

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

12-19-CA

L.A.A.

L.A.A.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

W.J.V.

W.J.V.

RESPONDENT

INTIMÉ

L.A.A. v. W.J.V., 2020 NBCA 1

L.A.A. c. W.J.V., 2020 NBCA 1

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LaVigne
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LaVigne
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
January 21, 2019

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 21 janvier 2019

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 241

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 241

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
September 30 and October 7, 2019

Appel entendu :
le 30 septembre et le 7 octobre 2019

Judgment rendered:
January 9, 2020

Jugement rendu :
le 9 janvier 2020

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Terence Richard Connelly

Pour l'appelante :
Terence Richard Connelly

For the respondent:
Janik Collette

Pour l'intimé :
Janik Collette

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$2,000.

L'appel est rejeté avec dépens qui sont fixés à
2 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] The mother, L.A.A., appeals a decision of the Court of Queen’s Bench, made under the *Family Services Act*, S.N.B., 1980, c. F-2.2. She alleges the trial judge made errors in his application of the “best interests of the child” test. These errors resulted in the transfer of the primary care of the parties’ daughter from her, the psychological parent, to the father. She further submits the judge did not provide sufficient reasons when doing so.

II. Facts and Procedural Background

[2] The parents had a relatively brief relationship that resulted in the birth of their daughter in 2013. Both parents have different views of their relationship since the child’s birth. The father says he commenced providing care to the child immediately after her birth as the mother was incapable of doing so. The mother disagrees with this. Regardless, both parties agreed the father spent a considerable amount of time with the child until the summer of 2014, when the mother became less willing to provide access. At one point, she refused access for 56 days until the father signed a custody/access document respecting future access, drafted by the mother’s former lawyer. Both parties testified about their acrimonious relationship and the many situations which led to conflict. As a result, although the father did execute the agreement in February 2015, he subsequently filed a Notice of Application requesting the following custody and access:

- (1) Joint custody, with the mother having primary care and the father having access at reasonable times with reasonable notice and overnight visits through the week and on weekends;

- (2) In the alternative, joint custody with a shared parenting arrangement (week on/week off)
- (3) In the event the father was awarded primary care, support be paid by the mother. In the event a shared parenting arrangement was granted, the parent with the higher income would pay child support on an offset basis under the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175;
- (4) Each party would pay their proportionate share of special expenses for the child; [...].

[3] The mother responded, requesting that she be granted sole custody, the father be given reasonable interim access at all reasonable times with reasonable notice on the condition there be no overnight access, that access be facilitated by a third party, and there be a parenting capacity assessment of both parties. On February 23, 2017, the father filed an Amended Notice of Application requesting joint custody with specific overnight access, alternate weekends and a sharing of holidays. In the alternative, the father requested joint custody with a shared parenting arrangement, week on/week off, or four days the first week and three days the second week and the opposite for the mother. The application also requested support relief including clarification concerning the choosing and paying for extra-curricular activities.

[4] In April 2015, a judge of the Court of Queen's Bench issued two separate interim orders: the first stated the parties had joint legal custody, but that the mother maintained primary care of the child. The parties were required to consult on major issues. The father was granted some unsupervised access. Finally, the mother was to add the father's name to the child's birth certificate, and he was to have direct access to the child's educational and medical professionals. The second interim order dealt with child support and expenses.

[5] Unfortunately, this did not end the conflict. The trial judge wrote:

The parties acknowledge that they implemented changes to Justice Wooder's interim order. They had no legal

assistance in drafting a consent order, there were no signed documents. Each party had a different interpretation of what was agreed. The longer they left the case in limbo, the greater the disparity was between them and the more convinced each party was in her/his position.

Examples include the dispute about a variation of the Christmas access period to permit Ms. A. to take [the child] to British Columbia. Mr. V. thought he was being asked to surrender his Christmas access time in exchange for an equal amount of time in January. Ms. A. did not agree and, when the third party made a decision that Mr. V. considered biased against him, the consequences were far more substantial than they would have been if there had been a full discussion of the terms before the trip took place.

There would have been no dispute about access time on [the child]'s birthday in 2017 if proper terms had been incorporated in an order penned in advance. Similarly, if the collateral issues that Mr. V. demanded to speak with Ms. A. about had been resolved between the lawyers or by the Court, there would have been no need for Mr. V. to demand time to talk with Ms. A. at the exchanges. If the parties had dealt with the request for a Parenting Capacity Assessment in 2015, its reappearance in 2018 would not have required that the Court intervene in 2018.

