

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

145-12-CA

S.L.B.

(Respondent)

APPELLANT

- and -

P.J.O.

(Petitioner)

RESPONDENT

S.L.B. v. P.J.O., 2013 NBCA 52

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
October 3, 2012

History of the Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 25, 2013

Judgment rendered :
September 5, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

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

S.L.B.

(Intimée)

- et -

P.J.O.

(Requérant)

APPELANTE

INTIMÉ

S.L.B. c. P.J.O., 2013 NBCA 52

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 3 octobre 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 25 juin 2013

Jugement rendu :
Le 5 septembre 2013

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

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

Counsel at the hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Tracy Peters
and Stéphanie M. Cormier

Pour l'appelante :
Tracy Peters
et Stéphanie M. Cormier

For the respondent:
David M. Lutz, Q.C.
and Shanna M. Wicks

Pour l'intimé :
David M. Lutz, c.r.,
et Shanna M. Wicks

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed, the order is set aside and the matter is remitted to the Court of Queen's Bench, Family Division, for a new hearing before a different judge.

L'appel est accueilli, l'ordonnance est annulée et l'affaire est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, pour une nouvelle audience devant un autre juge.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal by the mother, S.L.B., from an unreported decision made pursuant to s. 17 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) and ss. 7 and 8 of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 respecting legal custody, access and child support. The mother alleges that the motion judge erred in fact and law in concluding there had been no material change in circumstances that would allow him to vary the existing order respecting custody, access and child support as well as various findings of fact.

II. Factual and Procedural Background

[2] The parties married on October 12, 1991. There is one child of the marriage, born in August 2000. The parties separated in June 2007. Following their separation, they negotiated a Separation Agreement, wherein the issues of custody, access and support were agreed upon. Paragraphs 6(a) and 7(a) of the separation agreement state:

6. CUSTODY

The Mother and the Father shall continue to have joint legal and joint physical custody of the child of the marriage as follows:

- (a) The Mother and the Father shall have equal time with the child alternating on a weekly basis every seven days. The changeover shall occur each Friday after school or after camp.

[...]

7. CHILD SUPPORT

- (a) There shall be no monthly child support paid from one parent to the other. In lieu of same, the Father shall contribute \$200 per month to an RESP for [S.]. The RESP shall be held in the joint names of the parties and utilized for [S's] post-secondary education. In the event that this money is not used by [S.] or that there is a surplus, the balance remaining shall be equally divided between the parties.

[3] The custody, access and support arrangements were subsequently incorporated into and formed part of the *Order for Corollary Relief to a Divorce Judgment*, dated August 11, 2008. The parties followed these provisions of the agreement and alternated custody of the child every seven days from the date of separation until December 2010. In July 2010, the child advised he did not wish to proceed with the scheduled summer access with his father. By the fall of 2010, the child attempted to decrease his access with his father by resisting his parents' efforts, both verbally and physically, to follow the agreement. Between December 2010 and May 2011, the periods the child spent with his father decreased significantly due to the child's refusal to have access to his father.

[4] In January 2011, the parents met with the child and they all agreed to attempt to reconcile the difficulties they were experiencing regarding custody and access by participating in counselling. In February 2011, as a result of the counselling, the parties modified the existing custody and access arrangements and undertook a different schedule whereby the child spent nine consecutive days with his mother and then five consecutive days with his father. Irrespective of this change, the child continued to express his unhappiness with extended periods of access spent with his father. The father testified that when the child refused to have access with him, he had no choice but to acquiesce to the child's wishes, and it was his view that attempting to force the child to abide by the access agreement would only "make things worse". According to the mother, she continued to encourage the child to have access with his father. From May

2011 on, the child has primarily resided with the mother and has access with his father when he wishes to do so.

