COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

113-11-CA

THE MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT

(Applicant) APPELLANT

- and -

G.B., F.H. and R.O.

(Respondents) RESPONDENTS

The Minister of Social Development v. G.B., F.H. and R.O., 2012 NBCA 62

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from an Order
of the Court of Queen's Bench:
July 21, 2011

History of the Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 20 and March 23, 2012

Judgment rendered
July 26, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

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

LE MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT SOCIAL

(Requérant) APPELANT

- et -

G.B., F.H. et R.O.

(Intimés) INTIMÉS

Le ministre du Développement social c. G.B., F.H. et R.O., 2012 NBCA 62

CORAM :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une ordonnance
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 21 juillet 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 20 février et le 23 mars 2012

Jugement rendu :
Le 26 juillet 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

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

Counsel at the hearing:

For the appellant:
Yves Duguay

For the respondent G.B.:
Carine Guignard

For the respondent F.H.:
No one appeared for F.H.

For the respondent R.O.:
No one appeared for R.O.

Nadine Losier,
legal counsel for the child

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Yves Duguay

Pour l'intimée G.B. :
Carine Guignard

Pour l'intimé F.H. :
Personne n'a comparu pour F.H.

Pour l'intimé R.O. :
Personne n'a comparu pour R.O.

Nadine Losier,
avocate de l'enfant

THE COURT

The appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed. There is no order of costs.

LA COUR

L'appel est accueilli et l'appel reconventionnel est rejeté. Il n'y a pas d'ordonnance de dépens.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le 21 juillet 2011, un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, a accordé au ministre du Développement social une ordonnance de tutelle à l'égard de J.B., fils de six ans de G.B., sans droit d'accès. L'audience sur la tutelle a duré neuf jours et s'est étalée sur une période de deux mois. Comme on le sait fort bien, si un juge accorde la tutelle d'un enfant au Ministre conformément au par. 56(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l'égard de l'enfant sont transférés au Ministre. Bien que le juge ait déclaré accorder la tutelle au Ministre [TRADUCTION] « sans droit d'accès », il a accordé à G.B. le droit d'accès pendant les six mois suivant la décision orale, et il a également interdit le placement de l'enfant en adoption avant le 1er mars 2012. Apparemment, ces deux mesures visaient à accorder à la mère une « dernière chance » de recouvrer la garde. Le Ministre demande que ces conditions soient radiées. G.B. forme un appel reconventionnel pour le motif que le juge a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il a accordé la tutelle au Ministre sans droit d'accès. Notre Cour a accueilli l'appel et rejeté l'appel reconventionnel séance tenante en indiquant que des motifs écrits suivraient. Voici mes motifs, fondés sur le dossier qui a été présenté à notre Cour.

II. Contexte et chronologie de la procédure

[2] G.B. et F.H. sont les parents biologiques de J.B., né le 27 janvier 2005. Les deux parents avaient 16 ans lors de la naissance de J.B. F.H. ne s'est jamais intéressé à la vie de J.B. et a consenti à la demande de tutelle du Ministre. En mai 2005, G.B. a noué une union libre avec le tiers, R.O., et a eu deux enfants de lui par la suite. Ces enfants ne sont pas visés par la présente demande. En janvier 2009, G.B. et R.O. se sont

séparés. R.O. a consenti à la demande de tutelle concernant J.B. Le Ministre a affaire avec la famille de G.B. depuis décembre 2008. Après la séparation de G.B. et de R.O., G.B. est allée s'établir dans la région de Moncton avec un nouveau partenaire. Les trois enfants de G.B. ont alors continué d'habiter chez R.O.

[3] En juillet 2009, G.B., R.O. et le Ministre ont signé une entente de garde de 60 jours dans laquelle il était convenu que les trois enfants habiteraient chez R.O. et que G.B. aurait accès à eux les fins de semaine. En novembre 2009, G.B. et R.O. ont décidé que J.B. habiterait chez G.B. et que les deux autres enfants demeureraient chez R.O. Lorsque le Ministre a introduit une demande de garde en mars 2010, J.B. a été pris en charge. Plus tard, le 26 mai 2010, la Cour a accordé la garde provisoire au Ministre pour une période de six mois, avec le consentement des parties. À ce moment, G.B. et J.B. étaient suivis par de nombreux spécialistes et intervenants, qui ont tous témoigné à l'audience.

a) Le docteur Mahmoud Loubani est un pédiatre qui exerce depuis plus de 36 ans. Il a commencé à suivre J.B. lorsque celui-ci a été admis à l'hôpital, à deux occasions dans une période de deux semaines pendant sa petite enfance, pour une bronchiolite grave et aiguë. Le Dr Loubani a demandé à G.B. d'amener J.B. pour des rendez-vous réguliers, car il était hautement probable que J.B. contracterait de l'asthme. Il était préoccupé parce que, selon lui, 50 % des enfants qui subissent plus d'un accès de bronchiolite pendant la petite enfance souffrent ensuite de l'asthme. Le Dr Loubani était également préoccupé parce que la mère fumait à la maison. Lorsque J.B. a reçu son congé de l'hôpital la deuxième fois, le Dr Loubani a dit à G.B. de faire voir J.B. par son médecin de famille dans une semaine et de ramener J.B. pour qu'il le voie dans huit semaines (c'était en avril 2005). Le Dr Loubani n'avait aucune trace d'une visite qui aurait eu lieu après huit semaines. La fois suivante où le Dr Loubani a vu J.B. a été en mars 2007 parce que l'enfant avait une grave éruption cutanée allergique. Le Dr Loubani a traité J.B. et ne l'a

pas revu avant le 29 mars 2010, date où il l'a rencontré à la demande du travailleur social de l'enfant, car celui-ci avait subi un accès d'asthme. J.B. a été traité avec des pompes. Il a également été traité pour constipation chronique à cette occasion. Ensuite, sa mère d'accueil l'a amené régulièrement. J.B. a raconté au Dr Loubani que sa mère fumait à la maison. Le Dr Loubani a pris des arrangements pour rencontrer G.B. afin de discuter l'asthme de J.B. et de lui dire à quel point il était important de ne pas fumer et de ne pas avoir d'animaux à la maison. Le Dr Loubani a expliqué à G.B le diagnostic de l'asthme. Ce rendez-vous a été le seul où G.B. a été présente de mars 2010 à avril 2011, même s'il y a eu neuf visites pendant cette période. G.B. n'avait fait aucune visite au Dr Loubani avec J.B. de mars 2007 à mars 2010. Le Dr Loubani a attribué les accès d'asthme subis par J.B. avant mars 2010 à la fumée à laquelle il était exposé quand il habitait chez sa mère. Le Dr Loubani a déclaré qu'après le 29 mars 2010, l'asthme de J.B. a été [TRADUCTION] « très bien maîtrisé ». Le Dr Loubani a ajouté que lorsque J.B. éprouvait des symptômes d'asthme, les parents d'accueil commençaient immédiatement à lui faire prendre ses médicaments.

b) La docteure Mélanie Roy est une ophtalmologiste qui a diagnostiqué « hypermétropie, anisométropie et strabisme » chez J.B. quand il avait 11 mois. La D^{re} Roy voulait surveiller J.B. de près, demandait des rendez-vous chaque mois et prescrivait un traitement très strict qui exigeait que l'œil gauche de J.B. soit couvert d'un pansement oculaire pendant environ huit heures par jour pour traiter l'œil droit. Il était essentiel, pour corriger cette affection, de suivre les instructions de la médecin sur la durée du traitement. J.B. était également censé porter des verres. G.B. s'est fait demander d'appliquer strictement le port du pansement oculaire et des verres et de veiller à ce que J.B. vienne voir régulièrement la D^{re} Roy pour les examens médicaux. G.B. n'en a rien fait.

c) Claude Snow, travailleur social, a tenté de faire comprendre à G.B. l'importance pour J.B. d'aller à ses rendez-vous avec des spécialistes et d'autres thérapeutes; G.B. n'en voyait pas l'importance.

d) Mireille Crépeau, physiothérapeute, a établi en 2009 que J.B. avait des retards de développement. À la suite d'une évaluation, Mme Crépeau a constaté que J.B. avait des problèmes d'équilibre, de coordination et de concentration. Elle a donné à G.B. un programme d'exercices que J.B. devait suivre à la maison, mais lors des rendez-vous ultérieurs, Mme Crépeau a vu peu de changement dans l'état de J.B. Elle a expliqué à G.B. que J.B. avait besoin d'être rencontré régulièrement et a essayé de faciliter les choses à G.B. en faisant inscrire les séances d'ergothérapie de J.B. en même temps que ses traitements de physiothérapie. G.B. a continué de manquer ses rendez-vous, même si Mme Crépeau avait expliqué que J.B. avait le potentiel voulu pour surmonter ses difficultés. Mme Crépeau a aussi expliqué que J.B. devait suivre le plan d'exercices pour se préparer à l'entrée à l'école. J.B. n'a pas fait beaucoup de progrès lorsqu'il était sous la garde de G.B.

e) Liette Thomas, ergothérapeute, a indiqué que la motricité fine de J.B. était en retard. Alors qu'il avait 4 ans et 10 mois lors de son évaluation, il fonctionnait au niveau d'un enfant de trois ans. Mme Thomas a expliqué à G.B. l'importance de travailler avec J.B. à la maison, de faire de l'artisanat, du coloriage et de découper avec des ciseaux, ainsi que l'importance de venir aux rendez-vous afin de tenter de préparer J.B. pour l'école.

