COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

89-16-CA

ITZIK RIFKIN

APPELLANT

- and -

RICKY PELED-RIFKIN

RESPONDENT

Rifkin v. Peled-Rifkin, 2017 NBCA 3

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
October 17, 2016

History of Case:

Decision under appeal:
2016 NBQB 185

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
December 1, 2016

Judgment rendered:
January 19, 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

ITZIK RIFKIN

APPELANT

- et -

RICKY PELED-RIFKIN

INTIMÉE

Rifkin c. Peled-Rifkin, 2017 NBCA 3

CORAM :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 17 octobre 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2016 NBBR 185

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 1er décembre 2016

Jugement rendu :
le 19 janvier 2017

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Grant M. Ogilvie

For the respondent:
Joseph W.J. FitzPatrick

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of $2,500

Avocats à l’audience :

Pour l’appelant :
Grant M. Ogilvie

Pour l’intimée :
Joseph W.J. FitzPatrick

LA COUR

L’appel est rejeté avec dépens de 2 500 $.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] This is an appeal, by the father of three children, from an order granted by a judge of the Court of Queen's Bench pursuant to the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (the "*Convention*"). The issue on this appeal is whether New Brunswick or Israel is the habitual residence of the children. The appellant submits the application judge erred in finding it was New Brunswick.

[2] The father and mother of the children did not testify, so the application judge considered affidavit evidence and thus made no finding with respect to credibility. The essence of a determination of habitual residence is not based on the best interests of the children test: *J.M.N. v. A.P.M.*, 2010 NBQB 380, 366 N.B.R. (2d) 77. Further, the term "habitual resident" is not defined in the *Convention*: *Fasiang v. Fasiangova*, 2008 BCSC 1339, [2008] B.C.J. No. 1892 (QL) at para. 56. Rather, in determining "habitual residence" the words are given their ordinary meaning as a question of fact: *A.S. v. A.W.*, 2013 ABCA 133, [2013] A.J. No. 316 (QL); *C. v. S*, [1990] 2 All ER 961 (Eng. HL) at p. 965. The jurisprudence also holds "habitual residence" requires a degree of settled purpose or settled intent, and that duration is relevant but not determinative: *Gitter v. Gitter*, 396 F. 3d 124 (2d Cir. 2005); *Mozes v. Mozes*, 239 F. 3d 1067 (9th Cir. 2001) at p. 1073-81.

[3] The identification of the principles to determine habitual residence is a question of law, and the standard of review is correctness. The application of the legal test to a set of facts is a question of mixed fact and law, and can be reviewed for palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. For all intents and purposes, the determination of habitual residence is a fact driven exercise. Additionally, this Court has recognized considerable deference must

be given to trial courts in family law matters: *M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, [2015] N.B.J. No. 287 (QL) at paras. 9-10.

[4] In my view, the appellant has been unable to show that the application judge erred in principle. Specifically, he argues the application judge relied too heavily on a case from the British Columbia Superior Court: *Fasiang v. Fasiangova*. In it, Martinson J. describes the general legal framework set out in the *Convention*, then she distills from the pertinent jurisprudence the legal principles applicable to a determination of "habitual residence". The application judge in the case at bar used this analytical framework, and applied those principles to the facts of this case to arrive at her conclusion. She did so in a principled and practical manner and made no error in relying on *Fasiang v. Fasiangova*. This ground of appeal is without merit.

[5] Secondly, the appellant argues the application judge misapplied an Ontario Court of Appeal decision, *Balev v. Baggott*, 2016 ONCA 680, [2016] O.J. No. 4800 (QL). In effect, the application judge distinguished that case from the one at bar, since it dealt with a time-limited stay and she determined that the move to New Brunswick in this case was for an indefinite period. I find no error in her approach.

[6] In addition, the appellant argues the application judge erred in not applying the Divorce Agreement and Minutes the parties had entered into. The application judge found that she was not obliged to follow the Agreement:

> The Minutes/Agreement gave the parties "joint guardianship" of the children. However, in the event of a separation they also gave Ms. [P.-R] the custody of the children until they reached 18 years of age. Mr. [R] was given visitation rights. The Agreement is specific with respect to the joint decision making in the areas of "education and or medical and/or emotional treatment of the minors". It is entirely silent with respect to the authority to decide the children's residence… [para. 76]

In my opinion there is nothing in the Divorce Agreement and Minutes (which appear to have terms applicable while the parties are together, and others which apply should they separate) that would usurp the application judge's authority to make a determination with respect to habitual residence.