Of even greater moment, had this matter been brought forward in 2015 or 2016, there would have been no amended application with the significant variation in Mr. V.'s position. It is worth noting that the original application Mr. V. filed sought joint custody with Ms. A. to be the primary parent and Mr. V. to have reasonable access. Two years after the application was filed, his amended application varied his claim. Thereafter, his focus was upon having shared custody or, in the alternative, that he have primary care. [paras. 271-274]

[6] The trial judge further addressed the subject of delay in the decision:

The issues before this Court have been compounded by the 29-month delay between Ms. A.'s decision to become a self-represented individual and Mr. V.'s decision to file the Trial Record in this case. A significant amount of the

testimony that the Court heard arose as a direct result of this litigation gap. Had the case proceeded with a settlement conference and/or a trial in 2015 or 2016, there might well have been significantly less animosity, and there might have been a more amicable resolution. [para. 270]

[7] In the end, the trial judge ordered the following regarding custody and access:

1. The parties shall have joint custody of the child. The [father] shall have the primary care of [the child], born on [...] 2013 and shall have her in his care and custody for all times except the following when she shall be in the care and custody of the [mother].
 - a. Alternate weekends commencing on Friday afternoon at 5:00 p.m. and continuing until Monday morning when the [mother] will deliver [the child] to school or to the appropriate day care location. If Monday is scheduled to be a day in which students are not required to be in school, the [mother]'s access may be extended until Monday afternoon at 5:00 p.m.; and
 - b. Every Wednesday from the end of school until Thursday morning when she must return [the child] to school. If [the child] is not required to be in school on the Wednesday, other than for holidays, the [mother] may exercise her access from 12:00 p.m. until Thursday morning when the [mother] shall return the [child] to school. If there is no school on the Thursday then the [mother] shall have [the child] in her care until Thursday at 5:00 p.m.

The trial judge also dealt with holidays, summer access, and a parallel parenting regime in the order.

III. Grounds of Appeal

[8] The mother submits the trial judge erred:

- a) in his application of the best interests of the child test by giving insufficient weight to the fact that the mother had been the child's psychological parent and primary caregiver;
- b) in law by giving insufficient reasons for transferring the primary care of the child from the mother, who was considered to be the child's psychological parent, to the father;
- c) in his application of the best interests of the child test by overemphasizing the importance of the father's access to the child to the exclusion of other relevant factors;
- d) in his application of the best interests of the child test by underemphasizing the importance of the father's living situation.

IV. Standard of Review

[9] It is clear from the jurisprudence of this Court that the standard of review in family law cases allows us to intervene only where there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence or an error of law.

V. Analysis

A. *Psychological parent*

[10] The mother submits the trial judge erred in his application of the best interests of the child test by giving insufficient weight to the fact the mother had been the child's psychological parent and primary caregiver. The father conceded the mother is the psychological parent and the trial judge recognized that she was. In my view, the real issue is whether the trial judge considered this when weighing the factors. A review of the record indicates he did. The trial judge considered the impact of changing primary

care of the child from the mother to the father and, despite finding there would be some disruption to the child's life, he held it would not be a long adjustment period because she will continue to transfer between her parents (paras. 291 and 320).

[11] In *A.G. v. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] N.B.J. No. 274 (QL), a Custody and Access Agreement was in place which established joint custody with primary care to the mother and reasonable access to the father. At trial, this changed. The father was granted sole custody and primary care and the mother was granted access. The mother appealed on the basis the trial judge erred in failing to consider that she had been the psychological parent. In dismissing the appeal, Larlee J.A. wrote:

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).

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.

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.

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. [paras. 8-11]

For a more recent review of custody and psychological parents see *N.A.T. v. S.A.T.*, 2019 NBCA 87, [2019] N.B.J. No. 368 (QL).

[12] In my opinion, the trial judge did indeed consider the fact that the mother was the psychological parent but, notwithstanding, the child’s access to her father was in jeopardy (para. 289), the only way to provide the child the maximum amount of time possible with her father was to ensure he had the power to regulate the access arrangement (para. 290) in the best interests of this child. This is consistent with the overall philosophy that children should spend as much time as they can with both parents, provided it is in their best interests. I would not interfere with this determination.

