

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

12-19-CA

BETWEEN:

ENTRE :

L.A.A.

L.A.A.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

-et-

W.J.V.

W.J.V.

RESPONDENT

INTIMÉ

Motion heard by:
The Honourable Justice French

Motion entendue par :
l'honorable juge French

Date of hearing:
March 11, 2019

Date de l'audience :
le 11 mars 2019

Date of decision:
March 11, 2019

Date de la décision :
le 11 mars 2019

Reasons delivered:
April 29, 2019

Motifs déposés :
le 29 avril 2019

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Michael R. Young

Pour l'appelante:
Michael R. Young

For the respondent:
Janik Collette

Pour l'intimé:
Janik Collette

REASONS FOR DECISION

[1] L.A.A. applied for a stay pending her appeal of an order that transferred the primary care of her six-year-old daughter to W.J.V., the child's father. I dismissed her motion with reasons to follow. These are my reasons.

[2] The mother had been the child's primary caregiver from the child's birth in November 2013 until the decision under appeal, which was made on January 28, 2019. The mother and father had been in a brief relationship before their daughter was born. Following her birth, the father resided at the mother's home in a separate room. This arrangement lasted for about six months; however, after the father moved out he continued to have substantial access to their daughter, until the summer of 2014. Over time the parents' already difficult relationship became more difficult; it became particularly contentious over access. This led to the father having no access for almost 2 months. He filed a Notice of Application in February 2015 seeking joint custody, with the mother to continue as the child's primary caregiver. He also sought reasonable access, including overnight visits. Their daughter was then 15 months old. Although a resulting interim order provided for overnight access, he agreed to the mother's request that their daughter not stay with him overnight until after the child was no longer breastfed. The parties' relationship continued to deteriorate and access was especially problematic. In February 2017, the father amended his application to seek primary care of their daughter or, alternatively, joint and shared custody.

[3] The father's application was heard over five days in June and July 2018. On January 28, 2019, the application judge ordered that the primary residence of the child be with her father and that she be in her mother's care every second weekend for three nights (Friday, Saturday and Sunday) and one night every week (Wednesday). The judge also ordered the child have reasonable additional access to her mother, to be arranged between the parents. The judge's order divides custodial responsibility/decision-making between the mother and father, under a parallel parenting scheme. The mother is responsible for all

healthcare issues relating to the child and the father is responsible for educational and day-to-day matters.

[4] In his reasons, the judge explains that the conflict between the mother and father precluded joint parenting. He also explains that this conflict, and in particular the mother's failure to facilitate the child's access to her father, was a factor in his decision to order that the child's principal residence be with her father. This reasoning was the primary focus of the mother's submissions regarding the merits of her appeal – she claims the application judge erroneously disregarded the fact that she was acknowledged to be the child's psychological parent, among other things, and over-emphasized his findings regarding her efforts to facilitate access. The mother maintains the judge ignored other factors relevant to the best interests of the child and, by expressly seeking to avoid rewarding her conduct, he, in effect, mistakenly included the goal of punishing her as a factor in an assessment of the child's best interests.

[5] Following the judge's order, the child began residing with her father and, as the parties note, his home has been her primary residence for approximately 56 days, to the hearing of the mother's motion for stay.

[6] At the hearing of the motion, the mother advised that her request for a stay does not seek a return to exactly the arrangement that existed before the application judge's decision. She suggested that if the Court were to grant a stay and return the child to her custody, it should also impose terms that would provide the child with greater access to her father than existed previously; she proposed that the child have access to her father on substantially the same terms as the application judge ordered that the child have access to her.

[7] Also at the hearing, the father advised that he consents to the child spending equal time with the mother during July and August, on a week-on, week-off basis. The application judge's order leaves summertime access to be worked out between the parties and, failing an agreement, they could return to court. This representation followed

discussion regarding the timing of the mother's appeal. The transcripts of the trial have yet to be prepared and it is not clear if the appeal can be heard before June, as is hoped will be the case. The father advised he was committed to this week-on, week-off arrangement regardless of the outcome of the mother's motion for a stay.

