

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

88-17-CA

A.G.

A.G.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

M.M.

M.M.

RESPONDENT

INTIMÉ

A.G. v. M.M., 2018 NBCA 60

A.G. c. M.M., 2018 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Green
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 7, 2017

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 7 juillet 2017

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
September 25, 2018

Appel entendu :
le 25 septembre 2018

Judgment rendered:
September 25, 2018

Jugement rendu :
le 25 septembre 2018

Reasons delivered:
November 22, 2018

Motifs déposés :
le 22 novembre 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
David A. Estey

Pour l'appelante :
David A. Estey

For the respondent:
Aleacia Bennett-LeBlanc

Pour l'intimé :
Aleacia Bennett-LeBlanc

THE COURT

LA COUR

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

L'appel est rejeté avec dépens de 1 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] This is an appeal by a mother from a decision of a judge of the Court of Queen’s Bench awarding sole custody to the father pursuant to the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, with respect to three children of the parties. After the hearing I joined with my colleagues in dismissing the appeal with reasons to follow. Here are the reasons.

I. The Context

[2] The appellant and respondent were in a relationship from 2006 to 2012. They have three children, ages 10, 8, and 6. The appellant has a child from another relationship, W, age 1. The appellant claims to have been the primary caregiver of the children since their birth. On March 19, 2013, the parties signed a Custody and Access Agreement which established joint custody of the children, with the appellant as primary caregiver and reasonable access to the children for the respondent.

[3] On May 20, 2015, the respondent filed a Notice of Application seeking sole custody of the children. On July 7, 2017, the application was allowed, and the respondent was granted sole custody of the children, with limited access to the appellant. After a further hearing on access, the trial judge granted greater access to the mother: every second weekend and after school every Wednesday until 6 p.m. (If the appellant is unable to pick the children up, the respondent facilitates the access). The appellant applied for a Stay of Execution pending this appeal, which was dismissed.

[4] The appellant relies on four grounds of appeal, which I would summarize into two issues: did the trial judge err in failing to consider the mother has been the emotional and psychological parent of the children and a change of joint custody to sole custody to the father is not in the “best interests of the child”; and did the trial judge err

by speculating without evidence on the mother's ability to care for the children following the birth of her fourth child?

II. Standard of Review

[5] A high degree of deference is owed in custody matters, except errors of law which attract no deference: *M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 N.B.R. (2d) 313, and *L.D.M. v. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] N.B.J. No. 259 (QL). Only significant errors relating to evidence, material errors, and legal errors should lead to appellate intervention: *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100 and *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014.

III. Analysis

A. *Best Interests of the Child*

[6] With respect to the mental, emotional and physical health of the children and their need for appropriate care or treatment, I begin the analysis with reference to *J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL). In it Baird J.A. affirms that, for child custody decisions under the *Act*, joint custody is the presumptive starting point pursuant to s. 129(1). She then highlights the application judge's concerns relating to "the level of parental conflict and the effect it was having on [the parties'] ability to parent the children" (para. 15). The discussion then turns to the best interests of the children: specifically, the application judge's treatment of the importance of communication between the parents. Baird J.A. rejects the assertion that too much weight had been placed on the parents' inability to communicate; rather, she observed this was but one factor considered by the judge, and that it was correct to do so in conjunction with other factors, including cooperation in the decision-making process (para. 20). In considering the best interests of the child in *J.H.*, Baird J.A. noted factors such as the father's failure to attend parent-teacher meetings and failure to convey information – including medical

information – to the children’s mother, as well as the children missing extra-curricular activities, all of which have parallels in the present case.

[7] In his decision, the trial judge relies on *A.N.H v. M.K.C.*, 2010 NBQB 120, 359 N.B.R. (2d) 1, regarding joint custody, particularly with respect to the need for parties to communicate effectively in order for joint custody to be a viable option. *J.H.*, in my view, is more pertinent given the similarities between the two situations. Just like the parties in the present case, the parents in *J.H.* clearly had difficulties not only in communicating between themselves, but also in cooperating with regard to their decision-making role vis-à-vis their children. It seems clear from the standpoint of lack of communication and cooperation between the parties this was an appropriate case for the trial judge to consider moving from a joint custody to a sole custody arrangement. The case, then, became a question of who was the appropriate parent under the circumstances to have sole custody.

