

COUR OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

172-10-CA

N.E.R.

(Respondent)

APPELLANT

N.E.R.

(Intimée)

APPELANTE

- and -

- et -

J.D.M.

(Applicant)

RESPONDENT

J.D.M.

(Requérant)

INTIMÉ

N.E.R. v. J.D.M., 2011 NBCA 57

N.E.R. c. J.D.M., 2011 NBCA 57

CORAM:

The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green

CORAM :

L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Quigg  
L'honorable juge Green

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
November 29, 2010

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 29 novembre 2010

History of the Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appeal heard and judgment rendered:  
June 22, 2011

Appel entendu et jugement rendu :  
Le 22 juin 2011

Reasons delivered:  
September 22, 2011

Motifs déposés :  
Le 22 septembre 2011

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Patrick E. Hurley, Q.C.

For the respondent:  
David A. Estey

**THE COURT**

The appeal is allowed with costs of \$2,500 payable by the respondent to the appellant. The motion judge's decision is set aside and the matter is remitted to a different judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, for a new hearing.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :  
Patrick E. Hurley, c.r.

Pour l'intimé :  
David A. Estey

**LA COUR**

Accueille l'appel avec dépens de 2 500 \$ que l'intimé devra verser à l'appelante. La décision du juge saisi de la motion est annulée et l'affaire est renvoyée en vue d'une audience devant un autre juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal by the mother, N.E.R., from an unreported decision made pursuant to s. 17 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2<sup>nd</sup> Supp.) and ss. 7 and 8 of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 varying legal custody, access and child support. The mother alleges that the motion judge erred in law: (1) by concluding there had been a material change in circumstances allowing him to vary the existing custody, access and child support; and (2) by varying the existing custody and access arrangement and child support payment solely on the basis of affidavit evidence. On June 30, 2011, we allowed the appeal, set aside the motion judge's decision and ordered a new hearing. We stated reasons for this decision would follow in due course. These are our reasons.

II. Factual and Procedural Background

[2] The parties married in August 2003. There was one child of the marriage, born in April 2005. The parties separated in August 2005. Following their separation, the parties negotiated a Domestic Contract, wherein the issues of custody and access were agreed upon. Paragraphs 6(a) and (b) of the domestic contract state:

6. Custody and Access

(a) The parties shall have joint custody of the child of the marriage, R.J.M., born April 5, 2005, with the primary day to day care and control with the wife. The [father] shall have reasonable access to the child at all reasonable times upon prior reasonable notice with such times to be agreed upon between the parties. The parties agree that the access exercised by the [father] shall be in the wife's home until further agreement.

(b) Once the wife returns to work, the parties have agreed that the [father] shall care for the child, R.J.M. in the wife's home when the wife is working night shifts or weekends.

[3] The custody and access arrangement was subsequently incorporated into and formed part of the Order for Corollary Relief to a divorce dated October 18, 2006.

[4] By Notice of Motion, the father applied to the Court of Queen's Bench, Family Division, citing s. 17 of the *Divorce Act* and ss. 7 and 8 of the *Federal Child Support Guidelines* for interim relief including, among other things:

2. That access to the child of the marriage, namely R.J.M., born April 5, 2005, aged 5 be varied to be split custody [sic] or shared custody, pursuant to the *Divorce Act*, section 17;

[5] The motion was heard by a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, on November 23, 2010. The hearing proceeded strictly on the basis of affidavits filed with the court. There was no *viva voce* evidence nor cross examination of any witnesses with respect to the contents of the affidavits. Counsel for the parties filed pre-hearing briefs and presented oral arguments at the hearing of the motion.

### III. Motion Judge's Decision

[6] On November 29, 2010 the motion judge issued an order which resulted in a *de facto* change of custody of R.J.M. from the above-described arrangement to the following:

1. The father will have the child with him during the 4 days that the mother is working. The mother will bring the child to the father the night before she starts day 1 of her schedule and the child shall continue to stay with her father until the mother completes day 4 of her schedule.
2. Each parent will have the child during summer vacations for a minimum of three weeks.

3. Each parent will have the child during March Break alternating year to year. For 2011, the mother will have the Child.
4. The child will share equal time with her parents on her birthday, Easter and Thanksgiving.
5. At Christmas, the child shall be with her mother Christmas Eve, until 4 p.m. Christmas day; with her father, from 4 p.m. Christmas day and will spend Boxing Day with him.
6. The respondent will no longer pay child support; each parent shall pay special expenses on a 50/50 basis.

[...]

#### IV. Issues

[7] The mother submits that in the decision of November 23, 2010, the motion judge erred in law in the following respects:

- In concluding that the Respondent had proven that there had been a material change in circumstances requiring a variation of the existing custody, access and child support; and
- By varying the existing order for custody, access and child support on the basis of affidavit evidence only.

[8] An added complication in this case is that the motion judge failed to give sufficient reasons for his decision. This failure makes it impossible to determine what factors the motion judge considered in making his determination and whether he even considered the two-part test set out in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL). Furthermore, the motion judge failed to provide any analysis whatsoever as to how he came to the conclusion that a change in the custody arrangement was in the best interests of the child.

V. Standard of Review

[9] The standard of review for varying a motion judge's decision on custody is discussed in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100:

The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 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]

[10] Therefore, deference is owed to a motion judge's assessment of the evidence, determination of custody and all incidental terms. However, deference is not owed when reviewing a decision on a question of law, including what the proper criteria should be when determining whether a material change of circumstances has occurred, what the best interests of the child are or when the motion judge fails to give sufficient reasons for his or her decision.