f) Gilberte Landry, orthophoniste, a évalué J.B. en octobre 2009 et a déterminé que J.B. avait des retards de langage, de compréhension et d'expression. Malheureusement, même si des rendez-vous ont été fixés, Mme Landry n'a pas eu d'autres rencontres avec J.B. avant mars 2010,

lorsque J.B. est allé en famille d'accueil. G.B. et J.B. ont manqué tous les rendez-vous sans préavis.

g) Lynn Plourde, travailleuse en intervenantion, a évalué J.B. et a constaté qu'il avait des retards de motricité fine, de capacités langagières, de motricité globale, d'indépendance et de socialisation. Elle a fait des recommandations à G.B. pour que celle-ci stimule et encourage J.B., et elle a avisé G.B. qu'elles devraient se rencontrer chaque semaine pendant une heure. G.B. a accepté, mais ensuite, elle a manqué les rendez-vous et n'a pas rappelé Mme Plourde quand celle-ci lui téléphonait. Mme Plourde est allée chez G.B., à qui elle a demandé de signer un contrat qui lui permettrait d'aller chez G.B. et J.B. pour les rendez-vous. G.B. a signé le contrat, mais lorsque Mme Plourde est allée chez elle pour le premier rendez-vous, il n'y avait personne à la maison. En conséquence, le dossier de J.B. a été clos.

h) Renée Landry, conseillère familiale, a été engagée pour donner à G.B. des cours sur le rôle parental. Ces cours visaient à enseigner à G.B. des techniques de communication avec J.B. et consistaient généralement en une séance par semaine pendant 11 semaines. G.B. a assisté à 5 des 11 séances et a manqué les autres, sans préavis dans la plupart des cas.

[4] Pendant cette période, J.B. a également été traité par le Dr Tremblay et le Dr Youssef, deux oto-rhino-laryngologistes, parce que J.B. a dû subir une petite chirurgie pour l'insertion d'aérateurs tympaniques dans ses oreilles. De plus, environ six autres travailleuses et travailleurs sociaux ont eu affaire avec la famille, et G.B. a subi une évaluation de la capacité parentale. Elle a été examinée par le psychologue Luc Dubé, qui a conclu que G.B. n'était pas capable de modifier ses méthodes parentales afin de répondre aux besoins de J.B.

[5] Le 17 mars 2010, le Ministre a demandé une ordonnance de garde de six mois pour J.B., pour les motifs suivants :

- G.B. n'utilisait pas les services qui avaient été établis pour le développement de l'enfant.

- G.B. ne comprenait pas l'importance de suivre les conseils donnés par les professionnels au sujet de J.B.; elle ne coopérait pas avec les personnes qui fournissaient des services à J.B., à tel point qu'ils menaçaient de clore leurs dossiers au sujet de l'enfant.

- G.B. a été négligente au sujet des problèmes de vision de J.B., qui pourraient entraîner, en l'absence de traitements réguliers, des dommages permanents et irréversibles à son œil droit.

- Après avoir été pris en charge par le Ministre, J.B. a été examiné par un dentiste, et on a découvert que J.B. avait plusieurs dents cariées et des abcès aux gencives.

- La famille d'accueil a remarqué que J.B. avait beaucoup de difficultés liées à son anxiété.

[6] Le 26 mai 2010, les parents ont consenti à une ordonnance de garde de six mois. Le 23 septembre 2010, le Ministre a décidé de demander une ordonnance de tutelle et de placer J.B. pour adoption si l'ordonnance était accordée. Le 18 octobre 2010, une ordonnance de garde provisoire a été accordée dans l'attente d'une décision définitive au sujet de la tutelle.

[7] Le 7 avril 2010, le Ministre a obtenu les résultats d'un test de dépistage de drogues subi par G.B. Ses tests ont été positifs pour la cocaïne. Confrontée à ces résultats, G.B. a admis qu'elle consommait de la cocaïne depuis six ans. Dans une sorte de

tentative pour se défendre, elle a déclaré que du moins elle avait cessé de consommer de la méthamphétamine et de l'ecstasy à l'été 2010.

[8] Depuis la prise en charge de J.B., des visites surveillées ont été fixées trois fois par semaine en moyenne pendant deux heures à la fois. Du 15 janvier 2010 au 27 avril 2011, G.B. a raté 61 des 150 visites prévues, pour diverses raisons. En tout, 89 visites ont eu lieu. Cela a indiqué au Ministre que G.B. n'était pas capable de veiller convenablement à la sécurité et au développement de J.B. Au moment de la demande de tutelle, le Ministre était préoccupé par la toxicomanie de G.B., son manque de compétences parentales et son apparente insensibilité aux divers problèmes de santé de J.B. qui nécessitaient des soins et un suivi assuré par des professionnels. Au moment de l'audience, J.B. allait bien et faisait de bons progrès dans le milieu structuré offert par la famille d'accueil.

III. Audience concernant la tutelle

[9] L'audience concernant la tutelle a été tenue pendant neuf jours étalés sur une période de deux mois. Pendant l'audience, 19 personnes ont témoigné pour le Ministre, y compris celles mentionnées plus haut. L'une d'elles était le psychologue Luc Dubé, qui avait entrepris une évaluation de la capacité parentale de G.B. M. Dubé a témoigné que les résultats de son évaluation indiquaient que G.B. avait d'énormes difficultés à répondre aux nombreux besoins courants de J.B. et n'avait pas la capacité de s'adapter aux besoins croissants de J.B. Il a affirmé que G.B. était incapable d'introspection et que J.B. souffrait, parmi bien d'autres troubles, d'un trouble de l'attachement qui avait pour cause directe la manière dont G.B. avait exercé son rôle parental envers lui. M. Dubé a témoigné que d'après ses observations, J.B. ne se tournait pas vers sa mère pour être réconforté et que, lorsqu'ils ont été séparés, J.B. ne demandait pas à voir G.B. M. Dubé a témoigné avoir observé G.B. pendant qu'elle avait des épisodes de dissociation, qu'il a décrits comme [TRADUCTION] « l'abolition de la conscience ou de la réalité ». Il a émis l'opinion que G.B. vivait fort probablement de tels épisodes par suite d'un traumatisme qu'elle avait subi dans le passé. M. Dubé ne croyait

pas que G.B. avait la capacité de répondre aux besoins de son enfant et que cela avait entraîné les retards de développement de son enfant. M. Dubé était d'avis que le fait de ramener l'enfant chez G.B. ne serait pas positif pour J.B. et que l'octroi du droit d'accès à sa mère pourrait créer beaucoup de confusion chez J.B. Il a déclaré que l'objectif pour J.B. devrait être d'établir la stabilité et des liens d'attachement avec une personne importante dans sa vie, et que cette personne ne pouvait pas être sa mère.

[10] Les témoins en faveur de G.B. ont été sa mère, son partenaire J.G. et elle-même. La mère de G.B. a témoigné avoir eu elle-même une dépendance à la drogue 20 ans auparavant et l'avoir surmontée. Elle a dit qu'il était vrai que G.B. avait un problème de drogue, mais les deux allaient ensemble à Narcotiques Anonymes et G.B. faisait des progrès. La mère de G.B. a témoigné qu'en tant que mère, elle avait été suivie ainsi que ses enfants par les services de protection de l'enfance et que trois de ses six enfants avaient été pris en charge et placés. Elle a témoigné que ses enfants éprouvaient des problèmes de drogue et d'alcool. Le partenaire actuel de G.B., J.G., a témoigné que même s'il [TRADUCTION] « cohabitait avec » G.B., il travaillait habituellement pour l'entreprise de sa famille hors de la région de Moncton pendant la semaine et qu'il pouvait parfois travailler [TRADUCTION] « sur la route » pendant des périodes allant jusqu'à deux semaines. Il habitait avec G.B. quand il ne travaillait pas. J.G. a également témoigné qu'il ne voulait pas être considéré comme un père par J.B. et voulait être traité plutôt comme un [TRADUCTION] « oncle » ou un [TRADUCTION] « membre de la famille ». Le juge saisi de la demande a indiqué qu'il avait un problème fondamental au sujet du témoignage de J.G. parce que celui-ci avait refusé de rencontrer Claude Snow, un travailleur social à qui on avait demandé de préparer un rapport de capacité parentale. Le témoignage de J.G. a révélé qu'il n'était pas disposé à accepter la charge de J.B.

[11] G.B. a témoigné qu'elle avait cessé de consommer des drogues en mars 2011 et que, même si un travailleur social avait proposé qu'elle suive un programme de désintoxication, elle ne voulait pas le faire parce qu'elle manquerait des visites à ses enfants. G.B. croyait qu'il était suffisant d'aller à Narcotiques Anonymes une fois par semaine. Elle a témoigné qu'elle avait pris régulièrement de la cocaïne, des

amphétamines et de la marihuana dans le passé, deux ou trois fois par semaine, mais jamais en présence de ses enfants. Elle a déclaré que le système de soutien sur lequel elle compterait si la garde de J.B. lui était rendue inclurait sa mère, ses deux sœurs et J.G.

[12] L'avocate qui représentait l'enfant était d'avis qu'il était dans l'intérêt supérieur de J.B. que la tutelle soit accordée, sans droit d'accès à la mère. Elle a affirmé que J.B. avait besoin de stabilité et de sécurité pour faire face à ses nombreux problèmes de santé et de développement, et a soutenu que G.B. ne pouvait pas les assurer à l'enfant. L'avocate de J.B. a dit qu'il faudrait donner à l'enfant une possibilité d'adoption dans une famille qui voudra veiller à ses besoins.