B. *Psychological Parent*

[8] The appellant asserts the trial judge erred in failing to consider the mother has been the emotional and psychological parent of the children. The consideration of the “psychological parent” has been addressed by the courts numerous times. In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), L’Heureux-Dubé J., in her concurring reasons, affirmed the relationship with the psychological parent as an element to be addressed in considering the child’s best interests, pointing to a number of Supreme Court of Canada cases on the matter. Soon after that decision, Bastarache J.A. (as he then was), writing for this Court, asserted that L’Heureux-Dubé J. in *Gordon* found the relationship with the psychological parent to be “probably the determining factor in the child’s welfare on the long term” (*G.H. v. J.L.* (1996), 177 N.B.R. (2d) 184, [1996] N.B.J. No. 293 (QL) at para. 18).

[9] The import of not addressing particular factors relating to the best interests of the child has also been addressed by the courts. In *P.R.H.* this Court noted that

Bastarache J. in *Van de Perre v. Edwards* “went on to state that it would be unreasonable to require a judge to discuss every piece of evidence when explaining his or her reasons” and, thus, “a trial judge is not compelled by *Van de Perre* to discuss each of the factors enumerated in *Gordon v. Goertz*” (para. 10). This does not, however, preclude the need to address necessary considerations: *A.M.K.H. v. K.A.M.*, 2003 NBCA 33, 259 N.B.R. (2d) 291 at para. 22.

[10] Other courts of appeal have dealt with the specific exclusion of the “psychological parent” analysis in varying ways. For instance, in *R.J.F. v. C.M.F.*, 2014 ABCA 165, [2014] A.J. No. 509 (QL), the Alberta Court of Appeal found the trial judge had failed to assess certain criteria, including the psychological parent (para. 32); similar comments were made by the Saskatchewan Court of Appeal in *H.S. v. C.S.*, 2006 SKCA 45, [2006] S.J. No. 247 (QL), at para. 24. In *Thurston v. Maystrowich*, 2010 SKCA 113, [2010] S.J. No. 538 (QL), the Saskatchewan Court of Appeal found that, although no explicit finding of a psychological parent was made, “the combination of the trial judge’s various findings virtually amount to that” (para. 11). The Court then went on to elaborate “once a change of circumstance is found, there is no presumptive rule to guide the judge such as maintenance of the status quo” (para. 11), and thus a failure to determine psychological parent is not fatal.

[11] In this case, the issue of the psychological parent was not addressed directly in the trial judge’s reasons; he did, however, directly address the attachment the children had to both of their parents and their sense of continuity, albeit briefly. In these circumstances, and given both this Court’s decision in *P.R.H.*, and the approach of the Saskatchewan Court of Appeal in *Thurston*, I am of the view that, although it is preferable to address this issue head on, the failure to address it explicitly does not raise the standard of review to one of correctness.

C. *Fourth Child*

[12] The appellant attacks the trial judge's assessment of the mother's ability to parent in light of her fourth pregnancy, and whether the subsequent birth and breastfeeding of the child would prevent her from properly fulfilling the role of custodial parent. The trial judge, in his reasons for judgment, made repeated reference to the mother's pregnancy and the stresses of caring for a newborn; in particular, he referred to concerns that the mother would be tired and less able to care for her children. He referred to her pregnancy as a "major factor that must be considered". At the hearing on access, which occurred after the fourth child, W, was born, these concerns were reiterated, particularly with respect to W being a premature baby and having specific health needs as a result.