B. *Insufficient reasons*

[13] The mother submits the trial judge erred in law by giving insufficient reasons for transferring the primary care of the child to the father. The mother does acknowledge the judge provided reasons “why he transferred the primary care of the child [...]” However, she submits the reasons “do not explain why they outweighed preserving and protecting the relationship between the child and her psychological parent [...]” I do not agree. The trial judge was clearly alive to the fact that the mother was the psychological parent of the child, yet, after undertaking an analysis of the best interests of the child under s. 1 of the *Family Services Act* and the factors set out in *Shaw v. Shaw* (1997), 189 N.B.R. (2d) 84, [1997] N.B.J. No. 211 (Q.B.) (QL), he concluded the mother being the psychological parent did not override the other factors he was mandated to consider. In *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, Larlee J.A. writes:

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 *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]

[Emphasis added]

See also *T.M.D. v. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] N.B.J. No. 44 (QL). Applying this reasoning, I would dismiss this ground of appeal.

C. *Overemphasizing the importance of the father's access*

[14] The mother submits the trial judge erred in overemphasizing the importance of the father's access (really the child's access to the father) to the exclusion of other relevant factors. The trial judge set out the definition of the best interests of the

child as defined in the *Act*. Although not necessary, the judge utilized the additional factors outlined in *Shaw* in his analysis. The judge reviewed the procedural background of the case before him, considered the various custody arrangements that had been in place (ordered or otherwise), discussed the maximum contact principle and considered what was in the child's best interest. As noted, the trial judge found that the only way to provide the child with as much time with her father as was commensurate with her best interests, was to ensure he had the power to regulate the access arrangement. In the end, he decided a change respecting primary care was required. A review of the decision indicates the judge did not place any improper weight on certain factors to the detriment of others, nor did he overemphasize the importance of the child's access to her father. It is apparent the trial judge weighed and balanced the factors that were relevant to the case before him. In *M.L.B. v. W.R.P.*, 2019 NBCA 63, [2019] N.B.J. No. 211 (QL), LeBlond J.A. stated:

The case law confirms that the open-ended best interests assessment required by *Gordon* generates results which, in some instances, may appear to conflict from case to case. But that is the reality courts must accept in dealing with the human experience of marital breakup where children are involved. Every case must be dealt with on its own merits and very few, if any, cases will present with sufficient common features to be of unfettered precedential value. This is why, as indicated above in the discussion on the standard of review, appellate courts are required to show substantial deference to trial/motion judges and resist sacrificing deference on the altar of predictability, precedents and trends.

[...]

There are conflicting jurisprudential views as to the weight some of the *Gordon* best interests factors should be given. In my view, these conflicting views stem, at least in part, from a failure to show deference where it is required. The *Gordon* approach is sufficiently contextual to give lower courts the flexibility they need to apply the factors as they see fit within a context of inherently difficult circumstances. Rogers J., in *S.L.C. v. K.G.C.*, 2010 BCSC 349, [2010] B.C.J. No. 476 (QL), observed that judges are called upon to make "educated predictions" as to the best

interests of children. Unless the result is clearly wrong, it should not be disturbed on appeal.

[...]

That said, I see nothing wrong with the manner in which the judge dealt with the views of the child[’s] evidence in this case. Any argument about an alleged failure to properly analyze a factor or a scenario does not necessarily give rise to a reversible error (*Olfert v. Olfert*, 2013 SKCA 89, [2013] S.J. No. 503 (QL)). The judge properly assessed the best interests factors in this case from a child-centric approach with full consideration to each parent’s ability to meet their daughter’s needs in the context of her relationship with each of the parents, her connection to her school, her community, her peers and her extended family. I see no reason to interfere with the ultimate decision of the judge to deny the wife’s motion. [paras. 41, 46, 48]

[15] Although *M.L.B.* is a mobility case, the analysis to be undertaken to determine the best interests of the child is the same. In my view the trial judge identified the proper analysis, applied the proper jurisprudence and properly exercised his discretion. I would not interfere with his assessment.

