

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

71-14-CA

B.C. APPELLANT APPELANTE

- and - - et -

M.S. RESPONDENT INTIMÉ

B.C. v. M.S., 2015 NBCA 46

B.C. c. M.S., 2015 NBCA 46

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Baird

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
June 4, 2014

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine:  
le 4 juin 2014

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
N/A

Décision frappée d'appel :  
s.o.

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
February 10, 2015

Appel entendu :  
le 10 février 2015

Judgment rendered:  
July 23, 2015

Jugement rendu :  
le 23 juillet 2015

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Quigg

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

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
David H. Dunsmuir

Pour l'appelante :  
David H. Dunsmuir

For the respondent:  
Richard A. Northrup

Pour l'intimé :  
Richard A. Northrup

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$1,500.

Rejette l'appel et condamne l'appelante à des  
dépens de 1 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal by a mother, B.C., from the decision of a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, granting relief pursuant to the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, in respect of custody and access. B.C. contends the motion judge erred in fact and law in concluding there had been a material change in circumstances that would allow a variation of the existing order regarding those issues. She also contests various findings of fact. Contrary to B.C.'s position, I find no basis upon which to interfere with the motion judge's decision.

II. Factual and Procedural Background

[2] The parties, who were not married, have two children: A, born February 3, 2006, and B, born December 20, 2007. By consent order dated April 29, 2010, the parties were granted joint and shared custody of the children. The order also specified a residency schedule for the shared custody and support obligations. At the time, both parties lived in Saint John. Subsequently, the mother and the children moved to Fredericton, and a further consent order dated June 29, 2011, varied the access schedule for the respondent. That order followed two other orders in 2011 that also dealt with access. On December 13, 2011, the father filed a motion seeking to terminate ongoing child support as well as arrears due to his not having worked since August 2011. He had not been able to work due to injuries from a woodstove explosion earlier that year. Following a hearing on April 3, 2012, a judge suspended the ongoing payments as well as the enforcement of arrears, and ordered that the father notify the mother when he returned to work or when he received insurance funds related to his lost income.

[3] On December 5, 2012, the father filed a Motion to Change seeking: (1) sole custody of the children; (2) supervised access for the mother; (3) the cancellation of support obligations from the consent orders dated April 29, 2010, and June 29, 2011; and (4) payments of child support from the mother. In the mother's Response, she requested child support be varied from the time of her move to Fredericton, and financial disclosure from the father. The father's basis for alleging a material change in circumstances included concerns related to denials of access, the children's safety and medical needs, poor academic performance, and potential sexual abuse by a neighbour. The motion judge, in a decision dated June 4, 2014, agreed there had been a material change and found it was in the children's best interests to reside with the father, to whom he granted sole custody. The judge directed that the parties could seek further guidance from the court, if necessary, to resolve the access schedule, which the parties did on August 14, 2014, resulting in a detailed order in this regard. He did not rule on support obligations as the parties agreed this issue would be dealt with later. The mother asks that the motion judge's decision be set aside or varied.

### III. Grounds of Appeal

[4] The mother raises nine grounds of appeal which may be summarized as follows:

1. there should not have been a fresh inquiry into custody, as there was insufficient evidence to support a material change in circumstances;
2. the motion judge did not properly apply the best interests of the child test in his analysis, and also erred in his assessment of the evidence;
3. there were insufficient reasons provided to support the decision to grant custody to the father;

4. the motion judge erred when he refused to consider evidence with respect to child support;
5. the motion judge's conduct, during the hearing, created a reasonable apprehension of bias;
6. the access schedule was "unreasonable".

#### IV. Standard of Review

[5] The standard of review applicable to a motion judge's decision on custody is discussed in *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99:

In *A.F.G. v. D.A.B.*, 2011 NBCA 100, [2011] N.B.J. No. 401 (QL), this Court reiterated the standard of review to be employed in custody cases such as this one: deference is required. Intervention on appeal is unjustified absent a material error: *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100; *MacLean v. MacLean*, 2004 NBCA 75, 274 N.B.R. (2d) 90, at para. 18; *J.P. v. R.R.*, 2004 NBCA 98, 278 N.B.R. (2d) 351, at para. 27; *Scott v. Scott*, 2004 NBCA 99, 278 N.B.R. (2d) 61, at para. 32 and *Boudreau v. Brun*, 2005 NBCA 106, 293 N.B.R. (2d) 126, at para. 5. Deference is owed to the trial judge's assessment of the evidence when it comes to deciding who should have custody and on what terms. However, no deference is owed with respect to a question of law, including the identification of the proper test to be applied: *J.A.D. v. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200. [para.11]

[6] In *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147, the 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]

[7] Accordingly, we may intervene when there is a material error of fact or law. In my view, this is not such a case.

V. Analysis

A. *Material Change in Circumstances/Best Interests of the Child*

[8] The father filed a Motion to Change seeking: (1) sole custody of the children; (2) supervised access for the mother; (3) the cancellation of support obligations from two consent orders; and (4) payments of child support from the mother.

[9] The motion was brought pursuant to the provisions of the *Act* for a variation of an existing custody order. The governing principles are set out in s. 129(2) of the *Act*, which states:

**129(2)** Upon application the court may order that either or both parents, or any person, either alone or jointly with another, shall have custody of a child, subject to such terms and conditions as the court determines, such order to be made on the basis of the best interests of the child; and the court may at any time vary or discharge the order.