[13] The trial judge's assertions relating to the mother likely being tired following the birth of her new child appear to be based on two sources. First, he refers to testimony from both parties. The father referred to the mother's sleeping while alone with their then one-year-old young daughter, whom he alleged was awake and wandering about unsupervised. The mother, however, asserts she was tired from breastfeeding the children every two hours without any assistance from the father, and, further, asserts the child was asleep in a crib during the specific incident alleged by him. Secondly, the trial judge drew on his own experience regarding his spouse's condition after child birth. At the access hearing, the trial judge reiterated the assertion that the mother had testified "when she was dealing with the newborn baby it was very tiring and she had difficulty getting up during the day", and added that, as W had particular medical needs, she would need to spend additional time with him, both at the hospital and when he was to come home.

[14] The results of the trial judge's conclusions regarding the mother's pregnancy were two-fold: "getting in as much access for her between now and the time that the child is born and then adjusting the access arrangement". During the access hearing, he reiterated he had wanted the children to have the maximum access possible

prior to W's birth; he then both refused the father's request to reduce access when W would be brought home from the hospital and stated that extended access was not appropriate yet, although it may become so as the fourth child grows.

[15] There is a basis for stating that the trial judge made an adverse inference with regards to the pregnancy and subsequent status as the mother of a newborn, and in particular a newborn with medical needs. To some extent, this inference was based both on generalized comments about pregnant and new mothers as being particularly tired, as well as references to testimony which, arguably, overstated the emphasis the mother placed on her own fatigue following the children's births.

[16] While all judges bring their own perspective to the role of judging, judges' opinions about their spouses' condition during pregnancy add nothing to the analysis, are not based on the evidence, and amount to speculation. The trial judge's comment here was unnecessary and inappropriate. Being tired during pregnancy or while breastfeeding, in and of itself, has little or no bearing on the ability to function as a custodial parent and generalizations of this kind must be avoided. In my view, the emphasis the trial judge placed on this factor would have been a fatal error if he had based his decision on this factor alone. But whether it should be characterized as a palpable error or not is of no moment because it is not an overriding error. See *Handspiker v. Rafuse*, 2001 NSCA 1, [2001] N.S.J. No. 1 (QL), at para. 20 and *J.H.*, at paras. 38-39. It is not an overriding error because the trial judge, in his decision, did a proper assessment of all pertinent criteria of the "best interests of the child". In particular, he reached his decision with respect to why the father, who is now living in a stable relationship, was better able to meet the emotional and physical health needs of the children. The mother, on the other hand, had proven she was ill-equipped to do so because she had failed to have the children immunized in a timely fashion, she neglected their dental hygiene, she failed to use booster seats in the car, she could not assure their regular school attendance and she was convinced the middle of the three children suffered from development delay even though a contrary opinion was expressed by a teacher and a pediatrician who confirmed the child is a healthy girl with normal development. In April 2015, the Minister of Social

Development was involved with the parties and their children. The Minister presented a Case Plan to both parents and the new partner for the welfare of the children which included 13 objectives, many of which related to these same concerns.

[17] The trial judge did not base his decision to award sole custody to the father on the mother's fourth pregnancy; rather, he concluded the oral testimony and the documentation submitted convinced him the children were currently at risk from inappropriate care they were receiving from their mother. He made a sole custody order to the father and fashioned an access order for the mother which addressed those concerns. His determination in this regard is absent of error and requires deference.

D. *Separation of Siblings*

[18] This Court has addressed the importance of sibling relationships in the best interests test a number of times. In *A.F.G. v. D.A.B.*, 2011 NBCA 100, [2011] N.B.J. No. 401 (QL), Quigg J.A. stated "in custody cases generally, the failure to address the impact of separating siblings could be viewed as a significant omission and a material error" (para. 18). This decision was reiterated recently in *L.D.M. v. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] N.B.J. No. 259 (QL).