D. *Father’s living situation*

[16] The mother submits the trial judge erred in his application of the best interests of the child test by underemphasizing the importance of the father’s living situation at the time of the trial. She says the trial judge stated the father did not have enough room for the child to reside with him, his partner and her child, at the time of the hearing. A review of the trial judge’s best interests analysis reveals he did take the father’s living situation into consideration when he said, “[a] less serious factor under this heading is [the father]’s residence. The evidence establishes that his situation has not yet become permanent. [...] The couple are waiting until this hearing has been completed to find a larger, and more suitable home” (para. 285). The trial judge also stated, “both parents [can] offer [the child] life in a stable environment” (para. 301), and, “[the father] is equally capable of providing [the child] the support and stability she needs in a family

environment” (para. 301). Evidence of the father’s previous living arrangements was before the trial judge and he weighed this information with the other factors. I am unable to interfere with this determination unless the judge has made a material error. In my view, he did not.

VI. Conclusion

[17] In my view, the trial judge undertook the proper analysis, applied the appropriate jurisprudence, and applied the proper test to determine the best interests of the child. With respect to the mother’s contention the judge placed too much emphasis on certain factors while not enough on others, that alone does not alter the standard of review. Applying the appropriate standard of review, I find no error justifying appellate intervention.

VII. Disposition

[18] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal with costs of \$2,000.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] La mère, L.A.A., interjette appel d'une décision rendue par la Cour du Banc de la Reine sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. Elle prétend que le juge du procès a commis des erreurs dans son application du critère de l'« intérêt supérieur de l'enfant ». En raison de ces erreurs, la mère et parent psychologique de la fille des parties a dû céder au père son rôle de pourvoyeuse principale de soins à l'enfant. Elle soutient en outre que le juge n'a pas motivé suffisamment sa décision d'ordonner ce transfert du rôle de pourvoyeur principal de soins.

II. Contexte factuel et procédural

[2] Les parents ont entretenu une relation assez brève, mais une fille est née de cette relation en 2013. Les deux parents ont une perspective assez différente de leur relation depuis la naissance de l'enfant. Le père dit que, dès la naissance de l'enfant, il a commencé tout de suite à en prendre soin, puisque la mère était incapable de le faire. La mère n'est pas de cet avis. Quoi qu'il en soit, les deux parties s'entendent sur le fait que le père passait beaucoup de temps avec l'enfant, et ce, jusqu'à l'été 2014, lorsque la mère s'est montrée plus réticente à lui accorder l'accès auprès de l'enfant. À un moment donné, elle lui a refusé l'accès pendant 56 jours, acceptant uniquement qu'il puisse l'exercer à nouveau lorsqu'il aurait signé un document portant sur la garde et l'accès qui fixait les dispositions en matière d'accès futur et qui avait été rédigé par l'ancien avocat de la mère. Les deux parties ont témoigné au sujet de leur relation houleuse et des nombreuses situations qui avaient été des sources de conflits. En conséquence, même si le père a effectivement signé l'entente, en février 2015, il a par la suite déposé un avis de requête dans lequel il sollicitait la garde et l'accès selon les conditions suivantes :

- 1) [le père et la mère auront] la garde conjointe de l'enfant, la mère étant la pourvoyeuse principale de soins et le père exerçant un droit d'accès à des périodes raisonnables sur préavis raisonnable, les visites pouvant s'étendre jusqu'au lendemain durant la semaine et les fins de semaine;
- 2) subsidiairement, les parents auront la garde conjointe de l'enfant suivant un arrangement de parentage partagé (une semaine sur deux);
- 3) si le père est pourvoyeur principal de soins, la mère paiera une prestation alimentaire pour enfant; si un arrangement de parentage partagé est approuvé, le parent dont le revenu est le plus élevé paierait une prestation alimentaire pour enfant sur une base compensatoire en application des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175;
- 4) chaque partie paierait sa part proportionnelle des dépenses spéciales au profit de l'enfant; [...]

[3] Dans sa réponse, la mère a demandé que la Cour lui accorde la garde exclusive de l'enfant, qu'elle accorde au père, sur une base provisoire, un droit d'accès raisonnable qu'il pouvait exercer à tout moment raisonnable sur préavis raisonnable, à la condition que les visites ne se prolongent pas jusqu'au lendemain, que l'accès se fasse par l'intermédiaire d'une tierce partie et que les deux parties se soumettent à une évaluation de la capacité de parentage. Le 23 février 2017, le père a déposé un avis de requête modifié dans lequel il sollicitait la garde conjointe, en précisant que l'accès devait couvrir les nuits, l'accès toutes les deux fins de semaine et l'accès partagé durant les jours fériés. Subsidiairement, le père demandait la garde conjointe avec arrangement de parentage partagé, une semaine sur deux, ou quatre jours la première semaine et trois jours la deuxième semaine, et vice versa pour la mère. Le père demandait également une prestation alimentaire et des précisions sur le choix et le paiement des activités parascolaires.