## VI. Analysis

[11] In the present case, the motion was brought pursuant to provisions of the *Divorce Act* for a variation of a custody order. The governing principles are set out in s. 17(5) of the *Divorce Act*:

### **Factors for custody order**

(5) Before the court makes a variation order in respect of a custody order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child of the marriage occurring since the making of the custody order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change.

### **Facteurs considérés pour l'ordonnance de garde**

(5) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance de garde, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative.

[12] That provision instructs the motion judge to "take into consideration only the best interests of the child" when varying an existing order. As the *Divorce Act* does not provide a definition of "the best interests of the child", one may look to section 1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 for guidance.

### **1 In this Act**

[...]

"best interests of the child" means the best interests of the child under the

### **1 Dans la présente loi**

[...]

« intérêt supérieur de l'enfant » désigne l'intérêt supérieur de l'enfant dans les

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;

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;

## VII. Material Change in Circumstances

[13] In *Gordon v. Goertz*, McLachlin J., as she then was, set out a two-part test to be applied when faced with a request to vary custody. In *K.C.W.V. v. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 N.B.R. (2d) 351, this Court stated:

The first step is establishing a material change of circumstances of the child since the last custody order was made:

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.). [para. 10]

Next, McLachlin J. touches upon the factual foundation required to establish a material change:

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.

It follows that before entering on the merits of an application to vary a custody order the judge must be satisfied of: (1) a change in the condition, means, needs or circumstances of the child and/or the ability of the parents to meet the needs of the child; (2) which materially affects the child; and (3) which was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated by the judge who made the initial order. [paras. 12-13]

The second step of McLachlin J.'s test is that of the best interests of the child. In *C.M.B.E. v. D.J.E.*, 2006 NBCA

88, 304 N.B.R. (2d) 191, this Court made the following related observations:

Pursuant to s. 17(5) of the *Act* a party seeking variation of a custody or access order must establish that "there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child [...]" since the last custody or access order was made and that the variation is in the best interests of the children. In determining whether a change in circumstance has occurred a Court is not "precluded from considering events which occurred prior to the last order". See *Fullarton v. Fullarton* (1994), 152 N.B.R. (2d) 321, [1994] N.B.J. No. 323 (Athey J.) (QL).

As we pointed out in *D.G. v. H.F.*, [2006] N.B.J. No. 158 (QL), 2006 NBCA 36, the Supreme Court has instructed in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), that once the threshold of a material change in circumstances is found on a variation application, then a fresh inquiry must be made into the best interests of the child and the focus of that inquiry is not the interests or rights of the parents. [paras. 7-8]

[paras. 13-15]

[14] In this case, the motion judge concluded there had been a material change in circumstances since the making of the previous order but he failed to provide any cogent reasons for this finding. The motion judge erred in law by failing to illustrate that he undertook the first step of the necessary two-part analysis.

### VIII. Best Interests of the Child

[15] As stated earlier, McLachlin J. also establishes the "best interests of the child test" in *Gordon v. Goertz* as the second step of the two-part test. The analysis to be undertaken by a motion judge when determining the "best interests of the child" in custody and access matters is addressed by McLachlin J., as she then was, in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL):

First, the "best interests of the child" test is the only test. The express wording of s. 16(8) of the Divorce Act requires

the court to look only at the best interests of the child in making orders of custody and access. This means that parental preferences and "rights" play no role.

Second, the test is broad. Parliament has recognized that the variety of circumstances which may arise in disputes over custody and access is so diverse that predetermined rules, designed to resolve certain types of disputes in advance, may not be useful. Rather, it has been left to the judge to decide what is in the "best interests of the child", by reference to the "condition, means, needs and other circumstances" of the child. Nevertheless, the judicial task is not one of pure discretion. By embodying the "best interests" test in legislation and by setting out general factors to be considered, Parliament has established a legal test, albeit a flexible one. Like all legal tests, it is to be applied according to the evidence in the case, viewed objectively. There is no room for the judge's personal predilections and prejudices. The judge's duty is to apply the law. He or she must not do what he or she wants to do but what he or she ought to do.

Third, s. 16(10) provides that in making an order, the court shall give effect "to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child." This is significant. It stands as the only specific factor which Parliament has seen fit to single out as being something which the judge must consider. By mentioning this factor, Parliament has expressed its opinion that contact with each parent is valuable, and that the judge should ensure that this contact is maximized. The modifying phrase "as is consistent with the best interests of the child" means that the goal of maximum contact of each parent with the child is not absolute. To the extent that contact conflicts with the best interests of the child, it may be restricted. But only to that extent. Parliament's decision to maintain maximum contact between the child and both parents is amply supported by the literature, which suggests that children benefit from continued access: Michael Rutter, Maternal Deprivation Reassessed (1981), Robin Benians, "Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children", in Jo Tunnard, ed., Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families (1982). [paras. 202-204]

In the case before us, once the motion judge had determined that there had been a change in circumstances, he should have undertaken a “fresh inquiry” into the best interests of the child in determining that a variation of custody was in the child’s best interests.

- [16] He did not discuss what factors he considered when deciding what was in the child’s best interests, nor did he appear to utilize the definition of best interests of the child as delineated in the *Family Services Act*. As a result, the motion judge erred in law, thus allowing appellate intervention.