[19] The appellant asserts the trial judge erred when he did not consider the effect of separating the fourth child from his siblings. I disagree. In his reasons for decision on access, the trial judge stated "[a]nd the kids have a right to expect that when they are with their mother they get to visit with their baby brother", and soon after again reiterated "[t]he three children will want to see their brother and they'll want to spend time with their brother". Further, the present case is one which can be easily distinguished, on its facts, from mobility cases. In *A.F.G.*, the mother wanted to take her son and his half-sibling to Yellowknife; and in *P.R.H.*, the lower court determined one child would live in Halifax with the mother, and the other would live in Moncton with the father. As the trial judge in this case correctly points out "[t]he children in this case should not suffer from isolation from any family. They will be moving across the river

and not across the province”. The access order in place does not contemplate moving the children out of the city. The three children have never lived with their half-brother, or shared a bond with him, but with the access which is ordered a bond will be fostered. The trial judge’s assessment of the separation of the siblings in this case does not call for appellate intervention.

[20] Finally, the appellant submits the trial judge did not take into consideration the criteria in the “best interests” definition dealing with the children’s cultural and religious heritage. There was no evidence on which to base any such conclusion. No religious affiliation or church was named. This factor had no significance in the lives of these children. The trial judge conducted a proper analysis of the pertinent criteria in the definition of “best interests of the child” and I, therefore, would dismiss this ground of appeal.

IV. Disposition

[21] For these reasons, I joined my colleagues in dismissing the appeal. I would order costs to the respondent in the amount of \$1,500 which reflects the fact he was successful on a stay of execution motion before a single judge of this Court and on the appeal.

LA JUGE LARLEE

[1] La Cour est saisie d'un appel interjeté par une mère contre une décision rendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine, qui a accordé au père la garde exclusive des trois enfants des parties sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. Après l'audience, mes collègues et moi avons rejeté l'appel en précisant que des motifs suivraient. Les voici :

I. Contexte

[2] L'appelante et l'intimé ont entretenu une relation de 2006 à 2012. Ils ont trois enfants, âgés de 10, 8 et 6 ans. L'appelante a un enfant issu d'une autre relation, W., âgé d'un an. L'appelante affirme avoir été la pourvoyeuse principale de soins pour les enfants depuis leur naissance. Le 19 mars 2013, les parties ont signé une entente de garde et d'accès qui établissait la garde conjointe des enfants, prévoyait que l'appelante était la pourvoyeuse principale de soins et accordait à l'intimé un droit d'accès raisonnable auprès des enfants.

[3] Le 20 mai 2015, l'intimé a déposé un avis de requête en vue d'obtenir la garde exclusive des enfants. Le 7 juillet 2017, la requête a été accueillie, et l'intimé a obtenu la garde exclusive des enfants et l'appelante, un droit d'accès limité. Après la tenue d'une nouvelle audience concernant l'accès, le juge du procès a accordé à la mère un droit d'accès plus généreux : une fin de semaine sur deux et tous les mercredis après l'école, jusqu'à 18 h. (Si l'appelante ne peut pas passer prendre les enfants, l'intimé facilite l'accès.) L'appelante a présenté une demande en vue d'obtenir une ordonnance de suspension d'exécution jusqu'à l'audition du présent appel, laquelle a été rejetée.

[4] L'appelante invoque quatre moyens d'appel, que je résumerais en deux questions : le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte du fait que

la mère a joué le rôle de parent affectif et psychologique des enfants et que le changement de la garde conjointe par la garde exclusive accordée au père n'est pas dans « l'intérêt supérieur de l'enfant »?; et le juge du procès a-t-il commis une erreur en se livrant à des conjectures, qui ne trouvaient pas appui dans la preuve, sur l'aptitude de la mère à prendre soin des enfants après la naissance de son quatrième enfant?

II. Norme de contrôle

[5] Il faut faire preuve d'une grande retenue en matière de garde, sauf en présence d'erreurs de droit qui ne commandent aucune retenue : *M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 R.N.-B. (2^e) 313, et *L.D.M. c. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] A.N.-B. n^o 259 (QL). Seules les erreurs importantes, notamment dans l'évaluation de la preuve, et les erreurs de droit devraient entraîner une intervention en appel : *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, et *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014.