[4] En avril 2015, une juge de la Cour du Banc de la Reine a rendu deux ordonnances provisoires distinctes. La première portait que les parties avaient la garde juridique conjointe, mais que la mère demeurait pourvoyeuse principale de soins à l'enfant. Les parties devaient se consulter sur les questions importantes. L'ordonnance accordait au père un certain droit d'accès non surveillé. En dernier lieu, la mère devait faire ajouter le nom du père sur le certificat de naissance de l'enfant et le père devait avoir accès direct aux professionnels de la santé et de l'éducation appelés à intervenir auprès de l'enfant. La deuxième ordonnance de mesures provisoires portait sur le paiement d'une prestation alimentaire et de dépenses au profit de l'enfant.

[5] Malheureusement, ces mesures n'ont pas mis fin au conflit. Le juge du procès a dit :

[TRADUCTION] Les parties ont reconnu avoir apporté des changements à l'ordonnance de mesures provisoires rendue par la juge Wooder. Elles n'ont pas reçu l'aide d'un conseiller juridique pour rédiger une ordonnance par consentement et elles n'ont signé aucun document. Chaque partie avait une interprétation différente de l'entente convenue. Plus l'affaire demeurait en suspens, plus s'étendait le gouffre séparant les parties et plus les parties se retranchaient sur leurs positions.

À titre d'exemple, il y a eu le conflit au sujet de la possibilité de modifier la période d'accès durant les Fêtes pour permettre à M^{me} A. d'emmener [l'enfant] en Colombie-Britannique. M. V. pensait qu'on lui demandait de sacrifier sa période d'accès à Noël en échange d'une période d'accès équivalente en janvier. M^{me} A. n'acceptait pas cela et, lorsque la tierce partie a tranché en prenant une décision que M. V. considérait comme étant à son détriment, les conséquences ont été bien plus importantes qu'elles ne l'auraient été si les parties avaient discuté pleinement des conditions avant que le voyage n'ait lieu.

Il n'y aurait pas eu de conflit au sujet de l'accès auprès de [l'enfant] le jour de l'anniversaire de celle-ci, en 2017, si des conditions appropriées avaient été intégrées dans une ordonnance élaborée d'avance. Pareillement, si les questions accessoires que M. V. exigeait d'aborder avec

M^{me} A. avaient été réglées entre les avocats ou par la Cour, il n'aurait pas été nécessaire pour M. V. d'exiger du temps pour discuter avec M^{me} A. lors des échanges. Si les parties s'étaient occupées de la demande d'évaluation de la capacité de parentage en 2015, lorsque la question a refait surface en 2018, il n'aurait pas été nécessaire pour la Cour d'intervenir en 2018.

Plus important encore, si l'affaire avait été instruite en 2015 ou en 2016, la requête modifiée, qui comprend le changement de position important de la part de M. V., n'aurait pas été présentée. Il vaut la peine de mentionner que dans la requête initiale qu'il a déposée, M. V. sollicitait la garde conjointe avec droit d'accès raisonnable, M^{me} A. demeurant la pourvoyeuse principale de soins. Deux ans après le dépôt de cette requête, il l'a modifiée et sollicité autre chose. Par la suite, il a demandé à la Cour de lui accorder la garde partagée ou, subsidiairement, de le désigner parent pourvoyeur principal de soins.

[Par. 271 à 274]

[6] Le juge du procès a fait d'autres commentaires sur le retard accusé avant de rendre décision :

[TRADUCTION] Les questions dont notre Cour est saisie sont compliquées par le fait qu'une période de 29 mois s'est écoulée entre la décision de M^{me} A. de se représenter elle-même et la décision de M. V. de déposer le dossier d'instruction en l'espèce. Une bonne partie de la preuve que la Cour a entendue était le direct résultat de cette interruption dans l'acheminement du litige. S'il y avait eu une conférence de règlement amiable et (ou) un procès en 2015 ou en 2016, on aurait peut-être pu réduire de beaucoup toute cette animosité et parvenir à une solution plus amiable. [Par. 270]

[7] Au bout du compte, le juge du procès a rendu l'ordonnance suivante concernant la garde et l'accès [TRADUCTION] :

1. Les parties auront la garde conjointe de l'enfant. [Le père] est désigné parent pourvoyeur principal de soins pour [l'enfant], née le [...] 2013, et il en aura la charge et la garde en tout temps, sauf pour les périodes décrites

ci-après et durant lesquelles [la mère] en aura la charge et la garde.

