par conséquent, le premier volet de l'analyse – qui consiste à déterminer s'il est survenu un changement important de situation – n'est pas pertinent. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une demande de modification, le droit établit clairement que la deuxième étape de l'analyse prévue lorsqu'un déménagement est envisagé, qui est énoncée dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, s'applique également aux décisions concernant la garde qui sont rendues initialement (*Nunweiler c. Nunweiler*, [2000] B.C.J. No. 935, 2000 CarswellBC 958 et *S.(A.) c. S.(T.)*, [2007] A.N.-B. n° 439, 2007 CarswellNB 570. [par. 7])

[11] Pour bien situer le critère ressortissant à l'intérêt supérieur de l'enfant dans une situation mettant en cause la mobilité, ou la liberté d'établissement, il faut examiner les dispositions législatives pertinentes en vigueur dans notre province, la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), ainsi que la jurisprudence se rapportant à cette question.

A. *Le cadre législatif*

[12] L'instance dont nous sommes saisis concerne la détermination des droits de garde d'un jeune enfant dans le cadre d'un litige opposant des parents qui ont été mariés l'un à l'autre. Il nous faut donc nous tourner vers l'art. 16 de la *Loi sur le divorce* qui confère à la Cour le pouvoir de rendre une ordonnance relative à la garde des enfants

à charge et à l'accès auprès d'eux. Le paragraphe 16(8) énonce les facteurs dont il faut tenir compte au moment de rendre une ordonnance de garde :

In making an order under this section, the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child.

En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.

[13] Ainsi, la *Loi* prescrit que le tribunal « ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge... ». Puisque la *Loi sur le divorce* ne définit pas en quoi consiste l'intérêt de l'enfant, notre Cour a approuvé le recours à la définition de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » que l'on trouve dans la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (voir les arrêts *N.L. c. R.L.*, 2008 NBCA 79, 337 R.N.-B. (2^e) 197; *C.M.B.E. c. D.J.E.*, 2006 NBCA 88, 304 R.N.-B. (2^e) 191; *Ferris c. Ferris*, 2002 NBCA 25, [2002] A.N.-B. n^o 96 (QL). L'article 1 de cette *Loi* est ainsi rédigé :

“best interests of the child” means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

« intérêt supérieur de l'enfant » désigne l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances, compte tenu

(a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

a) de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

(b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

b) des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;

(c) the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;

c) de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

(d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each

d) de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou soeur de l'enfant et, le cas échéant, chaque

grandparent of the child;

grand-parent de l'enfant;

(e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

(f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

f) du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

(g) the child's cultural and religious heritage;

g) du patrimoine culturel et religieux de l'enfant;

B. *La définition de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les instances ressortissant à la mobilité*

[14]

Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, la Cour suprême a établi les facteurs juridiques essentiels qui doivent entrer en ligne de compte dans une instance ressortissant à la mobilité. Le parent qui avait la garde (la mère) voulait déménager en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie. Le parent qui exerçait des droits d'accès (le père) a demandé la garde ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à la mère de déménager l'enfant. Les juges majoritaires ont refusé de modifier l'ordonnance de garde et ont autorisé le déménagement. La juge McLachlin (tel était alors son titre), a prescrit une analyse à deux volets à laquelle il faut recourir pour trancher une requête en modification d'une ordonnance. Le premier volet consiste à déterminer s'il est survenu un changement important quant à la situation de l'enfant. Voici ce qu'a dit la juge McLachlin :

Avant d'examiner le bien-fondé de la requête en modification, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant depuis le prononcé de la dernière ordonnance de garde. Aux termes du par. 17(5), le tribunal ne modifie l'ordonnance de garde ou d'accès que s'il est survenu un changement dans les « ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans

la situation de l'enfant ». Aussi l'analyse prendra-t-elle fin à cette étape si le requérant ne réussit pas à établir l'existence d'un changement important : *Wilson c. Grassick* (1994), 2 R.F.L. (4th) 291 (C.A. Sask.).

L'exigence d'un changement important dans la situation de l'enfant signifie que la requête en modification de la garde ne peut être un moyen détourné d'en appeler de l'ordonnance de garde initiale. Le tribunal ne peut entendre l'affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance : *Baynes c. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (C.A.C.-B.); *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (C.A. Ont.); *Wesson c. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (C.S.N.-É), à la p. 194.