[5] On February 17, 2012, the mother filed a Notice of Motion to Change (Form 81F) and Change Information Form (Form 81G) with the Court of Queen's Bench, Family Division, pursuant to s. 17 of the *Divorce Act* requesting a variation of custody and child support retroactive to May 2011. On September 26, 2012, the father filed an affidavit in response to the Notice of Motion to Change. On September 27, 2012, the mother filed a Supplementary Affidavit.

[6] On October 3, 2012, the motion was heard. The judge dismissed the motion and on November 15, 2012, ordered the following:

IT IS HEREBY ORDERED AS FOLLOWS:

1. The Applicant's motion is dismissed.
2. The parties shall attend counseling with the Child with a counselor to be selected by the Respondent. Attendance at counseling shall not be voluntary.
3. The cost of counseling for the first 3 months shall be paid by the Applicant. The cost of any counseling thereafter shall be borne equally by the parties.
4. Should the parties fail to attend and participate in counseling, this matter may return to court on short notice and any claims made to the Court by the parties at that time shall not be limited to claims of contempt.
5. The Applicant shall pay costs to the Respondent in the amount of \$750.00 inclusive of HST and disbursements. These costs shall be set-off against the costs of \$750.00 inclusive of HST and disbursements which the Court ordered the Respondent to pay to the Applicant at the Status Hearing which was held on September 26, 2012.
6. This Order is effective October 3, 2012.

III. Issues

[7] The mother submits that the motion judge erred in fact and law in finding:

- 1) There had not been a material change in the condition, means, needs, or other circumstances of the child of the marriage since the order of August 11, 2008, and by failing to give sufficient reasons for this finding;
- 2) The mother acted unilaterally to vary the custody and access arrangements under the guise of acquiescing to the child's wishes without the father's consent;
- 3) The mother implicitly and explicitly guided the child in his refusal to abide by the arrangements under the existing order; and
- 4) The child did not have sufficient maturity to make decisions with respect to access arrangements with his father.

IV. Standard of Review

[8] 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]

[9] In *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147, this Court states:

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". [para. 10]

Accordingly, we may intervene when there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law. In my view this is such a case.

V. Analysis

[10] In the present case, the motion for a variation of a custody and support order was brought pursuant to provisions of the *Divorce Act*. 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.

This 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 circumstances taking into consideration

(a) the mental, emotional and physical

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,

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;

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;

VI. Material Change in Circumstances

[11] As this Court states in *N.E.R.*:

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]

[Emphasis added.]

[12] In the case before us, the motion judge concluded there had not been a material change in circumstances since the previous order, but he failed to provide any cogent reasons for this finding. The record reveals the shared custody arrangement agreed to in 2008 had not been in practice since May 2011. This was uncontested by the father. In February 2011, upon the recommendation of a counselor, the family decided to vary the custody and access arrangement. A new schedule was implemented wherein the child spent nine consecutive days with his mother and five consecutive days with his father. According to the parties, this schedule has been whittled down to even less time spent with the father. Therefore, there was a change in the custody and access arrangement that had been agreed to in 2008, a change that could not have been contemplated at the time the separation agreement was executed. This is clearly a change in circumstances. As a result, the judge should have proceeded to the second part of the test and commenced a fresh inquiry into the child's best interests.

VII. Best Interests of the Child

[13] As explained above, the motion judge determined there had not been a change in circumstances. Because of this conclusion, he did not proceed to the second step of the two-part test established by McLachlin J. in *Gordon v. Goertz*, that is, a "fresh inquiry" into the best interests of the child. 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 my view, the judge erred when he failed to determine there had been a material change in circumstances in the child's life. As a result, there was no fresh inquiry respecting the "best interests" of the child. I would allow the appeal and remit the matter to the Court of Queen's Bench, Family Division, as we are not equipped to make the findings required to be made during the fresh inquiry into the best interests of the child.