**129(2)** Si on le lui demande, la cour peut rendre une ordonnance établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qui attribue la garde de celui-ci à l'un des parents ou aux deux, ou à toute personne, seule ou conjointement avec une autre, aux conditions dont la cour décide, et la cour peut à tout moment modifier ou révoquer l'ordonnance.

[10] Section 129(2) instructs judges to make orders “on the basis of the best interests of the child”. “Best interests of the child” is defined in s. 1 of the *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;

« 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

(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[.]

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[.]

[11] In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), McLachlin J., as she then was, sets out a two-stage inquiry for varying custody orders (para. 9). The first step involves determining whether there has been a material change of circumstances of the child since the last custody order:

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]

[12] 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]

[13] The second step of McLachlin J.'s test is that of the "best interests of the child". She elaborates on this step as well:

The threshold condition of a material change in circumstance satisfied, the court should consider the matter afresh without defaulting to the existing arrangement: *Francis v. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209 (Sask. C.A.), at p. 217. The earlier conclusion that the custodial parent was the best person to have custody is no longer determinative, since the existence of material change presupposes that the terms of the earlier order might have been different had the change been known at the time. (*Willick v. Willick, supra*, at p. 688, *per* Sopinka J.) The judge on the variation application must consider the findings of fact made by the first judge as well as the evidence of changed circumstances (*Wesson v. Wesson, supra*, at p. 194) to



decide what custody arrangement now accords with the best interests of the child. The threshold of material change met, it is error for the judge on a variation application simply to defer to the views of the judge who made the earlier order. The judge on the variation application must consider the matter anew, in the circumstances that presently exist. [para. 17]

Further, she notes that Parliament has provided two specific directions with respect to this test: “[p]arental conduct, however meritorious or however reprehensible, does not enter the analysis unless it relates to the ability of the parent to meet the needs of the child”, and “a child of the marriage should have as much contact with each former spouse as is consistent with the best interests of the child” (paras. 21 and 24). Otherwise, the test involves a multitude of factors, as “[a] more precise test would risk sacrificing the child's best interests to expediency and certainty” (para. 20).

[14] This Court has recently had occasion to consider the issues to be canvassed by a trial judge when dealing with custody. In *S.L.B. v. P.J.O.*, 2013 NBCA 52, 408 N.B.R. (2d) 235, we dealt with a request to vary a custody arrangement. In that case, the Court reminded trial judges they must focus on the best interests of the child as defined by the criteria set out in the *Act* once a change in circumstances has been established (para. 10). The Court went on to add:

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. [para. 13]

[15] In the present case, the motion judge concluded there had been a material change in circumstances since the making of the previous order. He found the following:

In this case, since the April 29, 2010 order, the children have moved to Fredericton. They have moved numerous times within the City. B.C. has struggled with her parenting and coping skills. "A" has been the victim of a sexual assault. "A" has engaged in sexual activity with "B". They have (understandably) needed counselling to assist with the repercussions. "A" and "B" have begun school which would naturally be anticipated. But unanticipated would have been the significant degree of tardiness and missed days resulting in a detrimental effect on their educational development. On this point I accept the evidence of Ms. Moir that the tardiness and missed days have negatively impacted their development. Staff from the Department of Social Development have been active in the activities of the family in Fredericton and, to a lesser degree, in Saint John. Moreover, there are issues between B.C. and M.K that require continued monitoring. Many of these things may or may not be the fault of B.C. Nor could such events have been anticipated at the time when the prior orders were made. But they are the facts that I weigh in coming to the conclusion that I do.

In my view, and I so find, a material change has occurred in the manner contemplated in the authorities cited above.

Therefore, I am prepared to embark upon a fresh enquiry as to what may be in the best interests of the children.

Therefore, the first step of the test is satisfied, and the motion judge was correct to move on to a “fresh inquiry” into the best interests of the children.

[16] At the hearing, the judge did note it was the first time the court had fully received and reviewed evidence, and heard argument on the issues of custody and access, as the previous orders were consent orders. As the judge states: “to some degree, this hearing itself can be considered the first time the Court has had the benefit of full argument on the extensive evidence presented and adjudicated upon the best interests of the children”.

[17] The motion judge reviewed the evidence and then made determinations with respect to the best interests of the children, regarding their custody and access, in accordance with the definition in s. 1 of the *Act*. The motion judge set out the criteria from (a) to (g) and then applied them to the facts. In the end, the judge made the following finding of fact:

When all is said and done it is my view, and I so find, that on the totality of the evidence presented, it is in the best interests of the children to live primarily with M.S. I do not say this without a high degree of sympathy that, as a single mother, B.C. is struggling with significant demands. She, in many ways, should be supported in her endeavor to pursue higher education. But the law dictates that such sympathy must be secondary to the determination of what is best for the children. This is why I emphasized above the words of then Madam Justice McLachlin from *Young v. Young, supra* where she said, He or she [the trial judge] must not do what he or she wants to do but what he or she ought to do. [para. 98]

[Emphasis in original.]