[8] Generally, when responding to a request for stay pending appeal, the Court is required "to consider: (1) whether the appeal poses a serious challenge to the decision under appeal; (2) whether the applicant would suffer irreparable harm without the stay; and (3) whether the balance of convenience favours the order sought" (see: *Schelew v. Schelew* (2013), 407 N.B.R. (2d) 240, [2013] N.B.J. No. 226, para 9, per Richard J.A. (as he then was)). When the requested stay relates to the custody of a child, the second and third parts of the analysis are modified to focus on the best interests of the child. Not surprisingly, this is because in assessing whether a stay should be granted, and indeed in all child custody matters, "the overriding principle is always the best interests of the child" (*M.D. v. G.D.*, [2005] N.B.J. No. 411 (QL), per Drapeau, C.J.N.B. (as he then was), at para. 6; see also: *R.L. v. J.L.*, [2017] N.B.J. No. 255, per Quigg J.A.; *P.R.H. v. M.E.L.*, [2009] N.B.J. No. 7; *Bullen v. Losier* (2005), 284 N.B.R. (2d) 318, [2005] N.B.J. No. 68 (QL), per Richard J.A. (as he then was)).

[9] There was no real dispute regarding whether the mother satisfied the first part of the test, and I was satisfied that she had. The parties' submissions at the hearing focused on whether the child would suffer irreparable harm if the judge's order were not stayed and whether the balance of convenience favoured the child being returned to the primary care of her mother pending the appeal. Practically speaking, in relation to these issues, "when a child's custody, access or welfare is at issue, the consideration of irreparable harm and balance of convenience distils into an analysis of whether the stay's issuance or denial would better serve, or cause less harm to, the child's interest" (*Reeves v. Reeves*, 2010 NSCA 6, [2010] N.S.J. No. 34 (QL), at para. 21).

[10] The parties' affidavits present conflicting accounts of the consequences of the daughter now residing primarily with her father. The mother says the child is upset, as

evidenced by her now wanting to sleep with the mother, and she has been tearful when she moves between parents. The father says she has adjusted well and is content to sleep in her own bed at his home. While there is no doubt the child loves her mother, and could happily resume living primarily with her, there was no indication that the child's move to the father's home has caused any difficulty that is related to her relationship with her father or the circumstances at his home. The difficulty, if any, appears to arise, not unexpectedly, from the change itself.

[11] Despite having established for the purposes of this motion that her appeal poses a serious challenge to the judge's decision, this is not an indication the mother's appeal will be successful. That is yet to be determined and, at the risk of stating the obvious, if the stay were granted and the appeal dismissed, the child would again have a change to her primary residence.

[12] Until the appeal can determine whether the judge's order will stand, the child will have significant and frequent contact with her mother, as well as her father. I was not persuaded it was in the child's best interests to grant the stay and return her to the custody arrangement that existed prior to the trial judge's decision (with the increased access schedule in favour of the father that the mother proposed at the hearing). This is not a case where the decision by a judge who has heard considerable direct evidence regarding the child's best interests should be suspended pending appeal. As stated by Drapeau, C.J.N.B. (as he then was) in *M.D. v G.D.* "cases where it would be appropriate to stay a custody/access order pending appeal will necessarily be few and far between. That is so because the judge hearing the application under Rule 62.26(3) will invariably be dealing with a relatively fresh judicial determination that the particular custody/access order is in the best interests of the child" (at para. 7).

[13] It was for these reasons that I dismissed the motion for a stay pending appeal.