VIII. Findings

[14] The mother further submits the judge erred in fact and law in making the following findings:

- (1) The mother acted unilaterally to vary the custody and access agreement under the guise of “giving-in” to the child’s wishes;
- (2) The mother implicitly and explicitly guided the child in his refusal to abide by the existing custody and access agreement; and
- (3) The child did not have sufficient maturity to make decisions with respect to custody and access arrangements.

As I would allow the mother’s appeal and remit the matter to the Court of Queen’s Bench, Family Division, for a new hearing, it is not necessary to address the reasonableness of these findings. A new judge will make his or her own findings of fact and credibility during the fresh inquiry.

IX. Disposition

[15] I would allow the appeal with costs of \$ 2,500, payable by the father to the mother. I would set aside the decision of the Court of Queen’s Bench, Family Division, and remit the matter to a different judge of the Court of Queen’s Bench, Family Division, for a determination of the issues raised on the motion and responding documents.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel formé par la mère, S.L.B., à l'encontre d'une décision inédite rendue en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), et des art. 7 et 8 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, concernant la garde légale, l'accès et la pension alimentaire au profit de l'enfant. La mère soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur de fait et de droit en concluant qu'il n'y avait eu aucun changement de situation important qui lui permettrait de modifier l'ordonnance en vigueur concernant la garde, l'accès et la pension alimentaire au profit de l'enfant, et en tirant diverses conclusions de fait.

II. Cadre factuel et procédural

[2] Les parties se sont mariées le 12 octobre 1991. Il y a un enfant à charge, né en août 2000. Les parties se sont séparées en juin 2007. Après leur séparation, elles ont négocié une entente de séparation où elles ont réglé les questions de la garde, de l'accès et de la pension alimentaire. Les alinéas 6a) et 7a) de l'entente de séparation prévoient ce qui suit :

[TRADUCTION]

6. **GARDE**

La mère et le père continueront d'avoir la garde légale et physique conjointe de l'enfant à charge, de la façon suivante :

- a) La mère et le père passeront un temps égal avec l'enfant, en alternance chaque semaine, tous les sept jours. Le

transfert aura lieu chaque vendredi après l'école ou après le camp.

[...]

7. PENSION ALIMENTAIRE AU PROFIT DE L'ENFANT

- a) Aucune pension alimentaire mensuelle au profit de l'enfant ne sera payée par un parent à l'autre. À la place, le père versera 200 \$ par mois à un REEE pour [S.]. Le REEE sera détenu conjointement aux noms des parties et utilisé pour les études postsecondaires de [S.]. Si cet argent n'est pas utilisé par [S.] ou s'il y a un excédent, le solde sera divisé également entre les parties.

[3] Les arrangements de garde, d'accès et de pension alimentaire ont été intégrés par la suite à une *ordonnance de mesures accessoires à un jugement de divorce*, datée du 11 août 2008. Les parties ont respecté ces dispositions de l'entente et ont gardé l'enfant en alternant tous les sept jours depuis la date de leur séparation jusqu'en décembre 2010. En juillet 2010, l'enfant a déclaré qu'il ne voulait pas exercer l'accès prévu auprès de son père pendant l'été. À l'automne 2010, l'enfant a tenté de réduire le temps qu'il passe chez son père en résistant, verbalement et physiquement, aux efforts de ses parents pour suivre l'entente. De décembre 2010 à mai 2011, les périodes passées par l'enfant chez son père ont fortement diminué à cause de son refus d'y aller.

[4] En janvier 2011, les parents ont eu une discussion avec l'enfant, et tous se sont entendus pour tenter de résoudre les difficultés qu'ils éprouvaient au sujet de la garde et de l'accès en participant à des séances de counseling. En février 2011, à la suite de ces séances, les parents ont modifié les arrangements de garde et d'accès en vigueur et ont adopté un calendrier différent selon lequel l'enfant passait neuf jours de suite chez sa mère, puis cinq jours de suite chez son père. En dépit de ce changement, l'enfant a

continué de se montrer mécontent des longues périodes d'accès passées chez son père. Le père a témoigné que lorsque l'enfant a refusé de venir chez lui, il n'a eu d'autre choix que d'accéder à ses désirs, et il était d'avis que des tentatives de forcer l'enfant à respecter l'entente sur l'accès ne feraient [TRADUCTION] qu'« empirer les choses ». La mère, à ce qu'elle dit, a continué à encourager l'enfant à aller chez son père. Depuis mai 2011, l'enfant habite surtout chez sa mère et voit son père lorsqu'il le désire.