III. Analyse

A. *Intérêt supérieur de l'enfant*

[6] En ce qui concerne l'état de santé mentale, affective et physique des enfants et le besoin qu'ils aient de soins ou de traitements convenables, j'entame l'analyse en me reportant à *J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n^o 16 (QL). Dans cet arrêt, la juge d'appel Baird confirme que, lorsqu'il s'agit de rendre une décision en matière de garde d'enfant sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*, la présomption de garde conjointe est le point de départ en application du par. 129(1). Elle souligne ensuite le fait que le juge saisi de la requête s'est dit préoccupé « par la gravité du conflit opposant les parents et par son incidence sur [les] habiletés parentales [des parties] » (par. 15). La discussion porte ensuite sur l'intérêt supérieur des enfants et, plus particulièrement, sur la façon dont le juge saisi de la requête a traité l'importance de la communication entre les parents. La juge d'appel Baird rejette l'affirmation selon

laquelle une trop grande importance a été accordée au manque de communication entre les parents; elle fait plutôt observer que ce n'était qu'un des facteurs que le juge a pris en considération, et qu'il l'a fait à bon droit, en conjugaison avec d'autres facteurs, dont celui de la coopération dans le contexte du processus décisionnel (par. 20). Dans le cadre de l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'elle a effectué dans l'arrêt *J.H.*, la juge d'appel Baird a mentionné des facteurs, tels que le défaut du père de se présenter aux rencontres entre les parents et les enseignants et de communiquer à la mère des renseignements, dont certains étaient d'ordre médical, et le fait que les enfants ne s'étaient pas présentés à certaines activités parascolaires, qui sont tous semblables aux facteurs relevés en l'espèce.

- [7] Dans sa décision, le juge du procès se fonde sur la décision rendue dans l'affaire *A.N.H c. M.K.C.*, 2010 NBBR 120, 359 R.N.-B. (2^e) 1, en ce qui concerne la garde conjointe, surtout la nécessité d'une communication efficace entre les parties pour que la garde conjointe constitue un choix valable. À mon avis, l'affaire *J.H.* est plus pertinente en raison des similitudes qui existent entre les deux situations. Tout comme les parties en l'espèce, les parents dans l'affaire *J.H.* éprouvaient manifestement de la difficulté non seulement à communiquer l'un avec l'autre, mais aussi à coopérer dans le contexte du processus décisionnel à l'égard de leurs enfants. Du point de vue d'un manque de communication et de coopération entre les parties, il semble évident qu'il convenait en l'espèce que le juge du procès envisage le passage d'un arrangement de garde conjointe à un arrangement de garde exclusive. Il s'agissait alors de déterminer à quel parent, eu égard aux circonstances, il convenait d'accorder la garde conjointe.

B. *Parent psychologique*

- [8] L'appelante affirme que le juge du procès a commis une erreur en ne prenant pas en considération le fait que la mère a été le parent affectif et psychologique des enfants. Les tribunaux se sont penchés à maintes reprises sur l'examen du facteur du « parent psychologique ». Dans les motifs concordants qu'elle a rédigés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), la

juge L'Heureux-Dubé a confirmé que la relation avec le parent psychologique est un élément essentiel de l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant et elle a invoqué un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada rendues sur ce point. Peu après cette décision, le juge d'appel Bastarache (tel était alors son titre), au nom de notre Cour, a affirmé que la juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Gordon*, avait conclu que la relation entretenue avec le parent psychologique est « fort probablement “le facteur le plus déterminant quant au bien-être à long terme de l'enfant” » (*G.H. c. J.L.* (1996), 177 R.N.-B. (2^e) 184, [1996] A.N.-B. n^o 293 (QL), au par. 18).

[9] Les tribunaux se sont également penchés sur les conséquences de ne pas traiter de facteurs particuliers liés à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'arrêt *P.R.H.*, notre Cour a fait remarquer que le juge Bastarache, dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, « a ensuite dit qu'il serait déraisonnable d'exiger que le juge analyse chaque élément de preuve lorsqu'il explique ses motifs »; par conséquent, « l'arrêt *Van de Perre* ne contrai[nt] pas le juge de première instance à analyser chacun des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* » (par. 10). Cependant, il n'en demeure pas moins qu'il faut traiter des facteurs essentiels : *A.M.K.H. c. K.A.M.*, 2003 NBCA 33, 259 R.N.-B. (2^e) 291, au par. 22.