[7] After reviewing the correct relevant principles, both from the pertinent statutes and jurisprudence, the application judge makes the following factual determination:

> Mr. [R] and Ms. [P-R] began the immigration process in 2011 and pursued it for four years. All of the family members became permanent residents of Canada. The evidence does not support a conclusion that the stay was "time limited", rather, that it was indefinite, a relocation for the purpose of living and working in New Brunswick. The parties' intention to return to Israel in June of 2016 was so they could run their seasonal business. This intention is clearly documented in the Minutes/ Agreement that both parties signed, in Ms. [P-R]'s affidavit, and in Exhibit B to Ms. [P-R]'s affidavit. The parties followed through with their relocation/ immigration plans even in the face of their divorce. I conclude that the parties had a demonstrated intention to settle in New Brunswick and that it was in place when they and their children moved to [this] province in October 2015. [para. 75]

[8] I am of the view that the appellant has been unable to demonstrate the application judge made a palpable and overriding error in her conclusion that the children's habitual residence is in New Brunswick. There was evidence to support her findings of fact. As a result, there is no juridical reason to interfere with any aspect of the decision: *Doiron v. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 N.B.R. (2d) 79, at para. 69.

[9] I would dismiss the appeal with costs of $2,500 payable to the respondent.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE LARLEE

[1] Il s'agit d'un appel, interjeté par le père de trois enfants, à l'encontre d'une ordonnance rendue par une juge de la Cour du Banc de la Reine en application de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35, conclue à la La Haye (la « *Convention* »). La question en litige en cet appel consiste à savoir si la résidence habituelle des enfants est le Nouveau-Brunswick ou Israël. L'appelant soutient que le juge saisi de la demande a commis une erreur en concluant que c'était le Nouveau-Brunswick.

[2] Le père et la mère des enfants n'ont pas témoigné, de sorte que la juge saisie de la demande a examiné la preuve par affidavit et n'a donc pas tiré de conclusion sur la crédibilité. Essentiellement, la détermination de la résidence habituelle n'est pas fondée sur le critère de l'intérêt supérieur des enfants : voir *J.M.N. c. A.P.M.*, 2010 NBBR 380, 366 R.N.-B. (2e) 77. De plus, le terme « résident habituel » n'est pas défini dans la *Convention* : voir *Fasiang c. Fasiangova*, 2008 BCSC 1339, [2008] B.C.J. No. 1892 (QL), au par. 56. Pour déterminer la « résidence habituelle », on prend plutôt les mots dans leur sens ordinaire comme une question de fait : voir *A.S. c. A.W.*, 2013 ABCA 133, [2013] A.J. No. 316 (QL), et *C. c. S*, [1990] 2 All E.R. 961 (Ch. des lords), à la p. 965. La jurisprudence établit aussi que la « résidence habituelle » exige un dessein arrêté ou une intention ferme à un certain degré et que la durée est pertinente mais non décisive : voir *Gitter c. Gitter*, 396 F. 3d 124 (2e Cir. 2005), et *Mozes c. Mozes*, 239 F. 3d 1067 (9e Cir. 2001), aux p. 1073 à 1081.

[3] La formulation des principes visant à déterminer la résidence habituelle est une question de droit, et la norme de contrôle est celle de la décision correcte. L'application du critère juridique à un ensemble de faits est une question mixte de fait

et de droit et peut être infirmée en cas d'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. À toutes fins pratiques, la détermination de la résidence habituelle est une démarche tributaire des faits. De plus, notre Cour a reconnu qu'il faut faire preuve d'une grande déférence envers les tribunaux de première instance dans les affaires relevant du droit de la famille : voir *M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, [2015] A.N.-B. n° 287 (QL), aux par. 9 et 10.