[5] Le 17 février 2012, la mère a déposé un avis de motion en modification (formule 81F) et une formule de renseignements visant une modification (formule 81G) à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, conformément à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, pour demander une modification de la garde et de la pension alimentaire au profit de l'enfant, rétroactive à mai 2011. Le 26 septembre 2012, le père a déposé un affidavit en réponse à l'avis de motion en modification. Le 27 septembre 2012, la mère a déposé un affidavit supplémentaire.

[6] Le 3 octobre 2012, la motion a été entendue. Le juge a rejeté la motion et a rendu, le 15 novembre 2012, l'ordonnance suivante :

[TRADUCTION]

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT :

1. La motion de la requérante est rejetée.
2. Les parties et l'enfant participeront à des séances de counseling avec un conseiller qui sera choisi par l'intimé. La présence à ces séances ne sera pas facultative.
3. Le coût des séances de counseling pendant les trois premiers mois sera payé par la requérante. Par la suite, le coût de toute séance de counseling éventuelle sera assumé à parts égales par les parties.

4. Si les parties omettent de se présenter aux séances de counseling et d'y participer, l'affaire pourra être renvoyée à la Cour dans un bref délai, et les demandes présentées à la Cour par les parties à cette occasion ne se limiteront pas aux accusations d'outrage.
5. La requérante paiera à l'intimé des dépens de 750 \$, TVH et débours inclus. Ces dépens seront déduits des dépens de 750 \$, TVH et débours inclus, que la Cour a ordonné à l'intimé de payer à la requérante lors de l'audience sur l'état de l'instance qui a été tenue le 26 septembre 2012.
6. La présente ordonnance prend effet le 3 octobre 2012.

III. Questions en litige

[7] La mère soutient que le juge saisi de la motion a commis des erreurs de fait et de droit lorsqu'il a conclu :

- 1) qu'il n'y avait pas eu de changement important dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis l'ordonnance du 11 août 2008 et en ne donnant pas des motifs suffisants à l'appui de cette conclusion;
- 2) que la mère avait agi unilatéralement pour modifier les arrangements de garde et d'accès sous prétexte d'accéder aux désirs de l'enfant sans le consentement du père;

- 3) que la mère avait implicitement et explicitement incité l'enfant à refuser de respecter les arrangements prévus par l'ordonnance en vigueur;
- 4) que l'enfant n'avait pas la maturité suffisante pour prendre des décisions concernant les arrangements d'accès auprès de son père.

IV. Norme de contrôle

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

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

[9] Dans l'arrêt *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2^e) 147, notre Cour affirme :

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. [Par. 10]

Il s'ensuit que nous pouvons intervenir s'il y a eu une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit. Tel est le cas, à mon avis.

V. Analyse

[10] En l'espèce, la motion en modification d'une ordonnance de garde et de soutien a été présentée conformément aux dispositions de la *Loi sur le divorce*. Les principes directeurs 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.

Cette disposition prescrit au juge saisi de la motion de « ne [tenir] compte que de l'intérêt de l'enfant » en modifiant une ordonnance en vigueur. Puisque la *Loi sur le divorce* ne donne pas de définition de « l'intérêt [supérieur] de l'enfant », on peut consulter l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, pour s'éclairer :

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;

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) 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[.]