[14] After I rendered my decision, there was further discussion regarding the additional access that had been ordered by the application judge in favour of the mother. The father advised that he agreed to this, including: (1) every Friday that leads into the weekend the child will spend with the father, from after kindergarten until 7 p.m.; and (2) on the Monday that follows the weekend the child will spend with the father, from kindergarten until 7 p.m. The mother agreed. Given the concerns expressed by the mother about the time between visits, this was welcome since it means the child will not go more than two days without having some time with her mother. Also, in the circumstances, it is preferable to the parties having to agree on an ad hoc basis to the additional access ordered by the application judge.

MOTIFS

[Version française]

[1] L.A.A. a demandé, en attendant l'issue de l'appel qu'elle interjette d'une ordonnance ayant transféré la responsabilité principale des soins de sa fille de six ans à W.J.V., père de l'enfant, la suspension de cette ordonnance. J'ai rejeté sa motion et indiqué que des motifs suivraient. Voici mes motifs.

[2] Avant le 28 janvier 2019, date de la décision qu'elle porte en appel, la mère avait été la pourvoyeuse principale des soins de l'enfant depuis sa naissance, en novembre 2013. La relation du père et de la mère, avant la naissance de leur fille, avait été brève. Après sa naissance, le père a habité chez la mère, dans une chambre à part. Cet arrangement a duré environ six mois, après quoi le père a déménagé; cependant, il a conservé un accès considérable auprès de leur fille jusqu'à l'été 2014. Avec le temps, la relation difficile des parents est devenue plus difficile encore; elle est devenue particulièrement conflictuelle au sujet de l'accès. Il en est résulté que le père a vu l'accès cesser durant près de deux mois. Il a déposé, en février 2015, un avis de requête par lequel il demandait que la garde conjointe soit ordonnée et que la mère demeure la pourvoyeuse principale de soins. Il sollicitait également un accès raisonnable qui devait comporter des visites avec nuitée. Leur fille était alors âgée de quinze mois. Quoique l'ordonnance provisoire rendue ait prévu des visites avec nuitée, le père a accédé à la demande de la mère, qui souhaitait que, tant que l'allaitement se poursuivrait, le nourrisson ne passe pas de nuit chez lui. La relation des parties a continué à se dégrader et l'accès était singulièrement problématique. En février 2017, le père a modifié sa requête en vue de demander que lui soit attribuée la responsabilité principale des soins de leur fille ou, subsidiairement, que soit ordonnée la garde conjointe et partagée.

[3] L'audition de la requête du père a nécessité cinq jours, en juin puis en juillet 2018. Le 28 janvier 2019, le juge saisi de la requête a ordonné que l'enfant ait sa résidence principale chez le père et soit confiée aux soins de la mère une fin de semaine sur deux en vue d'un séjour de trois nuitées (vendredi, samedi et dimanche) ainsi qu'en

semaine en vue d'une visite avec nuitée (mercredi). Il a ordonné en outre que l'enfant ait un accès supplémentaire raisonnable auprès de sa mère, sur lequel les parents devaient s'entendre. L'ordonnance du juge prescrit un parentage en parallèle et divise, entre la mère et le père, la prise de décision et les responsabilités en matière de garde. La mère est responsable de tout ce qui concerne les soins médicaux de l'enfant, tandis que le père est responsable de ce qui touche son éducation et son quotidien.

[4] Dans ses motifs, le juge explique que les rapports conflictuels de la mère et du père excluaient un parentage conjoint. Il explique également que cette situation conflictuelle, et plus particulièrement le fait que la mère ne facilitait pas l'accès de l'enfant auprès de son père, a joué dans sa décision de porter la résidence principale de l'enfant chez le père. Ces motifs ont été la cible première des observations de la mère quant au fondement de son appel – elle affirme que le juge saisi de la requête a fait erreur en ne tenant pas compte de ce qu'elle était reconnue pour le parent psychologique de l'enfant, entre autres, et en accordant trop d'importance aux conclusions auxquelles il était arrivé sur ses efforts pour faciliter l'accès. La mère maintient qu'il a négligé d'autres facteurs touchant l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il a, par une volonté expresse d'éviter de récompenser sa conduite, introduit par erreur le but de châtier cette conduite parmi les facteurs d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

[5] Une fois rendue l'ordonnance du juge, l'enfant a commencé à résider chez son père; comme les parties l'ont indiqué, l'enfant avait sa résidence principale chez lui depuis quelque cinquante-six jours au moment de l'audition de la motion en suspension présentée par la mère.