[10] D'autres tribunaux d'appel ont exprimé divers points de vue sur le défaut particulier d'effectuer l'analyse afférente au « parent psychologique ». Par exemple, dans *R.J.F. c. C.M.F.*, 2014 ABCA 165, [2014] A.J. No. 509 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le juge du procès n'avait pas évalué certains critères, dont celui du parent psychologique (par. 32); la Cour d'appel de la Saskatchewan a fait des observations en ce sens dans *H.S. c. C.S.*, 2006 SKCA 45, [2006] S.J. No. 247 (QL), au par. 24. Dans *Thurston c. Maystrowich*, 2010 SKCA 113, [2010] S.J. No. 538 (QL), la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que, bien qu'il n'ait pas été conclu explicitement qu'un parent était le parent psychologique, [TRADUCTION] « les diverses conclusions de la juge du procès, prises ensemble, équivalaient presque à tirer une telle conclusion » (par. 11). Cette Cour a ensuite précisé : [TRADUCTION] « une fois qu'il est conclu que les circonstances ont changé, il n'existe aucune présomption, telle que le

maintien du *statu quo*, qui guide le juge » (par. 11); par conséquent, le défaut de reconnaître un parent psychologique ne constitue pas une erreur déterminante.

[11] En l'espèce, le juge du procès n'a pas traité directement de la question du parent psychologique dans ses motifs; il a toutefois traité directement, quoique brièvement, de l'attachement que les enfants éprouvaient pour leurs deux parents et de la stabilité dont ils éprouvaient le besoin. Eu égard à ces circonstances, et compte tenu tant de la décision de notre Cour dans l'affaire *P.R.H.* que de la démarche adoptée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Thurston*, je suis d'avis que, bien qu'il soit préférable de traiter de front de cette question, le défaut d'en traiter explicitement n'élève pas la norme de contrôle applicable à celle de la décision correcte.

C. *Quatrième enfant*

[12] L'appelante conteste la façon dont le juge du procès a évalué l'aptitude de la mère au parentage compte tenu de sa quatrième grossesse et la question de savoir si la naissance et l'allaitement naturel de l'enfant qui ont suivi empêcheraient la mère de bien remplir le rôle de parent gardien. Dans ses motifs de jugement, le juge du procès a mentionné à maintes reprises la grossesse de la mère et le stress lié aux soins à prodiguer à un nouveau-né; il s'est dit plus particulièrement inquiet que la mère soit fatiguée et moins apte à prendre soin de ses enfants. Il a qualifié sa grossesse de [TRADUCTION] « facteur principal à prendre en considération ». Lors de l'audience concernant l'accès, tenue après la naissance du quatrième enfant, W., ces préoccupations ont été réitérées, surtout en ce qui concerne le fait que W. est un enfant prématuré qui a donc des besoins particuliers en matière de santé.

[13] Les observations du juge du procès selon lesquelles la mère était probablement fatiguée après la naissance de son nouvel enfant semblent reposer sur deux sources. Dans un premier temps, il a mentionné les témoignages des deux parties. Le père mentionnait que la mère dormait pendant qu'elle était seule avec leur fille, alors âgée d'un an, qui, selon lui, était éveillée et se promenait partout sans supervision. La mère

affirmait toutefois qu'elle était fatiguée du fait qu'elle allaitait les enfants toutes les deux heures, sans l'aide du père; elle affirmait de plus que l'enfant dormait dans un lit de bébé pendant l'incident particulier qu'il allègue. Dans un second temps, le juge du procès a fait appel à son expérience personnelle en ce qui concerne l'état dans lequel était sa conjointe après avoir donné naissance. Lors de l'audience concernant l'accès, le juge du procès a répété que la mère avait témoigné que, [TRADUCTION] « lorsqu'elle s'occupait du nouveau-né, c'était très épuisant et elle éprouvait de la difficulté à se lever pendant la journée »; il a ajouté qu'étant donné que W. avait des besoins médicaux particuliers, elle devrait lui consacrer des heures supplémentaires, tant à l'hôpital que lorsqu'il arriverait à la maison.