[18] In summary, the motion judge determined that a change in the circumstances of the children had occurred since the existing custody order had been executed. He then went on to determine the best interests of the children having regard to

the definition found in the *Act*. After reviewing the evidence, the judge applied the law to his findings of fact and concluded it was in the best interests of the children that their sole custody be entrusted to their father. In my view, the motion judge's decision is not tarnished by any errors of law or misapprehension of the evidence that would meet the standard of review and allow us to intervene. In fact, I agree with his determination.

B. *Sufficient Reasons*

[19] In *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, Larlee J.A. states:

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

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

of telling the losing party the reasons for having lost; and (3) making the right of appeal meaningful. The importance of sufficient reasons has similarly been affirmed by this Court of Appeal in *A.M.K.H. v. K.A.M.* (2003), 259 N.B.R. (2d) 291, 2003 N.B.J. No. 171 (QL), 2003 NBCA 33 and *Blanchard v. Légère* [2009] N.B.J. No. 2 (QL), 2009 NBCA 2. See also *Petrowski v. Waskul* (2003), 173 Man.R. (2d) 237, [2003] M.J. No. 151 (QL), 2003 MBCA 65 at para. 13.

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

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

[20] Therefore, when crafting reasons in custody cases, a trial judge is expected to “consider all relevant factors, but it would be unreasonable to require a judge to discuss every piece of evidence in his or her reasons” (see *B.P. v. A.T.*, at para. 19). In his 30-page decision, the judge clearly gave considerable weight to the factors expressed in *Gordon v. Goertz* and *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 113 (QL), in concluding “a material change in circumstances [had] occurred in the manner contemplated in the authorities cited”, and explicitly considered each criterion delineated in the definition in s. 1 of the *Act* in finding “on the totality of the evidence presented, it is in the best interests of the children to live primarily with [the father]”.

[21] Overall, the judge undertook a comprehensive analysis of “the best interests of the child” and provided a thorough, well-reasoned decision for altering custody. There is no merit to this ground of appeal.

C. *Conduct of the Hearing*

[22] The mother submits the judge made reversible errors in his conduct of the hearing by refusing to allow consideration of the issue of child support, or evidence relating thereto. A review of the record indicates the judge did not make any such error when he ruled that he would only deal with the issue of custody and access, and not that of child support. In the decision, the judge states “there are unresolved issues based upon an unknown quantum of damages to which [the father] may be entitled to as a result of severe injuries he suffered in a fire”. As an aside, the father’s action respecting his accident is still before the court and remains unresolved. The situation as it appeared at the time of the hearing was the following: if the judge had considered the actual income of the father during the time in question, it would have been to the father’s unfair advantage as his income was much lower during that period. At the outset of the hearing, the judge indicated there would not be any ruling with respect to support, and counsel for the mother was in agreement at that time. Sometime further into the hearing, counsel for the mother spoke to the severance of the child support issues from those being heard:

MR. DUNSMUIR: [...] So if this court wishes to sever that portion of the response to the motion, because there are claims for affirmative [relief] in the responding document and like it or not that is part of the motion that was before Justice Walsh, which in his mind no doubt because the events involving Justice Noble [ante] dated his decision to set this down for five days. In his mind I don't doubt that one of the live issues were-(sic) I may have to get to the bottom of the financial circumstances. Now, whether or not this court is and if the court is of the view that that issue will have to be put off to another day given the uncertainty of [M.S.]' future prospects in terms of employment, I don't have a problem with that.

THE COURT: So, Mr. Dunsmuir, Mr. Northrup has indicated he's got no problem with the finances we may need severed for another day.

MR. NORTHRUP: Well, no, I in fact I believe it's appropriate because my submission is that the income situation that [M.S.] finds himself in today is identical to what it was in November when Justice Noble reviewed and made the decision. Justice Noble indicated that based on his training allowance income, which is what he presently has, he shall pay \$187.00 per month, and since there's no change in income I have no – I, I think the logic of the Court as you're relaying it is perfectly logical. There's no, there's no change. [Transcript, May 7, p. 18]

[Emphasis added]

It is clear that counsel for the mother consented to the severance of the child support issue from the hearing. This ground must also fail.

D. *Allowing testimony at the August 14, 2014, hearing respecting “purported facts”, which occurred subsequent to the original hearing*

[23]

The mother contends the judge erred by permitting counsel for the father to repeatedly give evidence of “purported facts” during his submissions in the continued hearing respecting the access schedule. The mother claims the judge's failure to properly rule on her counsel's objections resulted in a reasonable apprehension of bias. A review of the record reveals the judge did attempt, during the August 14, 2014 hearing, to



determine exactly what each party desired with respect to access. Both counsel made representations to the court as to what they would like to see occur and for what reasons. Prior to the August 14, 2014, hearing, the judge had determined that custody was going to change and the father would have sole custody of the children. This was made very clear to both parties, and the judge was explicit that he was only going to consider the evidence heard by him at the trial of the matter, as both sides had elected not to call any further evidence. In my view, the judge was fully aware of the position of each party as they had provided him with written submissions as to the access they desired, prior to the hearing. Sifting through the record revealed no bias, or grounds for any reasonable apprehension of bias, by the judge. This ground of appeal is without merit.

E. *Unreasonable Access Schedule*

[24] The mother submits the judge made reversible errors in imposing an unreasonable access schedule for her, which was unsupported by any evidence of a connection to the best interests of the children. The mother says the schedule fails to maximize the amount of contact between her and the children, contrary to the access schedule suggested by her and consented to by the father.