[13] Une décision orale, accordant la tutelle au Ministre sans droit d'accès, a été rendue. Toutefois, le juge a inclus deux conditions dans son ordonnance : 1) que l'accès soit accordé à la mère à la discrétion du Ministre pendant les six mois suivant la décision; 2) que J.B. ne puisse pas être placé pour adoption avant le 1er mars 2012.

IV. Moyens d'appel

[14] Le Ministre soutient que le juge saisi de la demande a commis des erreurs de droit :

> 1. [I]nterdisant le Ministre du Développement social à placer l'enfant, [J.E.B.], en adoption avant le 1er mars 2012,
>
> 2. [Accordant] un droit d'accès, avec conditions rattachées, pour une période de six (6) mois à l'intimée, [G.B.], après avoir accordé une tutelle sans droits d'accès.

[15] Dans son appel reconventionnel, la mère soutient que le juge saisi de la demande a commis des erreurs de droit :

> 1. [O]mettant de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant tel que défini à l'article 1 de la *Loi sur les services à la famille* […] avant d'accorder une tutelle sans droit d'accès pour l'enfant [J.E.B.] à l'appelant;
>
> 2. [O]rdonnant une tutelle sans droit d'accès alors qu'il a conclu que l'intimée [G.B.] devait avoir une opportunité supplémentaire de démontrer qu'elle pouvait voir à l'intérêt supérieur de son fils [J.E.B.].

V. Norme de contrôle

[16] Dans l'arrêt *S.B. c. Le Ministre des Services familiaux et communautaires*, 2006 NBCA 41, [2006] A.N.-B. n° 167 (QL), le juge d'appel Richard a exprimé les opinions suivantes :

> Chacun sait que la révision en appel des décisions en matière de protection de l'enfance, y compris dans les affaires de tutelle, est très restreinte. Compte tenu des nombreuses décisions rendues par la Cour suprême du Canada et par notre Cour à ce sujet, il aurait été futile pour l'une ou l'autre des parties de ne pas reconnaître les circonstances limitées dans lesquelles la Cour d'appel peut intervenir à bon droit : voir, par exemple, *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073, par. 5, *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, aux par. 34 à 36, *D.B. c. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)* (2000), 228 R.N.-B. (2e) 218 (C.A.), aux par. 6 et 7, *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires) c. A.N. et Y.N.* (2003), 264 R.N.-B. (2e) 80 au par. 11, *Nouveau-Brunswick (le ministre des Services familiaux et communautaires) c. M.D.*, [2006] A.N.-B. n° 11 (C.A.) (QL) aux par. 5 à 7 et *T.T. c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires)*, [2006] A.N.-B. n° 39 (C.A.) (QL) au par. 3. Ces arrêts posent comme postulat, lequel a

> été énoncé de façon succincte par le juge en chef Drapeau dans l'arrêt *A.N.*, au par. 11, qu'une cour d'appel n'interviendra dans les affaires de protection de l'enfance « que si la solution prescrite par le juge du procès est dénuée de fondement dans les faits ou si cette solution est fondée sur une erreur de principe, le défaut de prendre en considération tous les facteurs d'influence pertinents ou la considération d'un facteur dénué de pertinence. » [Par. 3]

Voir aussi *A.W. c. La Ministre des Services familiaux et communautaires*, 2007 NBCA 77, 322 R.N.-B. (2e) 162, *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, *A.M.K.H. c. K.A.M.*, 2003 NBCA 33, 259 R.N.-B. (2e) 291, et *N.J.P. c. La ministre du Développement social*, 2012 NBCA 3, 382 R.N.-B. (2e) 245.

[17] En conséquence, la portée de la révision en appel dans les affaires de tutelle est très étroite, et, en l'absence d'une erreur importante telle qu'une erreur grave dans l'appréciation de la preuve ou une erreur de droit, il faut faire preuve de déférence.

VI. Analyse

A. *Moyens d'appel du Ministre*

[18] Le Ministre a demandé une ordonnance de tutelle en vertu du par. 56(1) de la *Loi sur les services à la famille* :

> **56**(1) The court may make a guardianship order transferring from a parent to the Minister on a permanent basis the guardianship of a child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child.

> **56**(1) La cour peut rendre une ordonnance de tutelle en vertu de laquelle un parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle d'un enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l'égard de l'enfant.

[19] Aux termes du par. 53(2) de la *Loi sur les services à la famille*, l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale pour déterminer s'il faut accorder une ordonnance de tutelle.

53(2) When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.	**53**(2) Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

[20] En l'espèce, le Ministre soutient que le juge a fait erreur en ordonnant que l'enfant ne soit pas placé pour adoption avant le 1er mars 2012 et en accordant le droit d'accès à la mère pour une période de six mois après avoir accordé la tutelle sans droit d'accès. Le par. 61(1) est libellé comme suit :

61(1) Where a child is in care under a guardianship order or a guardianship agreement and at least six months have elapsed from the making of the order or agreement or from any previous review of the order or agreement, a child or former parent of the child may apply to the court to vary or terminate the order or agreement.	**61**(1) Lorsqu'un enfant est pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle ou d'une entente de tutelle et qu'au moins six mois se sont écoulés depuis l'ordonnance ou l'entente ou depuis une révision antérieure de l'ordonnance ou de l'entente, l'enfant ou son ancien parent peut faire une demande à la cour afin de faire modifier l'ordonnance ou l'entente ou d'y mettre fin.

La *Loi* permet donc à un parent de demander qu'on modifie l'ordonnance de tutelle ou qu'on y mette fin si l'enfant en question n'a pas été adopté pendant la période de six mois suivant l'ordonnance.

[21] Toutefois, le par. 61(4) limite la portée du par. 61(1) :

61(4) A court shall not hear an application under this section if the child has been placed for adoption.	**61**(4) Une cour ne peut entendre une demande en vertu du présent article si l'enfant a été placé pour adoption.

[22] Bien que le juge saisi de la demande ait accordé la tutelle sans droit d'accès, il est évident, d'après son ordonnance, qu'il tentait de contourner le par. 61(4) de la *Loi* afin d'accorder à G.B. une « dernière chance ». Aucune disposition de la *Loi* ne permet au juge saisi d'une demande de suspendre l'autorité du Ministre de placer un enfant pour adoption une fois que la tutelle a été accordée au Ministre sans droit d'accès. Il n'existe aucun fondement législatif pouvant justifier une telle décision. Il est évident

que le législateur a spécifiquement exclu la possibilité pour un parent de faire une demande conformément au par. 61(1) si l'enfant a été placé pour adoption. Une lecture de la *Loi* indique que les législateurs ont nettement fait de l'adoption une priorité qui ne peut pas être empêchée par la demande d'un parent.

[23] Dans la présente affaire, le juge saisi de la demande a clairement accordé la tutelle sans droit d'accès, et pourtant, dans la même ordonnance, il a prévu l'accès pendant la période de six mois suivant l'ordonnance. Le juge tentait de préserver pour G.B. la possibilité de faire une demande en vertu du par. 61(1) de la *Loi*.

[24] Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.(M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, [1998] A.C.S. n° 52 (QL), le juge Gonthier a énuméré les facteurs à considérer pour déterminer si le droit d'accès devrait être accordé dans les affaires de tutelle. Il a affirmé :

> Mon étude sur l'opportunité d'un droit d'accès s'articule autour des principes suivants. Premièrement, il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre l'octroi d'une ordonnance de tutelle permanente et d'une ordonnance d'accès. Deuxièmement, l'accès constitue l'exception et non la règle. Troisièmement, le principe du maintien des liens familiaux ne pourra jouer au niveau de l'octroi d'un droit d'accès que si cela est dans le meilleur intérêt de l'enfant en tenant compte de tous les autres facteurs pertinents. Quatrièmement, l'adoption, qui est par ailleurs dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne doit pas être entravée par l'existence d'un droit d'accès. Cinquièmement, un droit d'accès ne devrait pas être accordé si son exercice a des effets négatifs sur la santé physique ou psychologique de l'enfant. [Par. 39]

Il s'ensuit que le maintien du droit d'accès est l'exception plutôt que la règle.

[25] Dans l'arrêt *T.L.M. c. Ministère du Développement social (auparavant la ministre des Services familiaux et communautaires)*, 2009 NBCA 8, 341 R.N.-B. (2e) 33, le juge Richard a affirmé :

> Une ordonnance de tutelle rendue en vertu de l'art. 56 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, transfère au ministre du Développement social la tutelle d'un enfant, « y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l'égard de l'enfant » (art. 43 et par. 56(1)). En de rares cas, les tribunaux peuvent assortir l'ordonnance de tutelle d'une condition qui maintient à l'enfant un droit de visite auprès du père ou de la mère biologiques, ou des deux *(Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, [1998] A.C.S. n° 52 (QL)). Le principe directeur et premier, en matière de tutelle et de maintien d'un droit de visite, est que l'intérêt supérieur de l'enfant prime toute autre considération (par. 53(2) et *L.(M.)*). [Par. 1]

[26] Il semble qu'en l'espèce, le juge saisi de la demande était davantage préoccupé par le maintien d'un droit d'accès en faveur de la mère qu'en faveur de l'enfant, et qu'il n'a pas considéré l'intérêt supérieur de J.B.