[14] Les conclusions du juge du procès sur la grossesse de la mère avaient deux conséquences : [TRADUCTION] « lui donner accès le plus souvent possible entre le moment présent et celui de la naissance de l'enfant et modifier ensuite l'arrangement d'accès ». Pendant l'audience concernant l'accès, il a réitéré qu'il avait voulu que les enfants aient accès le plus souvent possible avant la naissance de W. Il a ensuite rejeté la demande du père en vue de la réduction de l'accès lorsque W. serait apporté à la maison dès sa sortie de l'hôpital et affirmé qu'un accès plus généreux n'était pas encore approprié, bien qu'il puisse le devenir à mesure que le quatrième enfant grandit.

[15] Il est justifié de dire que le juge du procès a tiré une inférence défavorable de la grossesse et de la qualité subséquente de mère d'un nouveau-né, plus précisément d'un nouveau-né qui a des besoins médicaux. Dans une certaine mesure, cette inférence reposait tant sur des observations générales faites sur les mères enceintes et les nouvelles mères qui sont particulièrement fatiguées que sur des renvois à des témoignages qui, peut-on prétendre, exagéraient l'importance accordée par la mère à la fatigue qu'elle avait elle-même ressentie après la naissance des enfants.

[16] Bien que les juges apportent tous leurs points de vue personnels à la fonction de juge, les opinions des juges sur l'état de leur conjointe pendant sa grossesse n'ajoutent rien à l'analyse, ne trouvent pas appui dans la preuve et se résument à des

conjectures. En l'espèce, l'observation du juge du procès était inutile et inappropriée. La fatigue ressentie pendant une grossesse ou l'allaitement naturel n'a elle-même que peu d'incidence, voire aucune, sur l'aptitude à assumer le rôle de parent gardien et les généralisations de ce genre sont à éviter. À mon avis, l'importance que le juge du procès a accordée à ce facteur aurait constitué une erreur déterminante si cette dernière était fondée sur ce seul facteur. Cependant, il importe peu de savoir s'il faut considérer l'appréciation de ce facteur comme une erreur manifeste parce qu'il ne s'agit pas d'une erreur dominante. Voir *Handspiker c. Rafuse*, 2001 NSCA 1, [2001] N.S.J. No. 1 (QL), au par. 20, et *J.H.*, aux par. 38 et 39. Ce n'est pas une erreur dominante parce que le juge du procès a convenablement évalué tous les critères applicables de l'« intérêt supérieur de l'enfant » dans sa décision. Plus particulièrement, il est arrivé à sa décision en examinant la raison pour laquelle le père, qui vit maintenant une relation stable, était mieux placé pour répondre aux besoins des enfants en matière de santé physique et affective. En revanche, la mère a prouvé qu'elle n'était pas en mesure d'y répondre parce qu'elle n'avait pas fait vacciner les enfants de façon opportune, qu'elle avait négligé leur hygiène dentaire, qu'elle n'avait pas utilisé des sièges rehausseurs dans l'automobile, qu'elle ne pouvait pas veiller à leur fréquentation scolaire régulière et qu'elle était persuadée que la cadette des trois enfants éprouvait un retard de développement, et ce, malgré l'opinion contraire exprimée par un enseignant et un pédiatre, qui ont confirmé que l'enfant est une fille en bonne santé dont le développement est normal. Au mois d'avril 2015, la ministre du Développement social a eu des interactions avec les parties et leurs enfants. La ministre a présenté aux deux parents et à la nouvelle conjointe un plan d'intervention visant le bien-être des enfants qui comprenait 13 objectifs, dont beaucoup touchaient ces mêmes préoccupations.