Quand aura-t-on établi un changement important dans la situation de l'enfant? Le changement seul ne suffit pas; il doit avoir modifié fondamentalement les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir : *Watson c. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (C.S.C.-B.). La question est de savoir si l'ordonnance antérieure aurait pu être différente si la situation actuelle avait alors existé : *MacCallum c. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32 (C.S.Î-P.-É.). En outre, le changement doit refléter une situation nettement différente de ce que le tribunal pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a rendu la première ordonnance. [TRADUCTION] « Le tribunal cherche à dégager les facteurs qui n'étaient pas susceptibles de se produire au moment de la procédure » : J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), à la p. 11-5. [par. 10 à 13]

[15] Si cette première étape est franchie, la deuxième consiste à de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant compte tenu de toutes les circonstances pertinentes. La préoccupation première demeure, toutefois, l'intérêt de l'enfant. Les facteurs essentiels qui doivent être pris en considération au moment de déterminer l'intérêt de l'enfant dans une instance ressortissant à la mobilité ont été énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* :

Le droit peut se résumer ainsi :

[...]

5. Chaque cas dépend de ses propres circonstances. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire.
6. L'accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.
7. Plus particulièrement, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants :
 - a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien;
 - b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit;
 - c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents;
 - d) l'opinion de l'enfant;
 - e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant;
 - f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde;
 - g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué.

En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci : quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes? [Par. 49 et 50]

[16] Certes, l'arrêt *Gordon c. Goertz* concernait une requête en modification d'une ordonnance de garde existante et la présente instance concerne, quant à elle, une décision initiale en matière de garde. Je dois donc examiner également la jurisprudence se rapportant à la fois à une demande de déménagement d'un enfant et à une demande de garde initiale.

[17] S'agissant d'une demande initiale, la question d'un déménagement envisagé a été examinée dans l'arrêt *Nunweiler c. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, [2000] B.C.J. No. 935 (QL). Dans cet arrêt, le juge d'appel Saunders a statué que bien que le premier volet de l'analyse (la preuve d'un changement important de la situation de l'enfant) ne s'applique pas dans une instance relative à une demande de garde initiale, le deuxième volet, qui comprend l'examen des facteurs énoncés par la juge McLachlin dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, est instructif :

[TRADUCTION]

On prétend, au nom de M. Nunweiler, que l'arrêt *Gordon c. Goertz* ne s'applique pas à la situation qui nous occupe parce qu'il se rapportait à une requête en modification et non à une décision initiale en matière de garde comme c'est le cas en l'espèce. Je ne souscris pas à cette prétention. Bien qu'il soit évident que l'analyse prévue au premier volet (l'exigence d'un changement important quant à la situation de l'enfant) ne s'applique pas à une instance qui ressortit à une ordonnance de garde initiale, l'examen prescrit au deuxième volet de la détermination de la garde et de l'accès est, à mon avis, instructif, et il y a lieu de prendre en compte les facteurs qu'a énoncés la juge McLachlin, avec les adaptations nécessaires [par. 27].

[18] Le juge Saunders dit ensuite ceci :

[TRADUCTION] L'importance que revêt le raisonnement suivi dans *Gordon c. Goertz* pour les fins d'une décision initiale en matière de garde est, à mon sens, triple. En premier lieu, cet arrêt enjoint au tribunal d'examiner la raison pour laquelle un parent déménage mais à seules fins d'évaluer la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant. Cette directive est à mon avis tout aussi pertinente

dans le cadre d'une audience initiale concernant la garde qu'elle l'est dans le cadre d'une audience relative à une modification. En deuxième lieu, l'arrêt confirme l'importance de la directive qui est formulée au par. 16(10), de tenir compte de la volonté d'un parent de faciliter le contact, mais souligne que cette considération est subordonnée à la prise en compte globale de l'intérêt de l'enfant. En troisième lieu, et d'une façon plus générale, il aborde la question d'un changement de résidence du point de vue du respect dû à la décision d'un parent de vivre et de travailler là où il le veut, à moins qu'il soit animé par un motif répréhensible [par. 28].