> **LA COUR :** […] Et finalement les modalités de l'accès qui sont accordées à l'intimée seront déterminées par le Ministre à son entière discrétion en considérant l'intérêt supérieur de [J.B.], mais aussi en tenant compte du désir de cette cour de vouloir donner «une dernière chance» à l'intimée de démontrer qu'elle est capable de voir aux besoins de [J.B.]. [L]a troisième condition se lit comme suit : l'accès accordé à l'intimée au paragraphe 2 de cette ordonnance ou de cette décision, selon le cas, pourra être révoqué sur bris de l'une ou l'autre des conditions décrites aux paragraphes 2 (A) à (H) inclusivement, et ce même s'il s'agit que d'un seul bris. [L]a dernière condition, […] se lit comme suit : le Ministre pourra, sur avis de motion, demander la révocation de l'accès susmentionné s'il considère que l'intimée n'a pas respecté l'une ou l'autre de ces conditions. Alors, pour que ça soit [clair], l'ordonnance de tutelle est accordée, […] sans accès. Y'a un accès temporaire qui va se terminer le 20 janvier 2012, date à laquelle l'intimée pourra, si elle le désire, faire une demande sous l'article 61 de la *Loi sur les services à la famille* pour une révision de l'ordonnance qui est

> celle de la tutelle sans droit d'accès. Et dans l'entretemps, le Ministre, selon la loi, a les mêmes droits, en plus que s'il constate que l'intimée n'a pas observé les conditions que je viens d'énumérer, il peut demander l'annulation de l'accès temporaire. Il restera évidemment quand même le droit de madame de présenter sa requête sous l'article 61, car l'interdiction de placer [J.B.]en adoption avant le 1er mars 2012 demeurera, sauf ordonnance contraire de cette cour, et selon les circonstances, il pourra possiblement avoir des circonstances qui justifieraient une ordonnance contraire.
>
> [Transcription – 21 juillet 2011, pp. 4-6]

[27] Il est illogique de protéger le droit d'accès après avoir rendu une ordonnance de tutelle (sans droit d'accès). L'ordonnance de tutelle transfère au Ministre les droits et responsabilités du parent, et c'est une erreur d'accorder à un parent des droits qui, en droit, lui ont été enlevés. Dans l'arrêt *Ministre du Développement social c. M.G. et B.B.*, 2012 NBCA 19, 383 R.N.-B. (2e) 394, le juge d'appel Richard a affirmé :

> Le maintien du droit de visite d'un enfant auprès de ses parents biologiques malgré l'existence d'une ordonnance de tutelle est réservé à de rares cas : voir l'arrêt *T.L.M. c. Ministère du Développement social (auparavant la ministre des Services familiaux et communautaires)*, 2009 NBCA 8, 341 R.N.-B. (2e) 33, où l'on cite l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, [1998] A.C.S. no 52 (QL). Comme on peut le lire dans l'arrêt L. (M.), le droit de visite, ou d'accès, est l'exception, pas la règle, et « [l]a décision d'accorder ou non un droit d'accès est un exercice délicat qui exige du juge [du procès] qu'il apprécie les divers éléments constitutifs de l'intérêt supérieur de l'enfant » (par. 51). […] [Par. 2]

[28] Le juge Richard a ajouté :

> À l'appui du premier moyen d'appel, la Ministre fait valoir que le juge a commis une erreur dans la façon dont il a tranché la question lorsqu'il a dit que les parents biologiques [TRADUCTION] « aur[ont] droit » aux visites mentionnées. Selon la Ministre, le droit de visite est un

> droit qui est réservé à l'enfant et ne crée aucun droit qui serait conféré aux intimés. Il va sans dire que si le juge avait décidé que c'étaient les intimés qui avaient un droit de visite en l'espèce, il aurait eu tort. Il est clair en droit que « l'accès est un droit dont l'enfant est titulaire et non pas ses parents » : *L. (M.)*, au par. 17. [Par. 8] [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, l'avocat du Ministre a raison de soutenir que le juge a commis une erreur en ordonnant un droit d'accès en faveur de G.B. après avoir accordé l'ordonnance de tutelle. Le droit d'accès est toujours un droit de l'enfant, pourvu qu'il soit dans son intérêt supérieur.

B. *Appel reconventionnel de G.B.*

[29] G.B. affirme que le juge saisi de la demande a fait erreur en accordant la tutelle sans droit d'accès et en ne considérant pas l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision.

[30] Dans son mémoire, G.B. affirme que le juge saisi de la demande a conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de donner à G.B. une seconde chance. Alors, le fait que le juge a accordé la tutelle sans droit d'accès était contraire à sa tentative d'offrir à G.B. une « seconde chance ». G.B. soutient que lorsqu'il a ordonné la tutelle sans droit d'accès, le juge n'était pas convaincu qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de rendre une telle ordonnance.

> **LA COUR :** […] Alors, est-ce que c'est dans le meilleur intérêt de l'enfant, que l'enfant ne peut pas voir sa mère pour une période de six mois, pour qu'elle fasse ses preuves ou est-ce qu'on devrait continuer l'arrangement que nous avons présentement, intérimaire, jusqu'à ce qu'on détermine le tout? Et c'est là où est-ce qu'on revient à mes remarques initiales et aux remarques que Me Duguay vient de nous faire. C'est que peut-être la simplicité de tout cela, serait de retirer la décision de tutelle

> aujourd'hui et de prendre en délibéré et la remettre au mois de septembre.

[31] G.B. soutient que le juge saisi de la demande n'était pas convaincu que la mère ne pouvait pas changer sa situation avec le temps et que les conditions qu'il a ajoutées à l'ordonnance de tutelle étaient dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

[32] Une question qui n'a été soulevée comme moyen d'appel par aucune des deux parties, mais qu'on peut extrapoler à partir de l'assertion de G.B. voulant que le juge saisi de la demande n'ait pas tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, est le caractère suffisant des motifs. En l'espèce, les motifs donnés à l'appui de la décision sont dépourvus au plus haut point de toute espèce d'analyse cohérente. Toutefois, dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2e) 100, la juge Larlee a affirmé :

> La règle 62.21(1) autorise notre Cour à rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Dans l'arrêt *Larose c. Larose*, (2002), 171 B.C.A.C. 27, [2002] B.C.J. No. 1340 (QL), 2002 BCCA 366, la Cour a accueilli l'appel interjeté par le père, qui avait la garde, après que le juge saisi de la motion lui avait refusé la permission de déménager de Vancouver à Nanaimo avec les enfants. L'erreur du juge avait consisté à statuer qu'il incombait au père d'établir que le déménagement n'avait pas pour but de porter atteinte aux droits de la mère. Cette affaire est intéressante pour deux raisons. Premièrement, la Cour d'appel était disposée à entendre des nouvelles preuves que les deux parties voulaient produire. Les parties reconnaissaient toutes deux l'importance de l'admission des nouvelles preuves. La Cour a accepté d'admettre les nouvelles preuves, puisque les avocats ne s'y opposaient pas et parce que celles-ci lui seraient utiles aux fins d'examiner l'intérêt des enfants. Toutefois, elle a également souligné que les nouvelles preuves n'étaient pas déterminantes en ce qui concernait l'appel. Deuxièmement, la Cour a substitué son propre jugement à celui du juge saisi de la motion. […]
>
> [Par. 30]

[33] Je suis d'avis qu'un examen de la preuve en l'espèce permet à notre Cour de déterminer si l'ordonnance de tutelle sans droit d'accès est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Nous avons entendu de nouveaux éléments de preuve provenant de toutes les parties pour nous informer de la situation qui a prévalu depuis la date de l'ordonnance. Ces nouveaux éléments de preuve indiquent que la situation qui a été présentée, au sujet de G.B., au juge saisi de la demande ne s'est pas améliorée. Sur une possibilité de 15 visites entre la date de la décision et le début d'octobre, G.B. n'en a fait que cinq. Le 7 octobre 2011, un examen du dossier effectué par les mandataires du Ministre a révélé que G.B. n'avait pas respecté les conditions imposées par la Cour. Elle n'avait pas communiqué avec les spécialistes de J.B., n'était pas allée aux rendez-vous médicaux de J.B. et ne s'était pas présentée à ses tests de dépistage de drogues.

[34] Dans l'examen des ordonnances de tutelle, nous reconnaissons que le par. 53(2) de la *Loi* prescrit à la Cour de cibler l'intérêt supérieur de l'enfant.

[35] L'article 1 de la *Loi* contient la définition suivante d'« intérêt supérieur de l'enfant » :

1 In this Act	**1** Dans la présente loi
[…]	[…]
"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 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[.]

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[.]

[36] Je me propose de traiter de chaque critère séparément.

a) L'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et le besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables font partie des facteurs les plus importants à considérer en l'espèce. La bonne santé et le développement de J.B. ont la plus haute importance. Malheureusement, G.B. n'a pas suivi les instructions qu'elle a reçues de nombreux professionnels de la santé et intervenants. Jusqu'à ce qu'il soit placé en famille d'accueil, J.B. a fait des progrès minimes ou nuls sous les aspects suivants :

1) traitement et maîtrise de l'asthme;
2) traitement et correction de la vision;
3) orthophonie;
4) ergothérapie;
5) coordination;
6) rattrapage de ses retards de développement.