[6] Lors de l'audition de la motion, la mère a précisé que sa demande de suspension ne visait pas un retour intégral aux arrangements antérieurs à la décision du juge saisi de la requête. Elle a suggéré que la Cour, dans l'hypothèse où elle choisirait d'ordonner la suspension et de lui rendre la garde, impose des conditions qui donneraient à leur fille un meilleur accès auprès de son père qu'auparavant; elle a proposé que les

conditions de l'accès de l'enfant auprès de son père soient essentiellement celles de l'accès auprès de la mère qu'avait ordonné le juge saisi de la requête.

[7] Lors de l'audience, de même, le père a indiqué qu'il consentait à ce que l'enfant passe avec la mère un temps égal, par alternance hebdomadaire, en juillet et en août. L'ordonnance du juge saisi de la requête laisse aux parties le soin de convenir de l'accès d'été et prévoit qu'elles pourront, si elles ne peuvent s'entendre, reparâître en justice. Cette assertion du père suivait une discussion sur le calendrier de la procédure d'appel. Les transcriptions du procès n'ont pas encore été produites et il n'est pas certain que l'appel puisse être entendu avant juin, comme chacun l'espère. Le père a affirmé qu'il était décidé à adopter cette alternance hebdomadaire, quelle que soit l'issue de la motion en suspension présentée par la mère.

[8] En règle générale, une demande sollicitant une suspension en attendant l'issue d'un appel exige de la Cour « qu'elle détermine : 1) si l'appel met sérieusement en question la décision contestée, 2) si le requérant subira un préjudice irréparable sans la suspension, 3) si la prépondérance des inconvénients penche en faveur de l'ordonnance sollicitée » (*Schelew c. Schelew* (2013), 407 R.N.-B. (2^e) 240, [2013] A.N.-B. n^o 226 (C.A.) (QL), par. 9, le juge d'appel Richard (alors juge puîné)). Lorsque la suspension demandée touche la garde d'un enfant, les deuxième et troisième volets sont modifiés de sorte que l'analyse soit axée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La raison en est, ce qui n'a rien d'étonnant, qu'au moment d'examiner s'il convient d'accorder la suspension, comme d'ailleurs dans toutes les affaires de garde d'enfant, [TRADUCTION] « le principe qui l'emporte sur tous les autres est toujours celui de l'intérêt supérieur de l'enfant » (*M.D. c. G.D.*, [2005] A.N.-B. n^o 411 (QL), le juge Drapeau, J.C.N.-B. (tel était alors son titre), par. 6; voir aussi *R.L. c. J.L.*, [2017] A.N.-B. n^o 255, la juge d'appel Quigg; *P.R.H. c. M.E.L.*, [2009] A.N.-B. n^o 7; *Bullen c. Losier* (2005), 284 R.N.-B. (2^e) 318, [2005] A.N.-B. n^o 68 (QL), le juge d'appel Richard (alors juge puîné)).

[9] Il n'a pas été véritablement contesté que la demande de la mère satisfaisait au premier volet du critère, et j'étais convaincu qu'elle y satisfaisait. Les observations des

parties, lors de l'audience, ont porté principalement sur la question de savoir si l'enfant subirait un préjudice irréparable, dans l'éventualité où l'ordonnance du juge ne serait pas suspendue, et sur celle de savoir si la prépondérance des inconvénients favorise une reprise par la mère de la responsabilité principale des soins de l'enfant en attendant l'issue de l'appel. En pratique, l'analyse à mener à cet égard est la suivante : [TRADUCTION] « [L]orsque sont en jeu la garde ou l'accès, ou le bien-être d'un enfant, l'examen des questions du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients se ramène à une analyse qui détermine si l'intérêt de l'enfant sera le mieux servi, ou le moins lésé, par l'octroi ou par le refus de la suspension » (*Reeves c. Reeves*, 2010 NSCA 6, [2010] N.S.J. No. 34 (QL), par. 21).