[19] Cette analyse a été confirmée dans l'arrêt *Falvai c. Falvai*, 2008 BCCA 503, [2008] B.C.J. No. 2365 (QL), lequel se rapportait aux prétentions concurrentes des deux parents à la garde de leur jeune fils. La mère avait interjeté appel de la décision de la Cour supérieure qui lui accordait la garde exclusive à la condition qu'elle n'emmène pas son fils à l'extérieur de la collectivité où vivait le père. La mère voulait quitter l'île de Vancouver avec son fils pour aller s'établir dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique. Le juge d'appel Smith, qui rendait le jugement unanime de la Cour, a accueilli l'appel et a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION]

En toute déférence, toutefois, il m'est impossible d'en venir à la même conclusion en ce qui concerne la façon dont le juge du procès a appliqué le droit pertinent. À mon avis, la principale erreur du juge du procès est qu'il n'a pas adopté une démarche mixte pour trancher la question du déménagement envisagé de l'appelante avec l'enfant dans le contexte des demandes concurrentes des parties quant à la garde de l'enfant. C'était là un facteur important qui devait être évalué à la lumière des autres facteurs pertinents aux fins de décider quel était l'intérêt de l'enfant. L'erreur a été aggravée lorsque, après avoir accordé la garde de l'enfant à l'appelante, le juge du procès a examiné les raisons pour lesquelles l'appelante voulait déménager afin de décider s'il devait l'autoriser à déménager avec l'enfant. Les raisons pour lesquelles elle voulait déménager, en l'absence d'un motif répréhensible, n'avaient aucun rapport avec sa capacité de pourvoir aux besoins de l'enfant et, comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Gordon*, n'étaient pas

pertinentes pour les fins de l'analyse. De même, si le juge du procès avait soupesé le principe du « contact maximum » ou du « maximum de communication » énoncé au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* à la lumière des autres facteurs pertinents lorsqu'il a évalué la question de la garde, il n'aurait peut-être pas conclu que c'était là le [TRADUCTION] « facteur déterminant » sur lequel s'appuyer pour interdire à l'appelante de déménager avec l'enfant. Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Gordon*, le principe du contact maximum est important mais il n'est pas absolu. S'appuyant sur ces deux dernières considérations, le juge du procès a conclu qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de rester dans la collectivité où vivait l'intimé même si l'appelante en avait la garde exclusive. Cette « condition » a eu pour effet d'apporter une restriction aux pouvoirs légaux dont jouissait l'appelante en sa qualité de parent ayant la garde exclusive de l'enfant, restriction qui était incompatible avec les droits d'un parent ayant la garde. La somme de ces erreurs a donné lieu à une ordonnance qui, à mon avis, aurait été différente si le juge du procès avait effectué la bonne analyse. [par. 20]

[20]

Le juge Smith ajoute ensuite ceci :

[TRADUCTION]

Bien que les tribunaux d'appel doivent se montrer prudents lorsqu'ils interviennent dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge du procès aux fins de déterminer l'intérêt de l'enfant, je conclus, dans les circonstances qui nous occupent, que la restriction apportée au droit de garde de l'appelante ne saurait être étayée par les principes juridiques dont nous avons fait état ci-dessus. L'appelante est la personne qui prodigue les soins essentiels à l'enfant depuis sa naissance. Elle désire retourner vivre dans la collectivité d'où elle venait avant de se marier et où elle trouvera des appuis d'ordre affectif, psychologique, social et économique. Les raisons pour lesquelles elle déménage ne sont pas répréhensibles mais ont un rapport avec ses besoins personnels.