- a. Toutes les deux fins de semaine, à partir de 17 h, le vendredi après-midi, jusqu'au lundi matin, à l'heure où [la mère] amènera [l'enfant] à l'école ou à la garderie appropriée. Si le lundi est un jour de congé scolaire, [la mère] pourra prolonger sa période d'accès jusqu'au lundi après-midi, à 17 h.
- b. Tous les mercredis, dès la fin de la journée scolaire, jusqu'au jeudi matin, à l'heure où elle doit ramener [l'enfant] à l'école. Si [l'enfant] n'est pas tenue d'aller à l'école un mercredi qui n'est pas un jour férié, [la mère] pourra exercer son droit d'accès à partir de midi ce jour-là jusqu'à l'heure où elle doit ramener [l'enfant] à l'école le jeudi matin. S'il n'y a pas d'école ce jeudi, alors [la mère] aura la charge de [l'enfant] ce jeudi, jusqu'à 17 h.

Dans son ordonnance, le juge du procès a également traité des jours fériés, des périodes d'accès pendant les mois d'été et d'un régime de parentage en parallèle.

III. Moyens d'appel

[8] La mère soutient que le juge du procès a commis les erreurs suivantes :

- a. dans son application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'a pas accordé suffisamment de poids au fait que la mère avait été le parent psychologique de l'enfant et sa pourvoyeuse principale de soins;
- b. il a commis une erreur de droit en omettant de motiver suffisamment sa décision de transférer au père le rôle de parent pourvoyeur principal de soins à l'enfant, alors que la mère était considérée comme parent psychologique de l'enfant;

- c. dans son application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, il a trop insisté sur l'importance de l'accès du père auprès de l'enfant, au détriment d'autres facteurs pertinents;
- d. dans son application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'a pas tenu compte suffisamment des conditions de vie du père.

IV. Norme de contrôle

[9] La jurisprudence provenant de notre Cour établit clairement que, s'agissant des décisions en droit de la famille, la norme de contrôle applicable nous permet d'intervenir uniquement si une erreur importante a été commise, s'il y a eu interprétation gravement erronée de la preuve, ou si une erreur de droit a été commise.

V. Analyse

A. *Parent psychologique*

[10] La mère soutient que le juge du procès a commis une erreur dans son application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant en omettant d'accorder suffisamment de poids au fait qu'elle avait été le parent psychologique de l'enfant et sa pourvoyeuse principale de soins. Le père a admis que la mère était le parent psychologique de l'enfant, et le juge du procès en a reconnu autant. À mon avis, la véritable question à trancher est celle de savoir si le juge du procès a tenu compte de ce fait dans son appréciation des facteurs pertinents. Le dossier indique qu'il en a tenu compte. Le juge du procès s'est penché sur les conséquences qu'aurait le fait de transférer de la mère au père le rôle de parent pourvoyeur principal de soins à l'enfant et, même après avoir conclu que la vie de l'enfant serait dans une certaine mesure perturbée, il a jugé que la période d'adaptation ne serait pas longue, puisque l'enfant continuerait d'aller d'un parent à l'autre (par. 291 et 320).

[11] Dans l'arrêt *A.G. c. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] A.N.-B. n° 274 (QL), une entente de garde et d'accès était en vigueur et elle prévoyait un régime de garde conjointe, la mère étant la pourvoyeuse principale de soins et le père ayant un droit d'accès raisonnable. Au procès, les arrangements établis ont changé. Le père a obtenu la garde exclusive et il a été désigné parent pourvoyeur principal de soins; la mère a obtenu un droit d'accès. La mère a interjeté appel en invoquant comme moyen que le juge du procès avait commis une erreur en omettant de prendre en considération sa situation de parent psychologique de l'enfant. La juge d'appel Larlee a rejeté l'appel et fait les observations suivantes :

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° 293 (QL), au par. 18).

Les tribunaux se sont 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.

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.

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. [Par. 8 à 11]

Pour une analyse plus récente du sujet de la garde et des parents psychologiques, voir l'arrêt *N.A.T. c. S.A.T.*, 2019 NBCA 87, [2019] A.N.-B. n° 368 (QL).