[25] In his written submission for appeal, the father does concede he was “surprised by the learned hearing judge’s decision not to set the terms of access for the parties at the time of the decision” on June 4, 2014. At the end of the hearing, both parties were requested to submit their proposed access schedule, which they did. Due to their lack of ability to communicate, and the high conflict in their relationship, it was apparent they were unlikely to come to a consensus. On August 14, 2014, having already heard evidence from both parties and their witnesses over the five day trial in May, the judge heard submissions by counsel for both parties with respect to access and rendered his decision as to what the terms of access to the children would be. He was familiar with the parties’ positions and the history of their interactions, and had an opportunity to scrutinize their credibility. The judge also had the opportunity to review each of their proposed access plans. Considering that one of the parties resides in Fredericton and the

other in *Rothesay*, and the high conflict of this situation, I find the access schedule is reasonable.

[26] In *Young v. Young*, McLachlin J. confirmed the best interests of the child is the sole consideration in access decisions:

I would summarize the effect of the provisions of the Divorce Act on matters of access as follows. The ultimate test in all cases is the best interests of the child. This is a positive test, encompassing a wide variety of factors. One of the factors which the judge seeking to determine what is in the best interests of the child must have regard to is the desirability of maximizing contact between the child and each parent. But in the final analysis, decisions on access must reflect what is in the best interests of the child. [para. 206]

I am in agreement with the judge's reasons respecting access. He relied on the evidence and determined the best interests of the children. In my view, the judge did not make any reversible error. This ground of appeal must fail.

#### VI. Disposition

[27] For the above reasons, I would dismiss the appeal and confirm the motion judge's decision. I would order the mother to pay costs on appeal of \$1,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Une mère, B.C., appelle de la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, par qui des mesures ont été accordées en matière de garde et d'accès sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. La mère soutient que la décision du juge saisi de la motion, lequel a conclu à un changement de situation important autorisant une modification des dispositions de garde et d'accès de l'ordonnance existante, résulte d'erreurs de droit et de fait. Elle conteste aussi diverses conclusions de fait. J'estime que, contrairement à ce qu'avance B.C., rien ne fonde à modifier la décision du juge.

II. Faits et procédures

[2] Les parties, qui ne se sont pas mariées, ont deux enfants, A et B, dont les dates de naissance sont respectivement le 3 février 2006 et le 20 décembre 2007. Une ordonnance par consentement datée du 29 avril 2010 en a prescrit la garde conjointe et partagée. Cette ordonnance établissait également un calendrier de résidence, pour la garde partagée, et des obligations alimentaires. À l'époque, les parties vivaient toutes les deux à Saint John. La mère et les enfants ont ensuite déménagé à Fredericton. Une nouvelle ordonnance par consentement, datée du 29 juin 2011, a modifié le calendrier d'accès de l'intimé. Elle suivait deux autres ordonnances, rendues en 2011, disposant elles aussi sur l'accès. Le 13 décembre 2011, le père a déposé une motion par laquelle il demandait à être libéré de son obligation alimentaire envers les enfants, ainsi que de l'arriéré, parce qu'il ne travaillait plus depuis août 2011. Il s'était trouvé incapable de travailler en raison de blessures subies lors de l'explosion d'un poêle à bois, plus tôt dans l'année. Au terme d'une audience, le 3 avril 2012, la Cour a suspendu les aliments et le recouvrement de

l'arriéré, et ordonné au père d'aviser la mère lorsqu'il reprendrait le travail ou recevrait une indemnité d'assurance pour sa perte de revenu.

[3] Le 5 décembre 2012, le père a déposé une motion en modification. Il y sollicitait : (1) la garde exclusive des enfants; (2) l'octroi à la mère d'un accès surveillé; (3) l'annulation des obligations alimentaires que les ordonnances par consentement des 29 avril 2010 et 29 juin 2011 imposaient; (4) le versement d'aliments par la mère au profit des enfants. Dans sa réponse, la mère demandait une modification des aliments pour enfants qui aurait pris effet à compter de son déménagement à Fredericton, de même que la communication par le père de renseignements financiers. La motion du père, qui plaidait un changement de situation important, se fondait sur des craintes au chapitre de la sécurité et des besoins médicaux des enfants et sur les appréhensions que suscitaient des refus d'accès, leur piètre rendement scolaire et les violences sexuelles dont l'un des voisins était soupçonné. Le juge saisi de la motion, dans une décision datée du 4 juin 2014, a convenu qu'un changement important était survenu et conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants de résider avec leur père, à qui il a accordé la garde exclusive. Il a indiqué que les parties pourraient demander de nouveau l'aide de la cour, si nécessaire, pour établir le calendrier d'accès. Elles l'ont demandée le 14 août 2014 et ont obtenu une ordonnance détaillée à cet égard. Le juge n'a pas statué sur les obligations alimentaires des parties, étant donné qu'elles s'étaient entendues pour aborder la question ultérieurement. La mère demande l'annulation ou la modification de la décision du juge saisi de la motion.