Le juge du procès, en l'espèce, avait une décision difficile à rendre. À mon avis, il lui fallait déterminer si l'intérêt de l'enfant serait mieux servi s'il demeurait avec sa mère, celle-ci lui prodiguant les soins essentiels, dans le nouveau lieu d'habitation choisi par elle, mais en n'ayant qu'un

accès limité auprès de son père, ou s'il habitait avec son père dans la maison où il avait passé son enfance mais en ayant un accès plus limité auprès de sa mère. Il ne lui appartenait pas, à mon avis, de déterminer qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'être confié à la garde exclusive de sa mère tout en empêchant la mère de déménager avec l'enfant. [par. 38 et 39]

[21] Dans l'arrêt *A.M.K.H. c. K.A.M.*, 2003 NBCA 33, 259 R.N.-B. (2^e) 291, la juge d'appel Larlee a examiné l'application de l'arrêt *Gordon c. Goertz* :

Dans une opinion concordante, la juge L'Heureux-Dubé dit au paragraphe 121 [R.C.S.] (p. 92) que la détermination de l'intérêt de l'enfant commande également un examen du rôle particulier de la personne qui lui prodigue les soins essentiels et du lien affectif que l'enfant entretient avec elle. La juge L'Heureux-Dubé ajoute qu'en général rompre la relation de l'enfant avec la personne qui lui prodigue les soins essentiels sera davantage néfaste qu'un contact moindre avec le parent non gardien. [par. 12]

[22] Dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, la juge Larlee apporte également des précisions utiles sur les questions ressortissant à la mobilité. Voici ce qu'elle dit :

Depuis l'arrêt *Gordon c. Goertz* la tendance générale qui se dessine dans la jurisprudence a consisté à approuver le déménagement envisagé à la condition qu'il soit envisagé de bonne foi et n'ait pas pour objet de compromettre la relation du parent qui a des droits d'accès auprès de l'enfant. Toutefois, il faut aussi, habituellement, que le parent qui déménage soit disposé à satisfaire les intérêts à la fois de l'enfant et du parent qui exerce un droit d'accès. Cela nécessite généralement la réorganisation de l'exercice des droits d'accès et il se peut que le parent qui déménage doive supporter le coût accru de l'accès auprès de l'enfant dans le cadre du nouvel arrangement, parfois au moyen d'une modification des obligations alimentaires envers l'enfant. Toutefois, là où cette tendance générale est la plus évidente, c'est dans les cas où il est clair qu'une des parties est la personne qui prodigue les soins essentiels à l'enfant ou aux enfants. Le déménagement envisagé est moins susceptible d'être approuvé lorsque le soin des enfants et

leur garde physique ont été partagés également entre les parents. De plus, il ne se dégage aucune tendance de ce genre dans des instances où le déménagement envisagé entraîne la séparation d'une fratrie qui, jusqu'alors, habitait ensemble. La séparation d'une fratrie qui est ordonnée par la Cour reste exceptionnelle [par. 18].

Voir aussi l'analyse exhaustive des règles de droit qui régissent les questions de mobilité qu'ont publiée la juge d'appel Larlee et Clark Colwell dans le *Bulletin des Avocats* et qui s'intitule « Child Custody and Access in Mobility Cases: Getting it Right the First Time », printemps 2010, tome 26, numéro 1.

C. *Application des principes aux circonstances de la présente instance*

[23] Dans son mémoire, le père affirme que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'ensemble des facteurs pertinents (par. 16(8) de la *Loi sur le divorce* et définition de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » que l'on trouve à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*) et en s'appuyant uniquement sur une partie des critères énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*.

[24] Je suis respectueusement d'avis que le juge a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il accordé la garde partagée, la mère étant principalement responsable de l'enfant. Bien qu'il ait semblé mettre l'accent sur les critères énoncés aux par. 49 et 50 de l'arrêt *Gordon c. Goertz*, le résultat final a été la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.

[25] Dans l'idéal, les juges devraient sans doute se reporter plus largement à la *Loi sur le divorce* et analyser la définition de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » qui est donnée à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*. En l'espèce, toutefois, le juge a expressément et implicitement fondé sa décision sur l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Pendant qu'il examinait les critères énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, le juge du procès a effectué une analyse de l'« intérêt supérieur de l'enfant » en évaluant les besoins, les ressources et d'une façon générale, la situation de l'enfant. La décision du

juge montre qu'il savait quels facteurs devaient être pris en compte. Il s'est servi des facteurs prescrits dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* pour intituler différentes rubriques dans sa décision et a disséqué chaque facteur en se servant des éléments de preuve dont il disposait. Le juge du procès a consacré des efforts considérables à exposer dans le détail son appréciation de la situation et la conclusion à laquelle il est parvenu trouve appui dans le dossier.