[4] À mon avis, l'appelant a été incapable de démontrer que la juge saisie de la demande aurait commis une erreur de principe. Plus précisément, il soutient que la juge saisie de la demande a accordé trop d'importance à la décision de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Fasiang c. Fasiangova*. Dans cette décision, la juge Martinson décrit le cadre juridique général établi dans la *Convention*, puis elle dégage de la jurisprudence pertinente les principes juridiques applicables à la détermination de la « résidence habituelle ». Dans la présente affaire, la juge saisie de la demande a utilisé ce cadre analytique et en a appliqué les principes aux faits de l'espèce pour en venir à sa conclusion. Elle l'a fait de façon pratique, en s'appuyant sur des principes, et n'a pas commis d'erreur en invoquant *Fasiang c. Fasiangova*. Ce moyen d'appel est sans fondement.

[5] Deuxièmement, l'appelant soutient que la juge saisie de la demande a mal appliqué un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *Balev c. Baggott*, 2016 ONCA 680, [2016] O.J. No. 4800 (QL). De fait, la juge saisie de la demande a distingué cette affaire du cas qui nous occupe, car il s'agissait dans l'autre affaire d'un séjour à durée limitée, et elle a déterminé que dans la présente espèce, la famille s'était établie au Nouveau-Brunswick pour une durée indéfinie. Je ne vois aucune erreur dans sa démarche.

[6] De plus, l'appelant soutient que la juge saisie de la demande a commis une erreur en n'appliquant pas l'accord de divorce et le procès-verbal conclus par les parties. La juge saisie de la demande a conclu qu'elle n'était pas obligée de suivre l'accord :

> Aux termes du procès-verbal et de l'accord, les parties avaient la [TRADUCTION] « tutelle conjointe » des enfants. Toutefois le procès-verbal et l'accord prévoyaient que, en cas de séparation, M^me^ [P.-R.] aurait la garde des enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent 18 ans. M. [R.] a obtenu des droits de visite. L'accord confère spécifiquement un pouvoir décisionnel conjoint dans les domaines de [TRADUCTION] « l'éducation et [d]es traitements médicaux ou émotionnels des mineurs ». Il ne dit absolument rien sur le pouvoir de décider le lieu de résidence des enfants. […] [Par. 76]

À mon avis, l'accord de divorce et le procès-verbal (qui semblent contenir des clauses qui s'appliquent pendant que les parties vivent ensemble et d'autres qui s'appliquent si elles se séparent) ne contiennent rien qui dépouillerait la juge saisie de la demande de son pouvoir de rendre une décision concernant la résidence habituelle.

[7] Après avoir examiné les principes pertinents corrects, provenant aussi bien des lois pertinentes que de la jurisprudence pertinente, la juge saisie de la demande tire la conclusion factuelle suivante :

> M. [R.] et M^me^ [P.-R.] ont commencé le processus d'immigration en 2011 et l'ont poursuivi pendant quatre ans. Tous les membres de la famille sont devenus résidents permanents du Canada. La preuve n'appuie pas une conclusion voulant que le séjour ait été [TRADUCTION] « de durée limitée »; il était plutôt de durée indéfinie. Il s'agissait d'un déménagement dont le but était de vivre et de travailler au Nouveau-Brunswick. L'intention des parties de retourner en Israël en juin 2016 était dans le but de pouvoir diriger leur entreprise saisonnière. Cette intention est clairement consignée par écrit dans le procès-verbal et l'accord signé par les deux parties, dans l'affidavit de M^me^ [P.-R.] et dans la pièce B de cet affidavit. Les parties ont donné suite à leurs projets de déménagement et d'immigration, même après leur divorce. Je conclus que les parties avaient une intention manifeste de s'établir au Nouveau-Brunswick et que cette intention s'est concrétisée lorsque leurs

> enfants et eux sont venus dans [notre] province en octobre 2015. [Par. 75]

[8] Je suis d'avis que l'appelant a été incapable de démontrer que la juge saisie de la demande a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la résidence habituelle des enfants est le Nouveau-Brunswick. Il y avait des preuves à l'appui de ses conclusions de fait. En conséquence, il n'y a aucun motif juridique de modifier quelque aspect que ce soit de la décision : voir *Doiron c. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 R.N.-B. (2e) 79, au par. 69.

[9] Je rejetterais l'appel avec dépens, fixés à 2 500 $ et payables à l'intimée.