### III. Moyens d'appel

[4] La mère avance neuf moyens d'appel, qu'il est permis de résumer comme suit :

1. Le juge saisi de la motion n'aurait pas dû procéder à une nouvelle analyse, en matière de garde, car la preuve ne suffisait pas pour établir un changement de situation important.

2. Le juge saisi de la motion n'a pas appliqué le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant de façon appropriée dans son analyse, et son appréciation de la preuve était également erronée.
3. Les motifs donnés à l'appui de l'octroi de la garde au père sont insuffisants.
4. Le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'examiner de la preuve relativement aux aliments pour enfants.
5. La conduite du juge saisi de la motion, lors de l'audience, suscite une crainte raisonnable de partialité.
6. Le calendrier d'accès est [TRADUCTION] « déraisonnable ».

#### IV. Norme de contrôle

[5] La norme de contrôle applicable à la décision rendue en matière de garde par le juge saisi d'une motion est formulée dans l'arrêt *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 99 :

Dans l'arrêt *A.F.G. c. D.A.B.*, 2011 NBCA 100, [2011] A.N.-B. n<sup>o</sup> 401 (QL), notre Cour a réitéré la norme de contrôle à appliquer dans les affaires de garde telles que la présente espèce : il faut faire preuve de déférence. Une intervention en appel est injustifiée en l'absence d'une erreur importante : voir *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 100, *MacLean c. MacLean*, 2004 NBCA 75, 274 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 90, au par. 18, *J.P. c. R.R.*, 2004 NBCA 98, 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351, au par. 27, *Scott c. Scott*, 2004 NBCA 99, 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 61, au par. 32, et *Boudreau c. Brun*, 2005 NBCA 106, 293 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 126, au par. 5. Il faut faire preuve de retenue à l'égard de l'évaluation de la preuve faite par le juge du procès quand il s'agit de décider qui devrait avoir la garde et à quelles conditions. Toutefois, aucune retenue n'est requise quand il s'agit d'une question de droit, y compris la détermination

du critère approprié à appliquer : voir *J.A.D. c. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 200. [par. 11]

[6] Dans *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 147, la Cour a déclaré :

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]

[7] En conséquence, il nous est permis d'intervenir en cas d'erreur importante quant aux faits ou au droit. J'estime que le cas ne se présente pas ici.

## V. Analyse

### A. *Changement de situation important/intérêt supérieur de l'enfant*

[8] Le père a déposé une motion en modification sollicitant : (1) la garde exclusive des enfants; (2) l'octroi à la mère d'un accès surveillé; (3) l'annulation des obligations alimentaires qu'imposaient deux ordonnances par consentement; (4) le versement d'aliments par la mère au profit des enfants.

[9] La motion était présentée en application des dispositions de la *Loi sur les services à la famille* prévoyant la modification d'une ordonnance de garde existante. Les principes directeurs sont énoncés au par. 129(2) de la *Loi* :

**129(2)** Upon application the court may order that either or both parents, or any person, either alone or jointly with

**129(2)** Si on le lui demande, la cour peut rendre une ordonnance établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qui

another, shall have custody of a child, subject to such terms and conditions as the court determines, such order to be made on the basis of the best interests of the child; and the court may at any time vary or discharge the order.

attribue la garde de celui-ci à l'un des parents ou aux deux, ou à toute personne, seule ou conjointement avec une autre, aux conditions dont la cour décide, et la cour peut à tout moment modifier ou révoquer l'ordonnance.

[10] Le paragraphe 129(2) charge le juge de rendre une ordonnance « établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». L'article premier de la *Loi* définit l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » :

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

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

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

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

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

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

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

(g) the child's cultural and religious heritage[.]

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

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

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

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

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

[11] Dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), la juge McLachlin, tel était alors son titre, a formulé une analyse à deux volets pour la modification d'ordonnances de garde (par. 9). La première étape consiste à déterminer si un changement important est survenu dans la situation de l'enfant depuis 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]

[12] Par la suite, la juge McLachlin a traité 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]

[13] La deuxième étape du critère établi par la juge McLachlin se rapporte à « l'intérêt de l'enfant ». La juge a donné des explications sur cette étape également :

Une fois établie l'existence d'un changement important dans la situation, le tribunal doit à nouveau analyser la question sans s'en tenir à l'arrangement existant : *Francis c. Francis* (1972), 8 R.F.L. 209 (C.A. Sask.), à la p. 217. La conclusion précédente portant que le parent gardien était le plus apte à obtenir la garde de l'enfant n'est plus déterminante puisque l'existence d'un changement important présuppose que les modalités de l'ordonnance antérieure auraient pu être différentes si le changement avait été connu à l'époque. (*Willick c. Willick*, précité, à la p. 688, le juge Sopinka) Le juge qui entend la requête en modification doit tenir compte des conclusions de fait tirées par le premier juge ainsi que de la preuve relative à la nouvelle situation (*Wesson c. Wesson*, précité, à la p. 194) pour décider quel arrangement relatif à la garde est maintenant compatible avec l'intérêt de l'enfant. Une fois franchie l'étape préliminaire du changement important, le juge qui entend la requête en modification aurait tort de simplement s'en remettre aux opinions du juge qui a prononcé l'ordonnance précédente. Il doit considérer l'affaire d'un œil nouveau, en tenant compte de la situation qui existe alors. [par. 17]

Elle a ajouté que deux directives précises avaient été données par le législateur pour l'application du critère de l'intérêt de l'enfant : « La conduite des parents, aussi méritoire ou répréhensible soit-elle, ne fait partie de l'analyse que si elle se rapporte à l'aptitude du parent à pourvoir aux besoins de l'enfant », et « l'enfant à charge doit avoir avec chaque ex-époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt » (par. 21 et 24). Le critère fait intervenir par ailleurs une multitude de facteurs : « Un critère davantage précis risquerait de sacrifier l'intérêt de l'enfant au profit de l'opportunisme et de la certitude » (par. 20).