G.B. n’a pas compris la gravité des retards de développement et des problèmes de santé de J.B., ni l’importance de surveiller sa situation en allant aux rendez-vous et en suivant les plans de traitement formulés par les professionnels. Dans bien des cas, G.B. ne collaborait pas avec les professionnels qui fournissaient des services à J.B., à tel point que certains ont menacé de clore leurs dossiers concernant J.B., ou l’ont fait.

b) Pour ce qui est des vues et préférences de l’enfant, étant donné l’âge de J.B., une évaluation de ses vues et préférences n’a pas été présentée à la Cour. Des témoins ont affirmé que lorsque J.B. a été placé en famille d’accueil, il mouillait son lit régulièrement, avait peur du noir, semblait anxieux et avait de la difficulté à dormir. Il s’est rapidement bien intégré à sa famille d’accueil. Sa mère d’accueil a veillé à ce qu’il aille à tous les rendez-vous fixés par les spécialistes et les autres fournisseurs de soins de santé, et ses problèmes de santé et ses retards de développement ont commencé à s’améliorer rapidement. La famille d’accueil a remarqué que J.B. pouvait maîtriser ses troubles de la vessie et a cessé de mouiller son lit régulièrement. Pendant cette période, G.B. a manqué beaucoup de rendez-vous d’accès auprès de J.B. Lorsque ces visites avaient lieu, J.B. recommençait à mouiller son pantalon et son lit et, à son retour au foyer d’accueil, il était très agité et son langage était inapproprié. J.B. était très frustré et troublé lorsque G.B. ratait les rendez-vous fixés, souvent sans préavis, et se fâchait contre sa mère d’accueil.

c) La preuve établit qu’avant le placement de J.B. en famille d’accueil, sa stabilité était constamment perturbée à cause des relations de sa mère, des déménagements fréquents, des soins parentaux inappropriés (rendez-vous ratés, inobservation des programmes de traitement) et des conditions de logement inacceptables. De janvier 2009 à juillet 2010, G.B. avait déménagé avec J.B. cinq fois. G.B. refusait beaucoup de services offerts par les spécialistes et ne suivait pas les recommandations formulées dans le plan

d’intervention. Elle continuait de permettre aux gens de fumer chez elle, gardait un gros chien dans la maison et ne maintenait pas un niveau de propreté acceptable pour tenter de maîtriser l’asthme de J.B. Un problème important était le non-respect du calendrier de visites de la part de G.B., qui inspirait à J.B. des sentiments de colère, de frustration et de déception, Une conseillère familiale, Renée Landry, a témoigné que sur les 150 visites prévues entre janvier 2010 et avril 2011, G.B. en a raté 61. La preuve a établi que lorsque J.B. a été placé en foyer d’accueil, il a bénéficié des habitudes et structures établies dans un cadre prévisible. G.B. n’était pas capable d’offrir ces avantages. À mon avis, le retour de J.B. à la garde de sa mère aurait perturbé davantage sa stabilité et aurait été à l’encontre de son intérêt supérieur.

d) Pour ce qui est 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 ou qui a un droit d’accès auprès de lui, en l’espèce, l’amour et l’affection de G.B. envers son enfant sont incontestables. La preuve a également établi que, lorsque G.B. exerçait son droit d’accès auprès de J.B., celui-ci exprimait généralement son amour pour sa mère. Malgré l’amour de G.B. pour son enfant, son refus d’aller aux rendez-vous, d’exercer son droit d’accès avec constance et de s’attaquer à sa toxicomanie est incompréhensible.

Même si l’amour et l’affection sont des critères importants à considérer pour évaluer l’intérêt supérieur de l’enfant, ils ne doivent pas primer sur les autres facteurs énumérés dans la définition de l’intérêt supérieur de l’enfant. En l’espèce, l’incapacité de la mère de donner à son enfant la première place dans sa vie, son manque de capacité parentale et l’instabilité de son logement compromettent l’amour et l’affection mutuels qui existent.

e) Le plan du Ministre consiste à ce que J.B. continue d’être placé jusqu’à son adoption. Selon le plan de la mère, J.B. continuerait d’être pris en charge et

serait graduellement réuni avec elle et son partenaire, J.G., qui a témoigné qu'il [TRADUCTION] « voyageait énormément » pour son travail et que son [TRADUCTION] « domicile principal est à Moncton » et non à Tracadie-Sheila. G.B. a également suggéré que sa mère pourrait l'aider à prendre soin de J.B. Malheureusement, G.B. a témoigné qu'elle-même avait été suivie par les Services de protection de l'enfance à trois occasions pendant son enfance et que, même si elle n'a jamais été prise en charge, le Ministre a obtenu la tutelle d'une plus jeune sœur en 2004. La mère de G.B. a témoigné qu'elle a eu six enfants, dont trois avaient été suivis par les Services de protection de l'enfance en raison de problèmes de drogues et d'alcool et ont finalement été pris en charge. D'après la preuve présentée au juge saisi de la demande, le plan du Ministre était supérieur à celui proposant le retour de l'enfant sous la garde de G.B. et il concordait mieux avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

f) La preuve non contredite établit que l'enfant a fait des progrès considérables depuis qu'il a été mis sous un régime de protection et placé dans une famille d'accueil. Son placement lui a assuré la sécurité, la régularité et la structure qui sont essentiels pour répondre aux besoins de l'enfant. La preuve montre clairement que G.B. n'a été ni disposé à offrir à J.B. la sécurité dans un milieu qui lui permettrait d'améliorer ses capacités et de réaliser pleinement son potentiel, ni capable de le faire.

g) Les parties n'ont présenté aucune preuve concernant le patrimoine culturel et religieux de l'enfant ni la manière dont ces réalités pourraient être touchées par la demande.

[37] À mon avis, la décision du juge saisi de la demande d'accorder l'ordonnance sollicitée par le Ministre était étayée par la preuve. Même si le juge a omis de fournir une analyse, il pouvait conclure à bon droit à partir de la preuve que le plan du Ministre pour l'enfant avait de meilleures chances d'assurer le bon développement de J.B. que le plan proposé par la mère. Il est important de réaffirmer qu'un psychologue a

témoigné que la mère n’est pas capable d’exercer le rôle de parent de J.B., et les preuves à l’appui du témoignage du psychologue étaient abondantes. En l’espèce, il est dans l’intérêt supérieur de l’enfant d’accorder la tutelle au Ministre, sans droit d’accès. Étant donné l’ensemble de la preuve, je suis d’avis qu’en étant pris en charge par le Ministre, J.B. continuera de faire des progrès, Le juge saisi de la demande n’a pas fait erreur lorsqu’il a accordé la tutelle au Ministre.

VII. Dispositif

[38] Pour ces motifs, je me suis jointe à mes collègues pour accueillir l’appel du Ministre au sujet du droit d’accès et de la restriction imposée à l’adoption éventuelle de l’enfant, et pour rejeter l’appel reconventionnel de G.B. Je ne rendrais aucune ordonnance quant aux dépens.

English version of the decision of the Court delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] On July 21, 2011, a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, granted the Minister of Social Development an order of guardianship, without access, of G.B.'s six-year-old son J.B. The guardianship hearing lasted nine days spread over a two month period. As is well known, if a judge grants guardianship of a child to the Minister pursuant to s. 56(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, the custody, care and control and all parental rights and responsibilities with respect to the child are transferred to the Minister. Although the judge purported to grant guardianship to the Minister "without access", he granted G.B. access to the child for six months following the oral decision and also prohibited the placement of the child for adoption prior to March 1, 2012. Both of these measures were apparently designed to give the mother a "last chance" to regain custody. The Minister requests that these conditions be struck. G.B. cross-appeals on the basis that the judge erred in law by not considering the best interests of the child when he granted guardianship to the Minister without access. This Court allowed the appeal and dismissed the cross-appeal from the Bench, indicating written reasons would follow. The following are my reasons, based on the record that was presented to this Court.

II. Background and Procedural History

[2] G.B. and F.H. are the biological parents of J.B, born January 27, 2005. Both parents were 16 years of age at the time of J.B.'s birth. F.H. has never been involved in J.B.'s life and consented to the Minister's guardianship application. In May 2005, G.B. commenced a common-law relationship with R.O., the third party, and subsequently had two children with him. These children are not subject to this application. In January 2009, G.B. and R.O. separated. R.O. has consented to the guardianship application concerning J.B. The Minister has been involved with G.B.'s

family since December 2008. After G.B. and R.O. separated, G.B. moved to the Moncton area with a new partner. All three of G.B.'s children remained with R.O. at that time.