#### IX. Varying the Existing Order on the Basis of Affidavit Evidence Only

- [17] The mother submits that the motion judge erred in law by varying the existing order regarding custody, access and child support on the basis of affidavit evidence only. The father says that access was varied by the judge after considering affidavit evidence and upon hearing submissions by counsel for both parties. The father submits counsel for both parties were given the opportunity by the judge to request *viva voce* evidence and to cross examine the deponents to the various affidavits. He also states the parties were represented by “very experienced counsel” who advised the judge they did not require *viva voce* evidence or cross-examination of the deponents.

- [18] In her written submission, the mother refers to *Circelli v. Circelli*, [1999] O.J. No.1724 (C.A.) (QL), an appeal by a mother from an order awarding custody of two children to their father based solely on affidavit evidence. The father had brought a motion for custody in the action for divorce and corollary relief. The parties proceeded on the basis that the father sought only interim custody, although that was not specified in the notice of motion. The motion judge found that the matter could be decided without a trial since the issues were not in dispute. The parties assumed that the award of custody to the father was a permanent order. The appeal was allowed and the custody order was set aside. The court found that while it was appropriate to grant interim custody to the father, permanent custody was best determined in the normal course after a trial:

The appellant's primary argument is that the motions judge erred in granting an order of permanent custody on

affidavit evidence, that is without having conducted a trial of that issue. We agree with this submission.

In the normal course, the issue of permanent custody is best determined after a trial at which the court has an opportunity of observing and assessing the parties by hearing their evidence in-chief and hearing that evidence tested on cross-examination.

Having said this, we recognize that there will be unusual cases where the circumstances are such that nothing will be added to the decision-making process by requiring a trial.

In this case, the respondent correctly points out that neither party asked the motions judge for a trial of the custody issue. However, that failure is understandable given that the parties were proceeding on the premise that the order being sought was for interim not permanent custody.

A determination to grant permanent custody will often involve different legal and factual issues than those that are addressed on a motion for interim custody. Because of this, it was important for the motions judge to have made it clear to the parties, during the course of the motion, that he was considering making an order for permanent custody in order that they might address specific issues applicable to that relief and also to give them an opportunity to ask for a trial of the issue if they thought that to be necessary. We are advised that this was not done. For that reason alone, the order of the motions judge must be set aside.

[paras. 6-10]

[19] In this case, a review of the affidavits put before the motion judge reveals a substantial dispute of the evidence that specifically related to the issues of material change in circumstances and the best interests of the child, the exact questions he was called upon to adjudicate.

[20] It is my view that in a situation such as the one before us, where the judge was confronted with completely conflicting affidavits and a highly visible level of animosity between the parties, he should have disregarded the agreement by counsel not to call *viva voce* evidence nor to conduct cross examination of the deponents and set the

matter down for a full hearing. He should not have made an order which altered custody and access on the basis of the obviously conflicting affidavits before him.

- [21] Therefore, the motion judge erred in law by varying the custody, access and child support order on the basis of affidavit evidence which contained a substantial dispute of facts.

X. Sufficiency of Reasons

- [22] In *P.R.H. v. M.E.L.*, Larlee J.A. states:

In *Van de Perre*, Bastarache J. noted that in preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of the factors outlined in *Gordon v. Goertz*. However, he went on to state it would be unreasonable to require a judge to discuss every piece of evidence when explaining his or her reasons. Thus, while a trial judge is not compelled by *Van de Perre* to discuss each of the factors enumerated in *Gordon v. Goertz* when evaluating the best interests of the child in a custody or mobility case, it nevertheless remains prudent to refer to the relevant criteria. In *Karpodinis v. Kantas* (2006) 227 B.C.A.C. 192, [2006] B.C.J. No. 1209 (QL), 2006 BCCA 272 at para. 26, the Court observed that mobility cases vary infinitely in their fact patterns and no case can provide a complete template for another. Furthermore, in custody cases, wherein the governing consideration is the best interests of the child, the judicial inquiry is heavily fact-dependent and the decision is ultimately discretionary, the scope of appellate review is strictly limited. An appellate court will only interfere if the trial judge acted on some wrong principle or significantly misapprehended the evidence.

In *Young v. Young* (2003), 63 O.R. (3d) 112 (C.A.), [2003] O.J. No. 67 (QL), Laskin J.A. cautioned against the use of conclusory reasons in family law cases. He held that the three main rationales for reasoned decisions from *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, [2002] S.C.J. No. 30 (QL), 2002 SCC 26, were also applicable in the family law context. These three rationales are: (1) public confidence in the administration of the justice system; (2) the importance of telling the losing party the reasons for having lost; and (3) making the right of appeal meaningful. The importance

of sufficient reasons has similarly been affirmed by this Court of Appeal in *A.M.K.H. v. K.A.M.* (2003), 259 N.B.R. (2d) 291, [2003] N.B.J. No. 171 (QL), 2003 NBCA 33 and *Blanchard v. Léger* [2009] N.B.J. No. 2 (QL), 2009 NBCA 2. See also *Petrowski v. Waskul* (2003), 173 Man.R. (2d) 237, [2003] M.J. No. 151 (QL), 2003 MBCA 65 at para. 13.