[14] Notre Cour a eu l'occasion récemment de se pencher sur les questions auxquelles doit s'arrêter le juge du procès appelé à statuer sur la garde. Dans *S.L.B. c. P.J.O.*, 2013 NBCA 52, 408 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 235, la modification d'un arrangement de garde avait été demandée. Dans son arrêt, notre Cour a rappelé aux juges du procès que l'accent doit être mis sur l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que le définissent les critères de la *Loi sur les services à la famille*, une fois le changement de situation établi (par. 10). Elle a ajouté :

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<sup>o</sup> 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. [par. 13]

[15] En l'espèce, le juge saisi de la motion a conclu qu'un changement de situation important était survenu depuis l'ordonnance antérieure. Ses motifs ont été les suivants :

[TRADUCTION]

Ici, après l'ordonnance du 29 avril 2010, les enfants ont déménagé à Fredericton. Ils ont déménagé de logis en logis, à Fredericton, à de nombreuses reprises. Les habiletés de parentage et les facultés d'adaptation de B.C. ont trahi des lacunes. A. a été victime d'une agression sexuelle. A. a eu des activités sexuelles avec B. Un counseling leur a été nécessaire (on le comprend) pour aider à en atténuer les répercussions. A. et B. ont commencé l'école, ce qui, naturellement, était prévu. L'ampleur que devaient prendre les retards et les jours d'absence, par contre, n'était pas prévue, et le développement éducationnel des enfants en a souffert. Sur ce point, j'accueille la preuve de M<sup>me</sup> Moir, selon qui les retards et les jours d'absence ont nui à leur développement. Le ministère du Développement social a joué un rôle actif dans les activités de la famille à Fredericton, et dans une moindre mesure à Saint John. De plus, il subsiste des difficultés, entre B.C. et M.K., qui exigent un suivi. Peut-être beaucoup de ces choses ne sont-elles pas la faute de B.C. Ces événements ne pouvaient être prévus, non plus, au moment où les ordonnances antérieures ont été rendues. Ce sont néanmoins les faits que j'ai soupesés pour arriver à la conclusion que je m'appête à prononcer.

J'estime et conclus qu'il s'est produit un changement important, de l'ordre de celui qu'envisage la jurisprudence précitée.

J'entreprends donc de déterminer, par une nouvelle analyse, ce qui pourra servir l'intérêt supérieur des enfants.

La première étape du critère est donc franchie. Le juge saisi de la motion a eu raison de se livrer à une « nouvelle analyse » portant sur l'intérêt supérieur des enfants.

[16] Lors de l'audience, le juge a fait observer que, pour la toute première fois, puisque les ordonnances antérieures avaient été rendues par consentement, la Cour avait reçu et examiné la preuve dans son ensemble, et entendu les arguments des parties sur les questions de la garde et de l'accès. Comme il l'a indiqué : [TRADUCTION] « [E]n un sens, il est permis de considérer cette audience comme une première possibilité donnée à la Cour d'entendre les parties débattre pleinement l'abondante preuve présentée, et comme une première décision sur l'intérêt supérieur des enfants ».

[17] Le juge saisi de la motion a examiné la preuve et rendu des décisions relativement à l'intérêt supérieur des enfants, pour ce qui concernait leur garde et l'accès auprès d'eux, en conformité avec la définition donnée à l'article premier de la *Loi*. Il a exposé les critères, de a) à g), puis les a appliqués aux faits. Enfin, le juge est arrivé à la conclusion de fait suivante :

[TRADUCTION]

Tout bien considéré, j'estime et conclus que, vu la preuve dans sa totalité, il est dans l'intérêt supérieur des enfants de vivre principalement avec M.S. Je suis tout à fait sensible à la situation de B.C., qui, mère seule, doit composer avec de lourdes contraintes. À maints égards, elle devrait pouvoir bénéficier de l'appui voulu pour réaliser des études postsecondaires. Mais, le droit commande de déterminer avant tout ce qui vaut le mieux pour les enfants : ces sensibilités doivent demeurer secondaires. C'est pourquoi j'ai insisté précédemment sur les mots employés par la juge McLachlin (maintenant juge en chef) dans *Young c. Young*, précité, où elle écrivait que le ou la juge du procès ne doit pas « agir comme il ou elle le veut, mais comme il ou elle est tenu de le faire ». [par. 98]

[Passage souligné dans l'original.]

[18] En résumé, le juge saisi de la motion a conclu qu'un changement était survenu dans la situation des enfants depuis le prononcé de l'ordonnance existante. Il a ensuite jugé de l'intérêt supérieur des enfants, compte tenu de la définition qu'en donne la *Loi*. Après examen de la preuve, il a appliqué le droit à ses conclusions de fait et a conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants qu'ils soient confiés à la garde exclusive de leur père. À mon sens, la décision du juge saisi de la motion n'est pas

entachée d'erreurs de droit ou d'erreurs dans l'interprétation de la preuve qui satisferaient à la norme de contrôle et nous permettrait d'intervenir. En fait, j'estime sa décision justifiée.