[3] In July 2009, a 60-day custody agreement was signed by G.B., R.O. and the Minister, wherein it was agreed the three children would reside with R.O., and G.B. would have access on the weekends. In November 2009, G.B. and R.O. decided J.B. would reside with G.B. and the other two children would remain with R.O. On commencement of a custody application by the Minister in March 2010, J.B. was taken into care. Subsequently on May 26, 2010, the Court granted interim custody to the Minister for a period of six months, on consent of the parties. By this point, G.B. and J.B. were being followed by numerous specialists and intervention workers, all of whom testified at the hearing:

a) Dr. Mahmoud Loubani, a pediatrician who has practiced for more than 36 years. Dr. Loubani began following J.B. when J.B. was admitted to hospital during his early infancy, on two occasions within two weeks, with severe acute bronchiolitis. Dr. Loubani requested that G.B. bring J.B. in for regular appointments as there was a strong possibility that J.B. would develop bronchial asthma. He was concerned due to the fact that, according to him, 50% of children who suffer from more than one attack of bronchiolitis as infants develop asthma. Dr. Loubani was also concerned because the mother smoked at home. When J.B. was discharged from the hospital the second time, Dr. Loubani instructed G.B. to have J.B. seen by his family doctor in one week and to bring J.B. back to see him in eight weeks (this was in April 2005). Dr. Loubani had no record of the eighth week visit occurring. The next time Dr. Loubani saw J.B. was in March 2007, as J.B. had a severe allergic rash. Dr. Loubani treated J.B. and did not see him again until March 29, 2010 at the request of J.B.'s social worker, as J.B. had suffered an asthma attack. J.B. was treated with puffers. He was also treated for

chronic constipation at that time. After that, he was brought in regularly by the foster mother. J.B. reported to Dr. Loubani that his mother smoked in her home. Dr. Loubani made arrangements to meet with G.B. in order to discuss J.B.'s asthma and how important it was not to smoke and not to have any animals, in the home. Dr. Loubani explained the diagnosis of asthma to G.B. This appointment was the only one G.B. attended between March 2010 and April 2011, although there had been nine visits during that period. There had been no visits by G.B. to see Dr. Loubani with J.B. between March 2007 and March 2010. Dr. Loubani attributed the asthma attacks J.B. suffered before March 2010 to the smoke to which he was exposed while living with his mother. Dr. Loubani stated that after March 29, 2010, J.B.'s asthma was "very well controlled". Dr. Loubani added that when J.B. experienced asthma symptoms, the foster parents started J.B. on his medications right away.

b) Dr. Mélanie Roy is an ophthalmologist who diagnosed J.B. with [TRANSLATION] "hypermetropia, anisometropia and strabismus" in December 2006, when he was 11 months old. Dr. Roy wished to monitor J.B. closely, requiring monthly appointments, and prescribed a very strict treatment that required J.B.'s left eye be covered with a patch for approximately eight hours a day in order to treat the right eye. Meeting the doctor's instructions regarding timing was critical to correcting the condition. J.B. was also supposed to wear glasses. G.B. was asked to strictly enforce the wearing of the patch and the glasses, and ensure that J.B. attended regular check-ups with Dr. Roy. G.B. did none of this.

c) Claude Snow, a social worker, attempted to educate G.B respecting the importance of J.B. attending his appointments with specialists and other therapists. G.B. did not see the importance of this.

d) Mireille Crépeau, a physiotherapist, determined in 2009 that J.B. was developmentally delayed. After an evaluation, Ms. Crépeau found that J.B. had difficulty with his balance, coordination and concentration. G.B. was given an exercise program for J.B. to follow at home, but on subsequent appointments, Ms. Crépeau saw little change in J.B.'s condition. She explained to G.B. that J.B. needed to be seen on a regular basis, and tried to accommodate G.B. by having J.B.'s ergotherapy sessions scheduled at the same time as his physiotherapy. G.B. continued to miss scheduled appointments, even though Ms. Crépeau had explained that J.B. had the potential to overcome his difficulties. Ms. Crépeau also explained J.B. had to follow the exercise plan in order to prepare for his entry to school. J.B. did not make much progress while in G.B.'s care.

e) Liette Thomas, ergotherapist, noted that J.B.'s fine motor skills were delayed. Although he was four years and 10 months when evaluated, he was functioning at the level of a three year old. Ms. Thomas explained to G.B. the importance of working with J.B. at home, doing crafts, colouring, and cutting things out with scissors, as well as the importance of attending appointments in an attempt to prepare J.B. for school.

f) Gilberte Landry, speech therapist, evaluated J.B. in October of 2009 and determined that J.B. was delayed with respect to language, comprehension and expression. Unfortunately, despite scheduled appointments, Ms. Landry did not meet with J.B. again until March 2010, when J.B. went into foster care. G.B. and J.B. missed all appointments without notice.

g) Lynn Plourde, intervention worker, assessed J.B. and found that he was delayed in his fine motor skills, language skills, global motor skills, independence and socialisation. She made recommendations to G.B. to

stimulate and encourage J.B., and advised G.B. they should meet once a week for an hour. G.B. agreed to this, but then missed appointments and did not return Ms. Plourde's telephone calls. Ms. Plourde attended to G.B.'s residence and requested G.B. sign a contract which would allow her to attend G.B. and J.B.'s residence for appointments. G.B. signed the contract, but when Ms. Plourde attended the residence for the first appointment, no one was at home. As a result, J.B.'s file was closed.

h) Renée Landry, family counsellor, was engaged to provide parenting courses to G.B. These courses were to teach G.B. techniques to communicate with J.B., and usually would entail one session a week for 11 weeks. G.B. attended five of the 11 sessions and failed to attend the others, without notice in most instances.

[4] During this period, J.B. was also treated by Dr. Tremblay and Dr. Youssef, both of whom are ear, nose and throat specialists, as J.B. had to undergo minor surgery to have tubes inserted into his ears. In addition, approximately six other social workers were involved with this family, and G.B. underwent a parenting capacity assessment. She was tested by psychologist Luc Dubé who concluded that G.B. was not capable of modifying her approach to parenting J.B. in order to meet J.B.'s needs.

[5] On March 17, 2010, the Minister sought a six-month custody order for J.B. on the basis that:

- G.B. was not making use of the services that had been put in place regarding the child's development;

- G.B. did not understand the importance of following the advice given by professionals respecting J.B., she did not cooperate with individuals who supplied services to J.B. to the point where they threatened to close their files respecting J.B.;

- G.B. was negligent regarding J.B.'s vision problems, which, without regular treatment, could result in permanent irreversible damage to his right eye;

- After J.B. was apprehended by the Minister, he was examined by a dentist and it was discovered that J.B. had a number of decaying teeth and abscesses on his gums; and

- The foster family noted that J.B. had many difficulties which were linked to his anxiety.

[6] On May 26, 2010, the parents consented to a six-month custody order. On September 23, 2010, the Minister decided to seek a guardianship order and place J.B. for adoption, if the order was granted. On October 18, 2010, an interim custody order was granted until a final determination respecting guardianship was made.

[7] On April 7, 2010, the Minister obtained the results of a drug test undertaken by G.B. She tested positive for use of cocaine. When confronted with these results, G.B. admitted she had been consuming cocaine for six years. In somewhat of a defence mechanism, she reported that at least she had stopped consuming methamphetamine and ecstasy in the summer of 2010.

[8] From the time J.B. was apprehended, supervised visits were scheduled to take place on an average of three times per week for two hours at a time. Between January 15, 2010, and April 27, 2011, G.B. missed 61 of 150 scheduled visits for various reasons. A total of 89 visits took place. This indicated to the Minister that G.B. was not capable to ensure the proper security and development for J.B. At the time of the guardianship application, the Minister was concerned with G.B.'s drug addiction, her lack of parenting skills and her apparent insensitivity to J.B.'s various health problems that required care and follow-up with professionals. At the time of the hearing, J.B. was

functioning well and was progressing well in the structured environment the foster family provided.

III. Guardianship Hearing

[9] The guardianship hearing was held for nine days over a two-month period. During the hearing, 19 witnesses testified for the Minister, including those mentioned earlier. One of these was psychologist Luc Dubé, who had undertaken a parenting capacity assessment of G.B. He testified that the results of his evaluation determined that G.B. had major difficulty responding to J.B.'s many current needs and did not have the capacity to adapt to J.B.'s growing needs. He stated that G.B. was incapable of introspection and J.B. suffered, among many other disorders, an attachment disorder that was a direct result of the manner in which G.B. had parented him. Mr. Dubé testified that, from his observations, J.B. did not turn to his mother for comfort, and when they have been apart, J.B. did not ask to see G.B. Mr. Dubé testified that he had observed G.B. undergo episodes of disassociation, which he explained as "a stoppage of consciousness or reality". He opined that G.B. most likely experienced these episodes as a result of trauma she had experienced in the past. Mr. Dubé did not believe that G.B. had the capacity to respond to her child's needs and this had resulted in J.B.'s developmental delays. It was Mr. Dubé's opinion that returning the child to G.B. would not be positive for J.B. and granting access to his mother could cause much confusion for J.B. He stated the goal for J.B. should be to establish stability and attachment with an important figure in J.B.'s life and this figure could not be his mother.

[10] Witnesses for G.B. included her mother, her partner J.G. and herself. G.B.'s mother testified that she, herself, had a drug addiction 20 years previously, which she had overcome. She said that although G.B. did have a drug problem, they were attending Narcotics Anonymous together and G.B. was making progress. G.B.'s mother testified that as a parent, she and her children had been followed by child protection services and three of her six children had been placed into care. She testified that her children experienced difficulties with drugs and alcohol. G.B.'s current partner, J.G.,

testified that although he "lived with" G.B., he usually worked for his family's business out of the Moncton area during the week and at times could be working "on the road" for up to two weeks. He resided with G.B. when he was not working. J.G. also testified that he did not wish to be considered a father by J.B. and wanted to be treated more as an "uncle" or "family member". The application judge indicated he had a fundamental problem with J.G.'s testimony as J.G. had refused to meet with Claude Snow, a social worker who was requested to prepare a parenting capacity report. J.G.'s testimony revealed he was not willing to accept care of J.B.

[11] G.B. testified she had stopped using drugs in March of 2011 and although a social worker had proposed that G.B. enter a detoxification program, she did not wish to do so as she would miss visits with her children. G.B. believed attending Narcotics Anonymous once a week was sufficient. She testified she had regularly taken cocaine, speed and marijuana in the past, two to three times a week, but never in the presence of her children. She stated that the support system she would rely on if J.B. was returned to her care would be comprised of her mother, her two sisters and J.G.