In *R. v. Walker*, [2008] S.C.J. No. 34 (QL), 2008 SCC 34, the Court emphasized that the parties are entitled to know why the judge reached his or her decision, and that reasons must be sufficient to allow for appellate review. However, an appellate court is not to intervene merely because a trial court did a poor job in expressing itself. The Court held that reasons are sufficient if they are responsive to the live issues of the case and the parties' key arguments. Sufficiency of reasons must be measured by the degree to which they respond to the substance of what was in issue. The live issues of the case must be dealt with, and the basis for the ruling must be clear.

The Supreme Court's most recent pronouncement concerning the issue of adequate reasons for judgment is found in the decision of *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, [2008] S.C.J. No. 52 (QL), 2008 SCC 51, in which McLachlin C.J.C. advocates a functional context-specific approach to the consideration of adequacy of reasons. Courts of Appeal which are considering the sufficiency of reasons should read them as a whole, in the context of the evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered. The function of the reasons is to tell the affected parties why the decision was made, to provide public accountability and to permit effective appellate review. The reasons need to show the path the judge followed from the evidence to the factual findings to the legal conclusions. This approach was followed by this Court in *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. T.L.M. (Litigation guardian of)*, [2009] N.B.J. No. 19 (QL), 2009 NBCA 8, in which Richard J.A. discusses the question of sufficiency of reasons to be applied in child protection matters. [paras. 10-13]

[23] In this case, it is not possible to determine the extent to which the motion judge considered the criteria delineated in *Gordon v. Goertz*, or what weight he gave, if

any, to these factors in reaching his determination that there was a material change in circumstances. The motion judge's analysis is found in two places in the decision:

After analyzing all sides of the issue before me, I have come to the conclusion that the respondent has made unilateral decisions without meaningful consultation or rational discussion with the child's father. It is clear that the respondent intends to control the agenda on the basis that the Domestic Contract reads "that the Wife shall have the right to make the final decision".

[...]

In my view, the applicant's request is most reasonable and, in my view, in the best interests of the child.

[Judgment – 29 November 2010, p. 7]

These conclusory reasons are not sufficient to ensure the best interests of the child have been adequately considered, nor do they allow for meaningful appellate review of the correctness of the decision.

#### XI. Disposition

- [24] The appeal is allowed with costs of \$2,500 payable by the respondent to the appellant. The decision of the Court of Queen's Bench, Family Division, dated November 29, 2010, is set aside. The matter is remitted to a different judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, for a determination of the issues raised in the motion and responding documents.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel qu'interjette la mère, N.E.R., d'une décision inédite rendue conformément à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), et aux art. 7 et 8 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, portant modification de la garde, de l'accès ainsi que des aliments au profit de l'enfant. La mère prétend que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit : (1) en concluant qu'il était survenu un changement de situation important qui l'autorisait à modifier les droits de garde et les droits d'accès existants ainsi que les aliments au profit de l'enfant; et (2) en modifiant l'arrangement existant concernant la garde et l'accès ainsi que la pension alimentaire versée au profit de l'enfant en s'appuyant uniquement sur une preuve par affidavit. Le 30 juin 2011, nous avons accueilli l'appel, annulé la décision du juge saisi de la motion et ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Nous avons alors précisé que les motifs de cette décision seraient déposés en temps utile. Voici nos motifs.

II. Le cadre factuel et procédural

[2] Les parties se sont mariées en août 2003. Il y a une enfant à charge, née en avril 2005. Les parties se sont séparées en août 2005. À la suite de la séparation, les parties ont négocié un contrat domestique dans lequel elles se sont entendues sur la question des droits de garde et d'accès. Les alinéas 6a) et b) du contrat domestique sont ainsi rédigés :

[TRADUCTION]  
6. Garde et accès

a) Les parties auront la garde conjointe de l'enfant à charge, R.J.M., née le 5 avril 2005, l'épouse étant la

principale responsable des soins quotidiens et de la direction de l'enfant. Le [père] aura un droit d'accès raisonnable auprès de l'enfant en toute période raisonnable sur préavis raisonnable, les périodes raisonnables devant être déterminées du commun accord des parties. Les parties conviennent que le [père] exercera ses droits d'accès au domicile de l'épouse jusqu'à ce qu'une nouvelle entente soit conclue.

b) Les parties sont convenues que lorsque l'épouse retournera au travail, le [père] prendra soin de l'enfant au domicile de l'épouse lorsque celle-ci fera des quarts de nuit ou de fins de semaine.

[3] Les arrangements en matière de garde et d'accès ont par la suite été incorporés dans l'ordonnance de mesures accessoires consécutive au divorce datée du 18 octobre 2006.

[4] Par voie d'avis de motion, le père, s'appuyant sur l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* ainsi que sur les art. 7 et 8 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, s'est adressé à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, afin d'obtenir des mesures réparatoires provisoires, notamment la mesure suivante :

[TRADUCTION]

2. Nous demandons que les droits d'accès à l'enfant à charge, savoir R.J.M., née le 5 avril 2005 et âgée de 5 ans, soient modifiés afin que la garde devienne une garde exclusive d'un des enfants [sic] ou une garde partagée, conformément à l'article 17 de la *Loi sur le divorce*[.]

[5] La motion a été entendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, le 23 novembre 2010. L'audience a été tenue uniquement sur la base des affidavits déposés devant la Cour. Il n'y a pas eu de témoignages de vive voix et aucun témoin n'a non plus été contre-interrogé relativement à la teneur des affidavits. Les avocats des parties ont déposé des mémoires préparatoires à l'audience et ont présenté une argumentation orale lors de l'audition de la motion.