B. *Motifs suffisants*

[19] Dans *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 100, la juge d'appel Larlee a écrit ce qui suit :

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

Dans l'arrêt *Young c. Young* (2003), 63 O.R. (3d) 112 (C.A.), [2003] O.J. No. 67 (QL), le juge d'appel Laskin a fait une mise en garde contre le prononcé de motifs en forme de conclusions dans les affaires ressortissant au droit de la famille. Il a statué que les trois raisons principales

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

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

La décision la plus récente de la Cour suprême concernant la question des motifs de jugement suffisants est l'arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, [2008] A.C.S. n° 52 (QL), 2008 CSC 51, dans lequel la juge McLachlin, juge en chef du Canada, préconise une démarche fonctionnelle et contextuelle pour l'appréciation du caractère suffisant des motifs. Le tribunal d'appel qui examine les motifs pour déterminer s'ils sont suffisants doit les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès, en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs. Les motifs ont pour fonction de dire aux parties visées pourquoi la décision a été prise, de rendre compte devant le public et de permettre un examen efficace en appel. Les motifs doivent indiquer le raisonnement que le juge a suivi à partir de la

preuve pour en arriver aux conclusions factuelles puis aux conclusions de droit. Notre Cour a suivi cette démarche dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (ministre des Services familiaux et communautaires) c. T.L.M. (tutrice d'instance de)*, [2009] A.N.-B. n° 19 (QL), 2009 NBCA 8, où le juge d'appel Richard examine la question des principes régissant le caractère suffisant ou non des motifs qui sont applicables en matière de protection de l'enfance. [par. 10 à 13]

[20] Ainsi, lorsqu'il élabore ses motifs dans une affaire de garde, le juge de première instance est censé « prendre en considération tous les facteurs pertinents, mais [il] serait déraisonnable d'exiger que le juge analyse chaque élément de preuve dans ses motifs » (*B.P. c. A.T.*, par. 19). Il ressort de son prononcé de trente pages que le juge a certainement accordé un poids considérable aux facteurs des arrêts *Gordon c. Goertz* et *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] S.C.J. No. 113 (QL), pour conclure qu'il s'était [TRADUCTION] « produit un changement de situation important, de l'ordre de celui qu'envisage la jurisprudence précitée », et qu'il s'est arrêté expressément à chacun des critères de la définition donnée à l'article premier de la *Loi sur les services à la famille* pour statuer sur la garde : [TRADUCTION] « [V]u la totalité de la preuve présentée, il est dans l'intérêt supérieur des enfants de vivre principalement avec [leur père] ».

[21] Dans l'ensemble, le juge a effectué une analyse d'ensemble de l'« intérêt supérieur de l'enfant » et a justifié par une décision approfondie, solidement motivée, la modification de la garde. Ce moyen d'appel est sans fondement.

### C. *Conduite de l'audience*

[22] La mère soutient que le juge a commis des erreurs justifiant d'infirmer sa décision, dans la conduite de l'audience, lorsqu'il s'est refusé à l'examen de la question des aliments pour enfants et à l'examen de la preuve s'y rapportant. Il se dégage du dossier que le juge n'a pas commis d'erreurs de cette nature lorsqu'il a décidé qu'il n'aborderait que la garde et l'accès, à l'exclusion des aliments pour enfants. Dans sa décision, il a fait remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « [D]es questions demeurent



sans réponse, vu le montant inconnu des dommages-intérêts auxquels [le père] pourrait avoir droit par suite de graves blessures subies par le feu ». La poursuite du père, soit dit par parenthèse, demeure en instance et en attente d'une résolution. La situation, à l'époque de l'audience, était la suivante : si le juge avait pris en compte le revenu réellement gagné par le père au cours de la période visée, celui-ci aurait été avantagé injustement, parce que son revenu de cette période avait été beaucoup plus faible. Au début de l'audience, le juge avait indiqué qu'aucune décision ne serait rendue sur les aliments, ce à quoi l'avocat de la mère avait souscrit. Plus tard, au cours de l'audience, l'avocat de la mère a acquiescé à la disjonction de la question des aliments pour enfants :

[TRADUCTION]

**M<sup>e</sup> DUNSMUIR** : [...] Si la Cour souhaite la disjonction de cette partie de la réponse à la motion, parce que des mesures positives sont réclamées dans le document de défense – qu'on le veuille ou non, cela fait partie de la motion dont le juge Walsh était saisi –, ce qui, de son point de vue sans aucun doute, car les événements, devant le juge Noble, avaient précédé sa décision de réserver cinq jours à l'audience... De son point de vue, je n'en doute pas, l'une des questions à trancher pouvait l'appeler à tirer au clair la situation financière. Maintenant, que la Cour soit ou non... et si la Cour est d'avis qu'il faut ajourner l'examen de la question, étant donné les perspectives d'emploi incertaines de [M.S.], cela ne me pose pas de problème.