VI. Changement important dans la situation de l'enfant

[11] Comme l'affirme notre Cour dans l'arrêt *N.E.R.* :

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^e) 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.Î.-P.-É.). En outre, le changement doit refléter une situation nettement différente de ce que le tribunal pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a rendu la première ordonnance. [TRADUCTION] « Le tribunal cherche à dégager les facteurs qui n'étaient pas susceptibles de se produire au moment de la procédure » : J.G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), à la p. 11-5.

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^e) 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^o 323, 152 R.N.-B. (2^e) 321 [...] (la juge Athey).

Comme nous l'avons souligné dans l'arrêt *D.G. c. H.F.*, [2006] A.N.-B. n^o 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^o 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].

[C'est moi qui souligne.]

[12] En l'espèce, le juge saisi de la motion a conclu qu'il n'y avait pas eu de changement important dans la situation depuis l'ordonnance précédente, mais il n'a fourni aucun motif convaincant à l'appui de cette conclusion. Le dossier révèle que l'arrangement de garde partagée convenu en 2008 n'a pas été observé depuis mai 2011.

Le père ne l'a pas contesté. En février 2011, sur la recommandation d'un conseiller, la famille a décidé de modifier l'arrangement de garde et d'accès. Un nouveau calendrier a été adopté, en vertu duquel l'enfant passait neuf jours de suite chez sa mère et cinq jours de suite chez son père. Selon les parties, le temps passé par l'enfant chez son père s'est peu à peu réduit encore davantage. Il y a donc eu un changement dans l'arrangement de garde et d'accès qui avait été convenu en 2008, changement qui n'aurait pas pu être envisagé à l'époque où l'entente de séparation a été signée. C'est un changement de situation manifeste. En conséquence, le juge aurait dû passer au deuxième volet du critère et entreprendre un nouvel examen de l'intérêt supérieur de l'enfant.

VII. Intérêt supérieur de l'enfant

[13] Comme je l'ai expliqué, le juge saisi de la motion a déterminé qu'il n'y avait pas eu de changement dans la situation. Par suite de cette conclusion, il n'est pas passé à la deuxième étape du critère en deux volets établi par la juge McLachlin dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, à savoir une « nouvelle analyse » de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 112 (QL), la juge McLachlin (tel était alors son titre) a traité de l'analyse que doit entreprendre le juge saisi d'une motion lorsqu'il détermine l'« intérêt de l'enfant » dans les affaires de garde et d'accès :

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]

À mon avis, le juge a fait erreur quand il n'a pas déterminé qu'il y avait eu un changement important dans la situation de vie de l'enfant. En conséquence, il n'y a pas eu de nouvelle analyse concernant l'« intérêt supérieur » de l'enfant. J'accueillerais l'appel et je renverrais l'affaire à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, car

nous ne sommes pas en position de tirer les conclusions qu'il est nécessaire de tirer pendant la nouvelle analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant.

VIII. Conclusions

[14] La mère soutient en outre que le juge a commis des erreurs de fait et de droit en tirant les conclusions suivantes :

- (1) que la mère a agi unilatéralement pour modifier l'entente de garde et d'accès sous prétexte d'accéder aux désirs de l'enfant;
- (2) que la mère a implicitement et explicitement incité l'enfant à refuser de respecter l'entente en vigueur en matière de garde et d'accès; et
- (3) que l'enfant n'avait pas la maturité suffisante pour prendre des décisions concernant les arrangements d'accès auprès de son père.

Étant donné que j'accueillerais l'appel de la mère et que je renverrais l'affaire à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, en vue d'une nouvelle audience, il n'est pas nécessaire que j'examine si ces conclusions sont raisonnables. Un nouveau juge tirera ses propres conclusions de fait et de crédibilité pendant la nouvelle analyse.

IX. Dispositif

[15] J'accueillerais l'appel avec dépens de 2,500\$ payables par le père à la mère. J'annulerais la décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, et je renverrais l'affaire à un autre juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, pour qu'il statue sur les questions soulevées dans la motion et les documents en réponse.