[12] The lawyer representing the child was of the view that it was in J.B.'s best interests that guardianship, without access to the parent, be granted. She submitted that J.B. required stability and security to deal with his many health and developmental issues, and argued G.B. could not provide this. J.B.'s lawyer said that J.B. should be given the possibility of adoption by a family willing to take care of his needs.

[13] An oral decision was rendered, granting guardianship to the Minister without access. However, the judge included two conditions in his order: (1) that the mother would be granted access at the Minister's discretion for six months following the decision; and (2) J.B. could not be placed for adoption prior to March 1, 2012.

IV. Grounds of Appeal

[14] The Minister submits the application judge erred in law by:

> [TRANSLATION]
> 1. [by] prohibiting the Minister of Social Development to place the child [J.E.B.] for adoption prior to March 1, 2012;
>
> 2. [by granting] access, with attached conditions, for a period of six (6) months, to the respondent [G.B.] after granting guardianship without rights of access.

[15] In her cross-appeal, the mother submits the application judge erred in law by:

> [TRANSLATION]
> 1. [b]y failing to consider the best interests of the child, as defined in s. 1 of the *Family Services Act* […] before granting guardianship to the appellant without rights of access to the child [J.E.B.];
>
> 2. [b]y ordering guardianship without rights of access even though he concluded that the respondent [G.B.] should have an additional opportunity to demonstrate that she could provide for the best interests of her son [J.E.B.].

V. Standard of Review

[16] In *S.B. v. Minister of Family and Community Services*, 2006 NBCA 41, [2006] N.B.J. No. 167 (QL), Richard J.A. expressed the following views:

> It is common ground that the scope of appellate review in child protection matters, including guardianship cases, is very narrow. Considering the numerous decisions of the Supreme Court of Canada and of this Court on point, it would have been futile for any of the parties not to acknowledge the limited circumstances where appellate intervention may be justified: see, for example, *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C.(G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073 at para. 5, *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L.(M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534 at paras. 34-36, *D.B. v. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)* (2000), 228

> N.B.R. (2d) 218 (C.A.), at paras. 6-7, *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires) c. A.N. et Y.N.* (2003), 264 N.B.R. (2d) 80 at para. 11, *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. M.D.*, [2006] N.B.J. No. 11 (C.A.) (QL) at paras. 5-7 and *T.T. v. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)*, [2006] N.B.J. No. 39 (C.A.) (QL) at para. 3. These cases stand for the proposition, succinctly stated by Drapeau C.J.N.B. in *A.N.* at para. 11, that an appellate court will not intervene in child protection cases "unless the trial judge's decision has no factual merit or was based on an error in principle, a failure to consider all relevant factors or the consideration of an irrelevant factor. [para. 3]

See also *A.W. v. The Minister of Family and Community Services*, 2007 NBCA 77, 322 N.B.R. (2d) 162; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *A.M.K.H. v. K.A.M.*, 2003 NBCA 33, 259 N.B.R. (2d) 291; *N.J.P. v. The Minister of Social Development*, 2012 NBCA 3, 382 N.B.R. (2d) 245.

[17] Therefore, the scope of appellate review with respect to guardianship cases is quite narrow, and in the absence of material error, such as a serious misapprehension of the evidence or an error of law, deference must be shown.

VI. Analysis

A. *Minister's Grounds of Appeal*

[18] The Minister sought a guardianship order pursuant to s. 56(1) of the *Family Services Act*:

56(1) The court may make a guardianship order transferring from a parent to the Minister on a permanent basis the guardianship of a child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child.	**56**(1) La cour peut rendre une ordonnance de tutelle en vertu de laquelle un parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle d'un enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l'égard de l'enfant.

[19] Under s. 53(2) of the *Act*, the best interests of the child are the primary consideration when determining whether a guardianship order should be granted.

53(2) When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.	**53**(2) Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

[20] In the present case, the Minister contends the judge erred by ordering the child not be placed for adoption prior to March 1, 2012, and by allowing access to the mother for a six-month period after granting the guardianship without access. Section 61(1) states:

61(1) Where a child is in care under a guardianship order or a guardianship agreement and at least six months have elapsed from the making of the order or agreement or from any previous review of the order or agreement, a child or former parent of the child may apply to the court to vary or terminate the order or agreement.	**61**(1) Lorsqu'un enfant est pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle ou d'une entente de tutelle et qu'au moins six mois se sont écoulés depuis l'ordonnance ou l'entente ou depuis une révision antérieure de l'ordonnance ou de l'entente, l'enfant ou son ancien parent peut faire une demande à la cour afin de faire modifier l'ordonnance ou l'entente ou d'y mettre fin.

Therefore the *Act* permits a parent to apply to vary or terminate a guardianship order if the child in question has not been adopted within the six-month period subsequent to the order.

[21] However, subsection 61(4) restricts the scope of s. 61(1):

61(4) A court shall not hear an application under this section if the child has been placed for adoption.	**61**(4) Une cour ne peut entendre une demande en vertu du présent article si l'enfant a été placé pour adoption.

[22] Although the application judge granted guardianship without access, it is apparent from his order he was attempting to circumvent s. 61(4) of the *Act* in order to provide G.B. a "last chance". Nothing in the *Act* allows an application judge to suspend

the Minister's authority to place a child for adoption once the Minister has been granted guardianship without access. There is no legislative foundation upon which to base such a decision. It is apparent that the legislators specifically excluded the possibility for a parent to make an application pursuant to s. 61(1) if the child has been placed for adoption. A reading of the *Act* indicates the legislators clearly placed adoption as a priority that could not be frustrated by an application by a parent.

[23] In the case before us, the application judge clearly granted guardianship without access, yet, in the same order he provided access for a six-month period following the order. The judge was attempting to preserve the possibility for G.B. to make an application pursuant to s. 61(1) of the *Act*.

[24] In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L.(M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534, [1998] S.C.J. No. 52 (QL), Gonthier J. listed the factors to be considered when determining whether access should be granted in guardianship cases. He stated:

> My consideration of whether access should be granted is based on the following principles. First, there is no inconsistency in principle between a permanent guardianship order and an access order. Second, access is the exception and not the rule. Third, the principle of preserving family ties cannot come into play in respect of granting access unless it is in the best interests of the child to do so, having regard to all the other relevant factors. Fourth, an adoption, which is in the best interests of the child, must not be hampered by the existence of a right of access. Fifth, access should not be granted if its exercise would have negative effects on the physical or psychological health of the child. [para. 39]

Therefore, reservation of access is the exception rather than the rule.

[25] In *T.L.M. v. Department of Social Development (formerly the Minister of Family and Community Services)*, 2009 NBCA 8, 341 N.B.R. (2d) 33, Richard J.A. said:

> A guardianship order made under s. 56 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, transfers to the Minister of Social Development the guardianship of a child, "including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child": ss. 43 and 56(1). In rare situations, a court issuing a guardianship order may include a condition preserving for the child a right of access to one or both of the biological parents: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L.(M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534, [1998] S.C.J. No. 52 (Q.L.). In determining whether a guardianship order should issue and whether a right of access should be preserved, the overarching guiding principle is that the best interests of the child trump all other considerations: s. 53(2) and *L.(M.)*. [para. 1]

[26] It appears in this case the application judge was more concerned about preserving a right of access for the mother, not the child, and did not truly consider the best interests of J.B.

> [TRANSLATION]
> **THE COURT:** . . . And finally, access provisions in favor of the respondent will be determined at the sole discretion of the Minister, with consideration for [J.B.]'s best interests, but also for this Court's desire to give the respondent « a last chance » to demonstrate that she is capable of providing for [J.B.]'s needs. [T]he third condition reads as follows : the access granted to the respondent in paragraph 2 of this order or decision, as the case may be, can be revoked upon breach of any of the conditions outlined in subparagraphs 2 (A) to (H) inclusively, even if there is but a single breach. [T]he last condition . . . reads as follows: the Minister may, by notice of motion, apply to have of the aforesaid access revoked if the Minister believes that the respondent has failed to comply with any of these conditions. So, to make it [clear], the guardianship order is granted, . . . without access. There is temporary access, which will terminate on January 20, 2012, and on that date, if she so desires, the respondent may apply, pursuant to s. 61 of the *Family Services Act*, to vary the order providing for guardianship without right of access. In the

> meantime, the Minister, pursuant to the *Act*, has the same rights, but also, if the Minister finds that the respondent has failed to comply with the conditions I just listed, the Minister may apply to have temporary access revoked. Obviously, the respondent will retain the right to make her application pursuant to s. 61, because the order prohibiting the placement of [J.B.] for adoption, before March 1st, 2012, will remain, unless this Court orders otherwise, and, in the view of the circumstances, there may possibly be circumstances justifying the Court to order otherwise.
>
> [Transcript – July 21, 2011, p. 4-6]

[27] It is illogical to reserve access after issuing a guardianship order (without access). The guardianship order transfers the rights and responsibilities of the parent to the Minister, and it is an error to grant unto a parent rights the law says have been taken away. In *Minister of Social Development v. M.G. and B.B.*, 2012 NBCA 19, 383 N.B.R. (2d) 394, Richard J.A. said:

> The preservation of a child's right of access to his or her biological parents despite a guardianship order is reserved for rare situations: see *T.L.M. v. Department of Social Development (formerly the Minister of Family and Community Services)*, 2009 NBCA 8, 341 N.B.R. (2d) 33, citing *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L.(M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534, [1998] S.C.J. No. 52 (QL). As stated in *L.(M.)*, access is the exception and not the rule and "[t]he decision as to whether or not to grant access is a delicate exercise which requires that the [trial] judge weigh the various components of the best interests of the child" (para. 51). […] [para. 2]

[28] Richard J.A. went on to say:

> In support of the first ground of appeal, the Minister submits the judge erred in his disposition of the matter when he stated the biological parents "will be entitled" to specified access. According to the Minister, the right of access is one reserved for the child and does not create an entitlement for the respondents. <u>Evidently, if the judge had ruled it was the respondents who had a right of access in</u>

> this case, he would have been wrong. The law is clear that "access is a right that belongs to the child, and not to the parents": *L.(M.)*, at para. 17. [para. 8] [Emphasis added.]