[12] À mon avis, le juge du procès a bel et bien tenu compte du fait que la mère était le parent psychologique, toutefois, le droit d'accès de l'enfant auprès de son père était à risque (par. 289) et la seule façon d'assurer à l'enfant le maximum de temps

possible avec son père était de veiller à ce que ce dernier ait le pouvoir de gérer les arrangements d'accès (par. 290) dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Sa décision concorde avec le principe général selon lequel les enfants devraient passer le plus de temps possible avec leur père et leur mère, pourvu que cela soit dans leur intérêt supérieur. Je n'interviendrais pas à l'égard de cette décision.

B. *L'insuffisance des motifs*

[13] La mère soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de motiver suffisamment sa décision de transférer de la mère au père le rôle de parent pourvoyeur principal de soins à l'enfant. La mère a reconnu que le juge a fourni des motifs [TRADUCTION] « pour lesquels [il transférait] le rôle de parent pourvoyeur principal de soins à l'enfant [...] ». Quoi qu'il en soit, elle prétend que ces motifs [TRADUCTION] « n'expliquent pas pourquoi ils ont plus de poids que le besoin de préserver et de protéger la relation entre l'enfant et son parent psychologique [...] ». Je ne suis pas de cet avis. Le juge du procès était manifestement conscient du fait que la mère était le parent psychologique de l'enfant, toutefois, après avoir analysé l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'art. premier de la *Loi sur les services à la famille* et les facteurs énoncés dans la décision *Shaw c. Shaw* (1997), 189 R.N.-B. (2^e) 84, [1997] A.N.-B. n^o 211 (C.B.R.) (QL), il a conclu que le fait que la mère était le parent psychologique ne l'emportait pas sur les autres facteurs dont il devait tenir compte. Dans *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 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 *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]
[Nous soulignons.]

Voir aussi *T.M.D. c. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] A.N.-B. n° 44 (QL). Sur le fondement de ces motifs, je serais d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

C. *Accorder trop d'importance au droit d'accès du père*

[14] La mère soutient que le juge du procès a commis une erreur en accordant trop d'importance à l'accès du père auprès de l'enfant (c'est plutôt l'accès de l'enfant auprès du père) au détriment d'autres facteurs pertinents. Le juge du procès a cité la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans la *Loi*. Même si cela n'était pas nécessaire, le juge a tenu compte aussi dans son analyse des facteurs additionnels énoncés dans *Shaw*. Le juge a passé en revue le contexte procédural de l'affaire dont il était saisi, a examiné les divers arrangements de garde qui avaient été mis en place (par voie d'ordonnance ou autrement), s'est penché sur la règle du contact maximum et sur ce qui constituait l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi qu'il a été mentionné, le juge du procès a conclu que la seule manière de faire en sorte que l'enfant puisse passer avec son père le genre de temps qui soit dans son intérêt supérieur était de veiller à ce que ce dernier soit habilité à gérer les arrangements d'accès. Au bout du compte, il a décidé qu'il fallait transférer au père le rôle de parent pourvoyeur principal de soins. L'exercice de révision de la décision ne montre pas que le juge a accordé trop de poids à certains facteurs au détriment d'autres facteurs, ni qu'il a attaché une importance exagérée à l'accès de l'enfant auprès de son père. Il est évident que le juge du procès a évalué et soupesé les facteurs qui étaient pertinents pour l'affaire dont il était saisi. Dans l'arrêt *M.L.B. c.*

W.R.P., 2019 NBCA 63, [2019] A.N.-B. n° 211 (QL), le juge d'appel LeBlond a dit ce qui suit :

La jurisprudence confirme que l'évaluation ouverte de l'intérêt supérieur que requiert l'arrêt *Gordon* produit des résultats qui peuvent dans certains cas sembler incompatibles d'une affaire à l'autre. Toutefois, c'est la réalité que les tribunaux doivent accepter lorsqu'ils sont confrontés à l'expérience humaine de l'échec d'un mariage en présence d'enfants. Chaque affaire doit être tranchée en fonction des faits qui lui sont propres et bien peu d'affaires, s'il en est, auront suffisamment d'éléments en commun pour avoir une valeur absolue de précédent. Voilà pourquoi, comme je l'ai indiqué ci-dessus dans mon analyse de la norme de contrôle applicable, les cours d'appel sont contraintes à faire preuve d'une grande déférence envers les juges de première instance et les juges saisis de motions et à éviter de sacrifier la déférence sur l'autel de la prévisibilité, des précédents et des tendances.