### III. La décision du juge saisi de la motion

[6] Le 29 novembre 2010, le juge saisi de la motion a rendu une ordonnance qui a donné lieu, de fait, à une modification de la garde de R.J.M., l'arrangement décrit ci-dessus étant écarté au profit de ce qui suit :

#### [TRADUCTION]

1. Le père aura l'enfant avec lui les quatre jours pendant lesquels la mère travaille. La mère amènera l'enfant au père la veille du jour où commence son horaire de travail et l'enfant restera avec le père jusqu'à ce que la mère termine son quatrième jour de travail.
2. Chaque parent aura l'enfant pendant une période minimale de trois semaines au cours des vacances d'été.
3. Chaque parent aura l'enfant pendant les vacances scolaires du mois de mars en alternance annuelle. Pour l'année 2011, c'est la mère qui aura l'enfant.
4. L'enfant passera autant de temps avec l'un qu'avec l'autre de ses parents à son anniversaire, à Pâques et à l'Action de grâces.
5. À Noël, l'enfant sera avec sa mère, de la veille de Noël jusqu'à 16 heures le jour de Noël, et avec son père, à compter de 16 heures le jour de Noël ainsi que le lendemain de Noël.
6. L'intimée ne versera plus d'aliments au profit de l'enfant; chaque parent paiera sa part des dépenses spéciales, lesquelles seront partagées moitié-moitié.

[...]

#### IV. Les questions à trancher

[7] La mère prétend que dans la décision du 23 novembre 2010, le juge saisi de la motion a commis les erreurs de droit suivantes :

- Il a conclu que l'intimé avait prouvé qu'il était survenu un changement de situation important qui nécessitait la modification des droits de garde et d'accès existants ainsi que de la pension alimentaire au profit de l'enfant;
- Il a modifié l'ordonnance existante relative à la garde, à l'accès et à la pension alimentaire au profit de l'enfant en s'appuyant uniquement sur une preuve par affidavit.

[8] Il existe également, en l'espèce, une complication, savoir que le juge saisi de la motion n'a pas suffisamment motivé sa décision. Étant donné cette omission, il nous est impossible de savoir quels sont les facteurs dont il a tenu compte pour rendre sa décision et s'il a même pris en considération le critère à deux volets énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL). De plus, le juge saisi de la motion n'a fourni aucune analyse expliquant de quelle façon il en est arrivé à la conclusion que la modification de l'entente concernant la garde était dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### V. La norme de contrôle

[9] La norme de contrôle applicable aux fins de modifier la décision en matière de garde d'un juge saisi d'une motion a été examinée dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 100 :

La norme de contrôle qui s'applique dans le cadre d'un appel de cette nature a été examinée dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 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<sup>e</sup>) 90, [2004] A.N.-B. n° 363 (QL), 2004 NBCA 75, au par. 18; *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351, [2004] A.N.-B. n° 467 (QL), 2004 NBCA 98, au par. 27; *Scott c. Scott* (2004), 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 61, [2004] A.N.-B. n° 468 (QL), 2004 NBCA 99, au par. 32, et *Boudreau c. Brun* (2005), 293 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 126, [2005] A.N.-B. n° 501 (QL), 2005 NBCA 106, au par. 5.

[Par. 8 et 9]

[10] Il y a donc lieu de faire preuve de déférence envers la façon dont le juge saisi d'une motion a apprécié la preuve et dont il a déterminé les droits de garde et fixé toutes les modalités et conditions accessoires. Toutefois, nous ne sommes pas tenus à la déférence lorsqu'il s'agit de réviser une décision sur une question de droit, notamment celle de savoir quels devraient être les critères applicables aux fins de déterminer si un changement de situation important est survenu, en quoi consiste l'intérêt de l'enfant ou à quel moment le juge saisi de la motion omet de motiver suffisamment sa décision.

## VI. Analyse

[11] En l'espèce, la motion a été déposée conformément aux dispositions de la *Loi sur le divorce* et elle visait à obtenir la modification d'une ordonnance de garde. Les principes directeurs en la matière sont énoncés au par. 17(5) de la *Loi sur le divorce* :

### Factors for custody order

(5) Before the court makes a variation order in respect of a custody order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of the child of the marriage occurring since the making of the custody order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration only the best interests of the child as determined by reference to that change.

### Facteurs considérés pour l'ordonnance de garde

(5) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance de garde, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative.

[12] Cette disposition enjoint au juge saisi d'une motion de « ne [tenir] compte que de l'intérêt de l'enfant » lorsqu'il modifie une ordonnance existante. Puisque l'expression « intérêt de l'enfant » n'est pas définie dans la *Loi sur le divorce*, il est permis de se référer à l'article 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, où l'on trouve une définition de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant ».

**1 In this Act**

[...]

“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[.]

**1 Dans la présente loi**

[...]

« 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[.]

## VII. Le changement important dans la situation de l'enfant

[13] Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, la juge McLachlin, tel était alors son titre, a énoncé un critère à deux volets que doit appliquer le tribunal saisi d'une requête en modification des droits de garde. Dans l'arrêt *K.C.W.V. c. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351, notre Cour a dit ceci :

La première étape consiste à établir qu'un changement important est survenu quant à la situation de l'enfant depuis le prononcé de la dernière ordonnance de garde :

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.) [par. 10].

Par la suite, la juge McLachlin traite du fondement factuel nécessaire pour établir un changement important :

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.I.-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.