In this case, counsel for the Minister is correct in his submission that the judge committed an error in ordering a right of access to G.B. after granting the guardianship order. The right of access is always that of the child, provided it is in his or her best interests.

B. *G.B.'s Cross-Appeal*

[29] G.B. says the application judge erred in granting guardianship without access and not considering the best interests of the child in his determination.

[30] In her written submission, G.B. says that the application judge concluded that it was in the best interests of the child to give G.B. a second chance. Thus, the fact that the judge granted guardianship without access was contrary to his attempt to provide G.B. with a "second chance". G.B. submits that when the guardianship without access was ordered, the judge was not convinced it was in the best interests of the child to issue such an order.

> [TRANSLATION]
> **THE COURT:** […] Then, is it in the best interests of the child to be unable to see his mother for a six-month period so that she could prove herself, or should we continue with the arrangement we have now, which is provisional, until the whole thing is decided? And this brings us back to my initial comments and to the comments Mr. Duguay just made. Maybe it would be more simple to withdraw the guardianship order today and to reserve judgment until September.

[31] G.B. submits the application judge was not convinced that the mother could not change her circumstances with some time, and that the conditions he added to the guardianship order were in the best interests of the child.

[32] An issue that was not raised as a ground of appeal by either party, but is one that can be extrapolated from G.B.'s assertion that the application judge failed to consider the best interests of the child, is sufficiency of reasons. In this case, the reasons given to support the decision are grossly lacking any type of coherent analysis. However, in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, Larlee J.A. said:

> Rule 62.21(1) allows this Court to render any decision and make any order which ought to have been made. In *Larose v. Larose* (2002), 171 B.C.A.C. 27, [2002] B.C.J. No. 1340 (QL), 2002 BCCA 366, the Court allowed an appeal by the custodial father where the motions judge had denied him permission to move with the children from Vancouver to Nanaimo. The judge's error was in ruling that the onus was on the father to establish that the move was not for the purpose of undermining the mother's rights. The case is interesting for two reasons. Firstly, the Court of Appeal was willing to hear fresh evidence in the matter which both parties sought to adduce. The parties were in agreement as to the importance of the admission of the fresh evidence. The Court agreed to admit the fresh evidence, as counsel did not object, and because it would be of assistance to the Court in considering the best interests of the children. However, it also noted that the fresh evidence was not determinative of the appeal. Secondly, the Court substituted its own judgment for that of the motions judge. […]
>
> [para. 30]

[33] It is my view that a review of the evidence in this case enables this Court to determine whether the guardianship order without access is in the best interests of the child. We heard fresh evidence from all parties to apprise us of the circumstances that have occurred since the date of the order. This fresh evidence indicates the situation respecting G.B., as presented to the application judge, has not improved. Of a possible 15 visits between the date of the decision and the beginning of October, G.B. only attended five. On October 7, 2011, a review of the file by agents of the Minister revealed G.B. had not respected the conditions imposed upon her by the court. She had not contacted J.B.'s specialists, she had not attended J.B.'s medical appointments and she had not shown up for her drug testing.

[34] When reviewing guardianship orders, we recognize that subsection 53(2) of the *Act* requires the Court to focus on the best interests of the child.

[35] Section 1 of the *Act* contains the following definition of the "best interests of the child":

1 In this Act	**1** Dans la présente loi
[…]	[…]
"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 grandparent of the child;	*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 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;	*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;

and	et
(g) the child's cultural and religious heritage;	*g)* du patrimoine culturel et religieux de l'enfant;

[36] I propose to deal with each criterion separately.

a) The mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, is one of the most significant factors to be considered in this case. J.B.'s good health and development are of the utmost importance. Unfortunately, G.B. has not followed instructions given to her by many health professionals and interventionists. Until his placement with a foster family, J.B. made little, if any, improvement in the following areas:

1. Treatment and control of his asthma;
2. Treatment and correction of his vision;
3. Speech therapy;
4. Ergotherapy;
5. His coordination; and
6. Improvement of his developmental delays.

G.B. did not comprehend the seriousness of J.B.'s developmental delays and health issues, nor the importance of monitoring his situation by attending appointments and following treatment plans provided by professionals. In many instances, G.B. would not cooperate with the professionals who supplied services to J.B., to the point where some of them threatened to, or did, close their files concerning J.B.

b) With respect to the views and preferences of the child, given J.B.'s age, the assessment of his views and preferences was not before this Court. Witnesses testified that when J.B. was placed with a foster family, he was wetting the bed regularly, was scared of the dark, seemed anxious and had difficulty sleeping. He quickly settled in well with his foster family.

His foster mother ensured he attended all appointments that were scheduled with specialists and other health care providers, and his health issues and developmental delays began to improve rapidly. The foster family noted that J.B. was able to control his bladder and stopped having regular bed-wetting accidents. During this period, G.B. missed many of the scheduled visits with J.B. When these did occur, J.B. would again have accidents in his pants and bed, and would return to the foster home very agitated and using inappropriate language. J.B. became very frustrated and upset when G.B. missed scheduled visits, often with no notice, and he would become angry with his foster mother.

c) The evidence establishes that prior to J.B.'s foster care placement, his sense of continuity was constantly disrupted due to his mother's relationships, the frequent moves and inappropriate parenting (missing appointments, not following treatment plans) and unacceptable housing. Between January 2009 and July 2010, G.B. had moved with J.B. five times. G.B. did not accept many of the services offered by specialists and did not follow recommendations made in the case plan. She continued to allow smoking in her residence, kept a large dog in the house and did not maintain an acceptable level of cleanliness to attempt to deal with J.B.'s asthma. A significant problem was G.B.'s non-compliance with the visitation schedule that left J.B. with feelings of anger, frustration and disappointment. Renée Landry, a family counselor, testified that of 150 scheduled visits between January 2010 and April 2011, G.B. missed 61. The evidence established that when J.B. was placed in the foster home, he benefitted from the routines and structures that were in place, in a predictable setting. G.B. was not able to provide these benefits. In my view, a return of J.B. to his mother's care would have further disrupted his sense of continuity and would have been inconsistent with his best interests.

d) With respect to the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody or access is entrusted, in this case the love and affection that G.B. has for her child is beyond dispute. The evidence also established that, when G.B. did exercise access to J.B., he generally expressed his love for his mother. Despite the love that G.B. has for her child, her refusal to attend appointments, exercise consistent access and deal with her addiction is incomprehensible.

Although love and affection are important criteria to consider when assessing the best interests of the child, they are not to supersede the other factors enumerated in the definition of best interests of the child. In this case, the mother's inability to put her child first in her life, her lack of capacity to parent and the instability of her living accommodations undermine the mutual love and affection that exists.

e) The Minister's plan is for the continued placement of J.B. until his adoption. The mother's plan is one that would see J.B. remain in care with a gradual reunification with her and her partner, J.G., who testified that he "was on the road a lot" for his work and that his "home base is Moncton", not Tracadie-Sheila. G.B. also proposed that her mother could assist her with J.B.'s care. Unfortunately, G.B. testified that she herself had been followed by Child Protection Services on three occasions during her childhood and although she was never taken into care, the Minister obtained guardianship of a younger sister in 2004. G.B.'s mother testified that she had six children, three of whom had been followed by Child Protection due to drug and alcohol problems and were eventually placed in care. Based on the evidence before the application judge, the Minister's plan was superior to returning the child to G.B.'s care and it was more consistent with the best interests of the child.

f) The uncontradicted evidence establishes the child has progressed significantly since being taken into protective care and placed with a foster

family. His placement provided the stability, routine and structure that are essential to meet the child's needs. The evidence is clear that G.B. has been unwilling and unable to provide J.B. a secure environment that would allow him to improve his capabilities, and achieve his full potential.

g) There was no evidence led by the parties respecting the child's cultural and religious heritage or the manner in which these issues could be affected by the application.

[37] In my view, the application judge's decision to grant the order requested by the Minister was supported by the evidence. Although the judge failed to provide an analysis, he could properly conclude from the evidence that the Minister's plan for the child was more likely to ensure J.B.'s proper development than that proposed by the mother. It is important to reiterate that a psychologist testified the mother is not capable of parenting J.B., and there was abundant evidence in support of the psychologists' testimony. In this case it is in the best interests of the child to grant guardianship, without access, to the Minister. On the whole of the evidence, I am of the opinion that under the care of the Minister, J.B. will continue to make gains and the application judge was not in error when he granted guardianship to the Minister.

VII. Disposition

[38] It is for these reasons I joined with my colleagues in allowing the Minister's appeal concerning access and the restriction imposed on the potential adoption of the child and in dismissing G.B.'s cross-appeal. I would make no order of costs.