[10] Les affidavits des parties divergent sur les conséquences du déplacement de la résidence principale de l'enfant chez le père. La mère affirme que leur fille est bouleversée, ce dont témoignerait le désir que celle-ci exprime aujourd'hui de dormir à ses côtés, et qu'elle quitte un parent pour retrouver l'autre les yeux mouillés de larmes. Le père soutient qu'elle a su bien s'adapter et qu'elle dort volontiers dans son propre lit chez lui. Nul doute que l'enfant aime sa mère, et qu'elle serait heureuse de recommencer à vivre principalement chez elle, mais rien n'indiquait qu'emménager chez son père eût suscité des difficultés liées à ses rapports avec lui ou à la situation vécue chez lui. Les difficultés, s'il en est, semblent attribuables au changement même, ce qui n'était sans doute pas inattendu.

[11] Le fait que la mère a établi, au soutien de la motion, que son appel met sérieusement en question la décision du juge n'indique pas qu'il sera accueilli. Le sort de ce recours demeure à déterminer et, malgré que ce soit une évidence, je ferai remarquer qu'une suspension, puis un rejet de l'appel, signifieraient encore une fois pour l'enfant un changement de résidence principale.

[12] Jusqu'à ce que l'appel ait permis de déterminer si l'ordonnance du juge sera maintenue, l'enfant aura des contacts fréquents et importants avec sa mère, ainsi qu'avec son père. La mère ne m'a pas persuadé qu'accorder une suspension et revenir aux

arrangements de garde antérieurs à la décision du juge du procès (avec l'accès élargi qu'elle a proposé en faveur du père lors de l'audience) serviraient l'intérêt supérieur de l'enfant. Il ne convient pas en l'espèce de suspendre, en attendant l'issue de l'appel, la décision d'un juge ayant entendu une preuve directe considérable en ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme l'a fait observer le juge Drapeau, J.C.N.-B. (tel était alors son titre), dans l'arrêt *M.D. c. G.D.*, [TRADUCTION] « les causes où il sera approprié de suspendre une ordonnance de garde ou d'accès en attendant l'issue de l'appel seront nécessairement rares. La raison en est que le juge statuant sur la demande en vertu de la règle 62.26(3) aura invariablement affaire à une décision judiciaire relativement récente où il aura été conclu que l'ordonnance d'accès ou de garde en question sert l'intérêt supérieur de l'enfant » (par. 7).

[13] Ces motifs sont ceux pour lesquels j'ai rejeté la motion présentée en vue d'obtenir une suspension en attendant l'issue de l'appel.

[14] Une fois ma décision rendue, il a été question de l'accès supplémentaire ordonné en faveur de la mère par le juge saisi de la requête. Le père a indiqué qu'il acquiesçait à cet accès, que la mère pourrait exercer : (1) les vendredis précédant les fins de semaine que l'enfant passerait avec lui, de la fin de la maternelle jusqu'à 19 h; (2) les lundis qui suivraient les fins de semaine que l'enfant passerait avec lui, de la maternelle jusqu'à 19 h. La mère a signifié son accord. Vu les craintes qu'elle avait exprimées à propos du temps qui séparait les visites, cet aboutissement était le bienvenu : l'enfant ne verra pas s'écouler plus de deux jours sans passer du temps avec sa mère. En outre, eu égard aux circonstances, l'accès supplémentaire convenu valait mieux que des ententes ponctuelles sur l'accès supplémentaire, tel que l'avait ordonné le juge saisi de la requête.