Il s'ensuit qu'avant de se pencher sur le bien-fondé d'une requête en modification d'une ordonnance de garde, le juge doit être convaincu de trois choses : (1) un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins; (2) ce changement doit toucher l'enfant de façon importante; et (3) il doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale [par. 12 et 13].

Le deuxième volet du critère établi par la juge McLachlin se rapporte à l'intérêt de l'enfant. Dans l'affaire *C.M.B.E. c. D.J.E.*, 2006 NBCA 88, 304 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 191, notre Cour a ajouté les observations suivantes :

Conformément au paragraphe 17(5) de la *Loi sur le divorce*, la partie qui sollicite la modification d'une ordonnance relative à la garde ou à l'accès doit établir qu'« il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant [...] » depuis le prononcé de la dernière ordonnance de garde ou ordonnance relative à l'accès et que la modification demandée est dans l'intérêt de l'enfant. Lorsqu'il statue sur le changement de circonstances, le tribunal [TRADUCTION] « n'est pas préclus d'examiner les événements survenus avant la dernière ordonnance ». Voir la décision *Fullarton c. Fullarton*, [1994] A.N.-B. n° 323, 152 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 321 [...] (la juge Athey).

Comme nous l'avons souligné dans l'arrêt *D.G. c. H.F.*, [2006] A.N.-B. n° 158 (QL), 2006 NBCA 36, la Cour suprême a précisé, dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52, [...] que dès lors que le tribunal conclut, dans le cadre d'une requête en modification, qu'il est survenu un changement important de la situation, il doit à nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant, l'accent n'étant pas mis sur l'intérêt et les droits des parents [par. 7 et 8].

[Par. 13 à 15]

[14] En l'espèce, le juge saisi de la motion a conclu qu'il était survenu un changement important dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance antérieure, mais il n'a fourni aucun motif convaincant susceptible d'étayer cette conclusion. Le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en ne montrant pas qu'il avait respecté la première étape de l'analyse à deux volets qui est prescrite.

### VIII. L'intérêt de l'enfant

[15] Comme nous l'avons vu, la juge McLachlin a également fait du « critère de l'intérêt de l'enfant » énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* la deuxième étape de l'analyse à deux volets. L'analyse que doit effectuer le juge saisi de la motion aux fins de déterminer « l'intérêt de l'enfant » en matière de garde et d'accès a été exposée par la juge McLachlin, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 112 (QL) :

Premièrement, le critère de « l'intérêt de l'enfant » est le seul critère. Le paragraphe 16(8) de la *Loi sur le divorce* prévoit expressément qu'en rendant une ordonnance de garde ou de droit d'accès, le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant : les « droits » du père ou de la mère ainsi que les préférences pour l'un d'eux ne jouent donc aucun rôle.

Deuxièmement, il s'agit d'un critère large. Le législateur a reconnu que, dans les conflits entourant la garde et le droit d'accès, les circonstances varient tellement que des règles prédéterminées, visant à résoudre d'avance certains types de conflits, peuvent ne s'avérer d'aucune utilité. Il a plutôt laissé au juge le soin de décider quel est « l'intérêt de l'enfant », compte tenu « de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation. » La tâche des tribunaux n'est pas, pour autant, purement discrétionnaire. En incorporant dans la loi le critère de « l'intérêt de l'enfant » et en précisant les facteurs généraux à prendre en considération, le législateur a établi un critère juridique, bien qu'il s'agisse d'un critère souple. Comme tous les critères juridiques, il doit être appliqué suivant la preuve au dossier, en toute objectivité. Il n'y a pas de place pour les préférences et les préjugés du juge. Son devoir est

d'appliquer la loi; non pas d'agir comme il ou elle le veut, mais comme il ou elle est tenu de le faire.

Troisièmement, le par. 16(10) dispose qu'en rendant une ordonnance, le tribunal applique « le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt ». Ces termes sont révélateurs. C'est le seul facteur que le législateur a choisi de soumettre expressément à l'attention du juge. Ce faisant, il a souligné l'importance qu'il accorde au contact avec chacun des parents et à la nécessité pour le juge de veiller à sa maximisation. Toutefois, la réserve qu'il introduit par les mots « compatible avec son propre intérêt » signifie que l'objectif d'établir le maximum de contact entre l'enfant et ses parents n'est pas absolu. Dans la mesure où ce contact entre en conflit avec l'intérêt de l'enfant, il peut être assorti de restrictions. Mais seulement dans cette mesure. La décision du législateur de favoriser au maximum les contacts entre l'enfant et ses parents s'appuie largement sur les recherches effectuées en la matière, lesquelles concluent à l'effet bénéfique d'une continuité de l'accès : Michael Rutter, *Maternal Deprivation Reassessed* (1981), Robin Benians, « Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children », dans Jo Tunnard, dir., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families* (1982).

[Par. 202 à 204]

En l'espèce, dès que le juge saisi de la motion a déterminé qu'il était survenu un changement dans la situation, il aurait dû « à nouveau déterminer » l'intérêt de l'enfant lorsqu'il a décidé qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de modifier les droits de garde.

[16] Il n'a pas précisé de quels facteurs il a tenu compte pour décider où résidait l'intérêt de l'enfant et il n'a pas non plus semblé recourir à la définition de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » que l'on trouve dans la *Loi sur les services à la famille*. Il s'ensuit que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit, ce qui justifie l'intervention de la cour d'appel.