[17] Le juge du procès ne s'est pas fondé sur la quatrième grossesse de la mère pour décider d'accorder la garde exclusive au père; il a plutôt conclu que le témoignage oral et la documentation présentés l'avaient convaincu que les enfants couraient alors un risque en raison des soins inadéquats qu'ils recevaient de leur mère. Il a accordé au père une ordonnance de garde exclusive et a conçu, en faveur de la mère, une ordonnance

d'accès qui tient compte de ces préoccupations. Sa décision sur ces points n'est entachée d'aucune erreur et commande la retenue.

D. *Séparation de la fratrie*

[18] Notre Cour s'est penchée à maintes reprises sur la question de l'importance des liens qui unissent une fratrie, dans le contexte de l'analyse du critère de l'intérêt supérieur. Dans *A.F.G. c. D.A.B.*, 2011 NBCA 100, [2011] A.N.-B. n° 401 (QL), la juge d'appel Quigg a dit que, « dans les instances ressortissant à la garde en général, l'omission de tenir compte de l'effet de la séparation d'une fratrie pourrait être considérée comme une omission et une erreur importantes » (par. 18). Cette décision a fait l'objet d'une mention récente dans *L.D.M. c. J.K.D.*, 2017 NBCA 47, [2017] A.N.-B. n° 259 (QL).

[19] L'appelante affirme que le juge du procès a commis une erreur en omettant de prendre en considération la conséquence de la séparation du quatrième enfant d'avec sa fratrie. Je ne suis pas d'accord. Dans ses motifs de décision sur la question de l'accès, le juge du procès a dit : [TRADUCTION] « [e]t les enfants ont le droit de s'attendre à pouvoir rendre visite à leur petit frère lorsqu'ils sont auprès de leur mère »; il a réitéré un peu plus loin : [TRADUCTION] « [l]es trois enfants voudront voir leur frère et passer du temps en sa compagnie ». De plus, les faits de la présente affaire la distinguent facilement des instances ressortissant à la liberté d'établissement. Dans l'affaire *A.F.G.*, la mère voulait se rendre à Yellowknife avec son fils et le demi-frère de celui-ci; et, dans l'affaire *P.R.H.*, le tribunal inférieur a décidé qu'un enfant vivrait à Halifax auprès de la mère et que l'autre vivrait à Moncton auprès du père. Tout comme le juge du procès le souligne, à juste titre, dans la présente affaire, [TRADUCTION] « [e]n l'espèce, les enfants ne devraient pas souffrir d'être éloignés de quiconque dans la famille. Ils iront s'établir de l'autre côté de la rivière et non pas à l'autre bout de la province ». L'ordonnance d'accès en place ne prévoit pas le déplacement des enfants hors de la ville. Les trois enfants n'ont jamais vécu avec leur demi-frère ni forgé de lien avec lui, mais l'accès qui est ordonné favorisera l'établissement d'un lien. En l'espèce, la

façon dont le juge du procès a évalué la question de la séparation des frères et sœurs ne justifie pas une intervention en appel.

[20] Enfin, l'appelante soutient que le juge du procès n'a pas pris en considération les critères de la définition d'« intérêt supérieur de l'enfant » qui concernent le patrimoine culturel et religieux de l'enfant. Il n'y avait aucun élément de preuve sur lequel fonder quelque conclusion que ce soit. On n'a nommé aucune appartenance religieuse ni aucune église. Ce facteur n'avait aucune importance dans la vie de ces enfants. Le juge du procès a convenablement analysé les critères applicables de la définition d'« intérêt supérieur de l'enfant »; je suis donc d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

IV. Dispositif

[21] Pour ces motifs, mes collègues et moi rejetons l'appel. Je suis d'avis d'accorder à l'intimé des dépens d'un montant de 1 500 \$, lequel tient compte du fait que l'intimé a eu gain de cause dans le cadre de la motion en suspension d'exécution entendue par un juge de notre Cour siégeant seul et de son appel.