**LA COUR** : Donc, Maître Dunsmuir, Maître Northrup a indiqué que les finances, leur disjonction éventuelle pour y revenir un autre jour ne lui posait pas de problème.

**M<sup>e</sup> NORTHROP** : Non en effet, je... je crois d'ailleurs qu'il est approprié de procéder ainsi, puisque l'argument que j'avance est que la situation dans laquelle [M.S.] se trouve aujourd'hui, sur le plan du revenu, est identique à ce qu'elle était en novembre quand le juge Noble a instruit la question et rendu sa décision. Le juge Noble a indiqué que [M.S.], sur la base du revenu tiré de son allocation de formation, qu'il a toujours, devait verser 187 \$ par mois, et comme ce revenu n'a pas changé je n'ai... je... je pense que le raisonnement de la Cour, tel que vous l'exprimez, est parfaitement logique. Rien... rien n'a changé.  
[Transcription, 7 mai, p. 18]

[Je souligne.]

Il est clair que l'avocat de la mère a consenti à la disjonction de la question des aliments pour enfants. Ce moyen doit aussi être rejeté.

D. *Présentation autorisée, au cours de l'audience du 14 août 2014, d'une preuve de « prétendus faits » survenus après l'audience originale*

[23] La mère soutient que le juge a fait erreur lorsqu'il a permis à l'avocat du père d'introduire en preuve de [TRADUCTION] « prétendus faits », à maintes reprises, dans les observations qu'il a présentées au cours de l'audience complémentaire où le calendrier d'accès a été établi. Elle avance que les décisions inappropriées rendues par le juge sur les objections de son avocat suscitent une crainte raisonnable de partialité. Il ressort du dossier que le juge s'est appliqué, au cours de l'audience du 14 août 2014, à déterminer exactement ce que désirait chacune des parties en matière d'accès. Les deux avocats ont fait part à la Cour de l'accès qu'ils espéraient voir prescrit et des raisons pour lesquelles ils le demandaient. Avant l'audience du 14 août 2014, le juge avait décidé que les dispositions de garde changeraient et que le père aurait la garde exclusive des enfants. Il l'avait indiqué très clairement aux deux parties et avait précisé qu'il ne prendrait en considération que la preuve qu'il avait entendue lors de l'instruction de l'affaire, parce que les parties avaient choisi l'une et l'autre de ne pas produire de preuve nouvelle. Il m'apparaît que le juge savait très bien quel accès demandaient les parties, étant donné que chacune lui avait remis, avant l'audience, un mémoire le lui exprimant. Un examen minutieux du dossier ne révèle, ni partialité, ni motifs de craindre raisonnablement la partialité du juge. Ce moyen d'appel est sans fondement.

E. *Calendrier d'accès déraisonnable*

[24] La mère avance que des erreurs justifiant d'infirmer sa décision ont induit le juge à lui imposer un calendrier d'accès déraisonnable, qui ne prenait appui sur rien qui eût indiqué un lien avec l'intérêt supérieur des enfants. La mère affirme que ce calendrier

ne maximise pas ses contacts avec les enfants, contrairement à celui qu'elle avait suggéré et auquel le père avait consenti.

[25] Dans le mémoire qu'il a présenté en appel, le père concède qu'il a été [TRADUCTION] « surpris par le choix de l'éminent juge de l'audience de ne pas fixer les modalités d'accès au moment de la décision », le 4 juin 2014. À la fin de l'audience, les deux parties ont été priées de présenter le calendrier d'accès qu'elles proposaient, ce qu'elles ont fait. En raison de leurs difficultés à communiquer et de rapports hautement conflictuels, un consensus était manifestement peu probable. Le 14 août 2014, le juge, qui avait recueilli la preuve des parties et de leurs témoins en mai, pendant les cinq jours du procès, a entendu les observations des avocats des deux parties, puis rendu sa décision sur les modalités de l'accès aux enfants. Les demandes des parties et l'historique de leurs rapports lui étaient familiers, et il avait pu sonder leur crédibilité. Le juge avait aussi pu étudier chacun des programmes d'accès proposés. L'une des parties habitant Fredericton, l'autre Rothesay, et la situation étant hautement conflictuelle, je conclus que le calendrier d'accès est raisonnable.

[26] Dans l'arrêt *Young c. Young*, la juge McLachlin a confirmé que l'intérêt de l'enfant est la seule considération dans les décisions portant sur l'accès :

Je résumerais l'effet des dispositions de la *Loi sur le divorce* en matière de droit d'accès de la façon suivante : dans tous les cas, le critère ultime est l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs. L'un de ces facteurs, que le juge qui cherche à déterminer l'intérêt de l'enfant doit prendre en considération, est l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents. En dernière analyse, toutefois, c'est l'intérêt de l'enfant que doivent refléter les décisions portant sur le droit d'accès. [par. 206]

J'adhère aux motifs du juge au chapitre de l'accès. Il s'est fondé sur la preuve et il a déterminé quel était l'intérêt supérieur des enfants. À mon sens, le juge n'a pas commis d'erreur justifiant d'infirmer sa décision. Ce moyen d'appel doit être rejeté.

VI. Dispositif

[27] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de débouter l'appelante et de confirmer la décision du juge saisi de la motion. Je suis d'avis également de condamner la mère, en appel, à des dépens de 1 500 \$.