IX. La modification de l'ordonnance existante sur la seule base d'une preuve par affidavit

[17] La mère prétend que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en modifiant l'ordonnance existante concernant la garde, l'accès et la pension alimentaire au profit de l'enfant en s'appuyant uniquement sur une preuve par affidavit. Le père affirme que le juge a modifié les droits d'accès après avoir examiné la preuve par affidavit et avoir entendu les observations des avocats des deux parties. Le père prétend que le juge a donné aux avocats des deux parties la possibilité de demander des témoignages de vive voix et de contre-interroger les auteurs des différents affidavits. Il affirme également que les parties étaient représentées par des [TRADUCTION] « avocats très expérimentés » qui ont informé le juge qu'ils n'avaient pas besoin d'entendre des témoignages de vive voix ni de contre-interroger les déposants.

[18] Dans son mémoire, la mère mentionne l'affaire *Circelli c. Circelli*, [1999] O.J. No. 1724 (C.A.) (QL), dans laquelle une mère avait interjeté appel d'une ordonnance accordant la garde de deux enfants à leur père sur la seule foi d'une preuve par affidavit. Le père avait déposé une motion en vue d'obtenir la garde dans le cadre de l'action en divorce et de la demande de mesures accessoires. Les parties avaient tenu pour acquis que le père ne sollicitait que la garde provisoire, bien que cela ne fût pas précisé dans l'avis de motion. Le juge saisi de la motion a conclu que l'affaire pouvait être tranchée sans procès étant donné que les questions soulevées n'étaient pas en litige. Les parties ont supposé que l'attribution de la garde au père était une ordonnance permanente. L'appel a été accueilli et l'ordonnance de garde annulée. La Cour a conclu que bien qu'il fût indiqué d'accorder la garde provisoire au père, il valait mieux que la question de la garde permanente soit tranchée suivant la voie habituelle, à l'issue d'un procès :

[TRADUCTION]

Le principal argument de l'appelante veut que le juge saisi de la motion ait commis une erreur en rendant une ordonnance de garde permanente sur la base d'une preuve par affidavit, c'est-à-dire sans avoir tenu un procès sur cette question. Nous souscrivons à cette prétention.

Normalement, il vaut mieux que la question de la garde permanente soit tranchée à l'issue d'un procès au cours duquel la Cour a la possibilité d'observer et d'évaluer les parties en entendant les témoignages qu'elles rendent en interrogatoire principal et en entendant ces témoignages être mis à l'épreuve en contre-interrogatoire.

Cela dit, nous reconnaissons qu'il y a des cas inhabituels où, étant donné les circonstances, on n'apporterait rien au processus décisionnel en exigeant la tenue d'un procès.

En l'espèce, l'intimé souligne à juste titre que ni l'une ni l'autre parties n'ont demandé au juge saisi de la motion la tenue d'un procès sur la question de la garde. Toutefois, cette omission est compréhensible étant donné que les parties partaient du principe que l'ordonnance sollicitée était une ordonnance de garde provisoire et non pas une ordonnance de garde permanente.

La décision d'accorder la garde permanente fait souvent intervenir des questions juridiques et factuelles différentes de celles qui sont examinées dans le cadre d'une motion visant l'obtention de la garde provisoire. De ce fait, il était important que le juge saisi de la motion fasse bien comprendre aux parties, pendant l'audition de la motion, qu'il envisageait de rendre une ordonnance de garde permanente afin qu'elles puissent aborder les questions précises ressortissant à cette mesure et afin qu'elles aient également la possibilité de demander la tenue d'un procès sur cette question si elles l'estimaient nécessaire. On nous informe que cela n'a pas été fait. Pour ce seul motif, l'ordonnance du juge saisi de la motion doit être annulée.

[Par. 6 à 10]

[19] En l'espèce, l'examen des affidavits déposés devant le juge saisi de la motion révèle une contestation importante de la preuve qui se rapportait précisément à la question du changement de situation important et à celle de l'intérêt de l'enfant; savoir les questions mêmes qu'il devait trancher.

[20] J'estime que dans une situation comme celle qui nous occupe en l'espèce, où le juge avait devant lui des affidavits complètement contradictoires et où l'animosité entre les parties était parfaitement visible, il aurait dû passer outre au fait que les avocats

avaient convenu de ne pas produire de témoignages de vive voix et de ne pas, non plus, contre-interroger les déposants, et faire inscrire l'affaire au rôle en vue d'une audience en bonne et due forme. Il n'aurait pas dû rendre une ordonnance qui venait modifier la garde et l'accès en s'appuyant sur les affidavits manifestement contradictoires déposés devant lui.

[21] Le juge saisi de la motion a donc commis une erreur de droit en modifiant l'ordonnance concernant la garde, l'accès et les aliments au profit de l'enfant sur la foi d'une preuve par affidavit qui faisait état d'une contestation importante des faits.