[26] Comme nous l'avons vu, le juge du procès savait fort bien qu'un changement important de la situation n'est pas pertinent dans des circonstances où, comme c'est le cas en l'espèce, il s'agit d'une décision initiale concernant la garde et non d'une demande de modification.

[27] J'estime que le juge n'a pas commis d'erreur en appliquant les critères énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*. Bien qu'il n'ait pas expressément examiné l'application du par. 16 (8) de la *Loi sur le divorce* ou des dispositions de la *Loi sur les services à la famille*, il est manifeste qu'il était conscient des exigences de ces textes législatifs et qu'il a tenu compte des critères pertinents pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Le juge a fourni une analyse complète concernant les rôles parentaux respectifs des parties tant pendant la cohabitation qu'après la séparation. Il a fait état du manque d'éléments de preuve en ce qui concernait les familles élargies des parties et la nouvelle relation de la mère. Le juge du procès a mis l'accent sur les arrangements existants concernant la garde et l'accès et il a examiné dans les moindres détails la relation entre l'enfant et ses père et mère. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

D'après la preuve dans son ensemble, je suis convaincu que bien que J.A.D. ait apporté une contribution au style de vie de la famille, c'est L.D.D. qui a été la force principale et dominante dans l'organisation de la vie de L.N.C.D. Je conclus qu'elle était la personne qui lui prodiguait les soins essentiels. D'ailleurs, J.A.D. se plaint de ce que L.D.D. dirigeait leurs vies pendant leur mariage, situation à laquelle il avait consenti.

L.D.D. a eu la garde physique et quotidienne de L.N.C.D. et elle a été celle qui lui a prodigué les soins essentiels. Bien que cette relation ne crée pas de présomption en faveur de L.D.D., c'est un des facteurs qui doivent être sérieusement pris en considération pour trancher la question de la garde. [par. 12 et 13]

[28] Bien que le juge ait sans doute mentionné les critères énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, il n'a pas appliqué le droit d'une façon erronée. Dans l'arrêt *D.P. c. R.B.*, 2009 PECA 12, [2009] P.E.I.J. No. 28 (QL), la juge d'appel Murphy, a fait les observations suivantes à propos d'un cas semblable :

[TRADUCTION]

Je ne crois pas que le juge du procès ait commis une quelconque erreur de droit. Bien qu'il ait accordé une importance substantielle aux facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, cela n'a pas constitué une application erronée du droit. Il est clair que la situation est régie par les dispositions de l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Les directives contenues dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, précité, sont largement reconnues comme étant la façon dont il faut appliquer les dispositions de la *Loi sur le divorce* pour tenir compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque enfant. Dans l'arrêt *Nunweiler c. Nunweiler*, précité, le juge d'appel Saunders a dit qu'il y avait lieu de faire une utilisation modifiée des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*. Le juge du procès a conclu que l'intimée était la personne qui prodiguait les soins essentiels aux enfants depuis leur naissance. Il a tenu compte des arrangements parentaux qui avaient été conclus à l'occasion après la séparation et des circonstances qui avaient amené la mère intimée à quitter l'Île-du-Prince-Édouard pour aller s'établir au Québec avec les enfants. Il a accordé une importance suffisante à toutes les considérations pertinentes relatives aux enfants qui sont énoncées à l'art. 16 de la *Loi sur le divorce* et prescrites par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, précité [par. 29].

[29] En l'espèce, le juge s'est demandé s'il y avait lieu de maximiser les contacts entre l'enfant et son père et il était manifestement conscient de la perturbation

que pouvait causer chez l'enfant l'éloignement de son milieu et de sa famille élargie ainsi que des conséquences que cela pouvait avoir. Le juge n'a, à juste titre, examiné que d'une façon limitée les raisons pour lesquelles la mère voulait quitter le Nouveau-Brunswick pour s'établir à Terre-Neuve-et-Labrador. En somme, il a examiné les facteurs qui régissent effectivement la détermination de l'« intérêt supérieur de l'enfant ».

VI. Dispositif

[30] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel. J'ordonnerais à l'appelant de payer des dépens de 1 500 \$.