[...]

Les opinions exprimées dans la jurisprudence divergent quant au poids à accorder aux facteurs afférents à l'intérêt supérieur qui sont énoncés dans l'arrêt *Gordon*. À mon avis, ces opinions divergentes découlent, du moins en partie, du défaut de faire preuve de déférence lorsque la déférence s'impose. La démarche prescrite dans l'arrêt *Gordon* est de nature suffisamment contextuelle pour laisser aux tribunaux inférieurs la latitude dont ils ont besoin pour appliquer les facteurs comme ils le jugent opportun dans un contexte empreint de circonstances en elles-mêmes difficiles. Dans *S.L.C. c. K.G.C.*, 2010 BCSC 349, [2010] B.C.J. No. 476 (QL), le juge Rogers a fait remarquer que les juges sont appelés à faire des [TRADUCTION] « prévisions éclairées » sur l'intérêt supérieur des enfants. À moins que le résultat ne soit manifestement erroné, il ne devrait pas être modifié en appel.

[...]

Cela dit, la façon dont le juge a traité de la preuve afférente à l'opinion de l'enfant en l'espèce n'a rien de répréhensible. Un argument fondé sur le défaut reproché de

bien analyser un facteur ou une situation ne constitue pas nécessairement une erreur justifiant l'infirmité de la décision (*Olfert c. Olfert*, 2013 SKCA 89, [2013] S.J. No. 503 (QL)). En l'espèce, le juge a bien évalué les facteurs afférents à l'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue de l'enfant en tenant pleinement compte de la capacité de chaque parent de répondre aux besoins de sa fille dans le contexte de sa relation avec elle et des liens qu'elle entretient avec son école, son milieu, ses pairs et les membres de sa famille élargie. Je ne vois aucune raison de modifier la décision que le juge a prise en définitive de débouter l'épouse de sa motion. [Par. 41, 46 et 48]

[15] Quoique l'arrêt *M.L.B.* porte sur la liberté d'établissement [la mobilité], l'analyse qui doit être effectuée afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant est la même. À mon avis, le juge du procès a cerné correctement l'analyse qu'il devait effectuer, il a appliqué la jurisprudence appropriée et il a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire. Je n'interviendrais pas dans son appréciation de l'affaire.

D. *Conditions de vie du père*

[16] La mère soutient que le juge du procès a commis une erreur dans son application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant en omettant d'attacher suffisamment d'importance aux conditions de vie du père au moment du procès. Elle affirme que le juge du procès a dit que le père n'avait pas un logement assez grand, à la date de l'audience, pour que l'enfant habite avec lui, sa compagne et l'enfant de celle-ci. L'exercice de révision de l'analyse faite par le juge du procès de l'intérêt supérieur de l'enfant révèle qu'il a bel et bien tenu compte des conditions de vie du père lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « [un] des facteurs moins graves à ce chapitre est la résidence [du père]. La preuve indique que sa situation est encore temporaire. [...] Le couple attend la fin de l'audition de la présente affaire avant de se trouver un logement plus grand et mieux adapté à leurs besoins » (par. 285). Le juge du procès a ajouté : [TRADUCTION] « [L]es deux parents peuvent offrir à [l'enfant] un milieu de vie stable » (par. 301), et [TRADUCTION] « [le père] est tout aussi capable d'assurer à [l'enfant] le soutien et la stabilité dont elle a besoin en milieu familial » (par. 301). Le juge du procès avait devant

lui la preuve des conditions de logement antérieures du père, et il a tenu compte de cette information comme des autres facteurs. Je ne puis intervenir à ce sujet à moins que le juge n'ait commis une erreur importante. Il n'a pas commis d'erreur importante à mon avis.

VI. Conclusion

[17] À mon avis, le juge du procès a effectué l'analyse qui s'imposait, il a appliqué la jurisprudence appropriée et il a appliqué le bon critère pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. S'agissant de l'assertion de la mère selon laquelle le juge a mis trop d'accent sur certains facteurs et pas assez sur d'autres, cela n'a pas pour effet en soi de modifier la norme de contrôle. Si j'applique la norme de contrôle appropriée, je conclus que le juge n'a commis aucune erreur justifiant une intervention en appel.

VII. Dispositif

[18] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens, que je fixerais à 2 000 \$.