#### X. L'insuffisance des motifs

[22] Voici ce qu'a dit la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.* :

Dans l'arrêt *Van de Perre*, le juge Bastarache a souligné que lorsqu'il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge de première instance est censé prendre en considération chacun des facteurs mentionnés dans *Gordon c. Goertz*. Toutefois, il a ensuite dit qu'il serait déraisonnable d'exiger que le juge analyse chaque élément de preuve lorsqu'il explique ses motifs. Par conséquent, bien que l'arrêt *Van de Perre* ne contraigne pas le juge de première instance à analyser chacun des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* lorsqu'il évalue l'intérêt de l'enfant dans une affaire ressortissant à la garde ou à la mobilité, il est néanmoins prudent de mentionner les critères pertinents. Dans l'arrêt *Karpodinis c. Kandas* (2006), 227 B.C.A.C. 192, [2006] B.C.J. No. 1209 (QL), 2006 BCCA 272, au par. 26, la Cour a fait observer que dans les affaires soulevant une question de mobilité les situations factuelles varient à l'infini et aucune instance ne peut constituer un modèle complet à suivre dans une autre instance. De plus, dans les affaires de garde, où la considération primordiale est l'intérêt de l'enfant, où l'examen judiciaire repose en très grande partie sur les faits et où la décision est, au bout du compte, discrétionnaire, la portée de la révision en appel est strictement limitée. La cour d'appel n'intervient que si le juge de première instance a agi en s'appuyant sur un principe erroné ou a

commis une erreur significative dans l'interprétation de la preuve.

Dans l'arrêt *Young c. Young* (2003), 63 O.R. (3d) 112 (C.A.), [2003] O.J. No. 67 (QL), le juge d'appel Laskin a fait une mise en garde contre le prononcé de motifs en forme de conclusions dans les affaires ressortissant au droit de la famille. Il a statué que les trois raisons principales militant en faveur de la motivation des décisions qui sont mentionnées dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, [2002] A.C.S. n° 30 (QL), 2002 CSC 26, s'appliquaient aussi en matière de droit de la famille. Ces trois raisons principales sont (1) la confiance du public dans l'administration de la justice, (2) l'importance d'informer la partie perdante des raisons pour lesquelles elle n'a pas eu gain de cause et (3) la nécessité de permettre à cette partie d'exercer valablement son droit d'appel. Notre Cour d'appel a elle aussi réaffirmé l'importance de motifs qui soient suffisants dans les arrêts *A.M.K.H. c. K.A.M.* (2003), 259 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 291, [2003] A.N.-B. n° 171 (QL), 2003 NBCA 33, et *Blanchard c. Légère*, [2009] A.N.-B. n° 2 (QL), 2009 NBCA 2. Voir aussi l'arrêt *Petrowski c. Waskul* (2003), 173 Man.R. (2d) 237, [2003] M.J. No. 151 (QL), 2003 MBCA 65, au par. 13.

Dans l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] A.C.S. n° 34 (QL), 2008 CSC 34, la Cour a insisté sur le fait que les parties ont le droit de savoir pourquoi le juge en est arrivé à sa décision et que les motifs donnés doivent être suffisants pour permettre une révision en appel. Toutefois, le tribunal d'appel n'est pas habilité à intervenir simplement parce qu'il estime que le tribunal de première instance s'est mal exprimé. La Cour a statué que les motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige. Les questions en litige doivent être examinées et tranchées et le fondement de la décision doit être clair.

La décision la plus récente de la Cour suprême concernant la question des motifs de jugement suffisants est l'arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, [2008] A.C.S. n° 52 (QL), 2008 CSC 51, dans lequel la juge McLachlin, juge en chef du Canada, préconise une démarche fonctionnelle et contextuelle pour l'appréciation du caractère suffisant des motifs. Le tribunal d'appel qui examine les motifs pour

déterminer s'ils sont suffisants doit les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès, en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs. Les motifs ont pour fonction de dire aux parties visées pourquoi la décision a été prise, de rendre compte devant le public et de permettre un examen efficace en appel. Les motifs doivent indiquer le raisonnement que le juge a suivi à partir de la preuve pour en arriver aux conclusions factuelles puis aux conclusions de droit. Notre Cour a suivi cette démarche dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (ministre des Services familiaux et communautaires) c. T.L.M. (tutrice d'instance de)*, [2009] A.N.-B. n° 19 (QL), 2009 NBCA 8, où le juge d'appel Richard examine la question des principes régissant le caractère suffisant ou non des motifs qui sont applicables en matière de protection de l'enfance. [Par. 10 à 13]

[23] En l'espèce, il nous est impossible de déterminer dans quelle mesure le juge saisi de la motion a tenu compte des critères exposés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, ou quel poids il a accordé, le cas échéant, à ces facteurs pour en arriver à la décision qu'il était survenu un changement de situation important. L'analyse du juge saisi de la motion se trouve à deux endroits dans la décision :

[TRADUCTION]

Après avoir analysé tous les aspects de la question dont je suis saisi, j'en suis arrivé à la conclusion que l'intimée a pris des décisions unilatérales sans consultation valable ni discussion rationnelle avec le père de l'enfant. Il est clair que l'intimée entend tout contrôler pour le motif que le contrat domestique dispose que [TRADUCTION] « la décision finale reviendra à l'épouse ».

[...]

J'estime que la demande du requérant est tout à fait raisonnable et j'estime qu'elle est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

[Jugement du 29 novembre 2010, à la p. 7]

Ces motifs en forme de conclusions ne sont pas suffisants pour garantir que l'on a convenablement tenu compte de l'intérêt de l'enfant et ils ne permettent pas non plus une révision valable du bien-fondé de la décision en appel.

XI. Dispositif

[24] L'appel est accueilli avec dépens de 2 500 \$ que l'intimé devra verser à l'appelante. La décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, datée du 29 novembre 2010, est annulée. L'affaire est renvoyée à un autre juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, afin que soient tranchées les questions soulevées dans la motion et dans les documents déposés en réponse à la motion.