COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

100-20-CA

T.B.

APPELLANT

- and -

R.G.

RESPONDENT

T.B. v. R.G. 2021 NBCA 8

CORAM:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
December 23, 2020

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
February 23, 2021

Judgment rendered:
February 23, 2021

Counsel at hearing:

For the appellant:
Jennifer Lynn Hanson

For the respondent:
Tianna L. Gerber

T.B.

APPELANTE

- et -

R.G.

INTIMÉ

T.B. c. R.G., 2021 NBCA 8

CORAM :
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 23 décembre 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 23 février 2021

Jugement rendu :
le 23 février 2021

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Jennifer Lynn Hanson

Pour l'intimé :
Tianna L. Gerber

THE COURT

The appeal is allowed. Reasons will follow.

LA COUR

L'appel est accueilli. Les motifs suivront.

The following is the judgment delivered by

THE COURT
(Orally)

I. Introduction

[1] With leave, the mother appeals an interim decision issued by a motion judge, by which he denied the mother's request that she be allowed to exercise access to the parties' three children in Ontario, while awaiting his decision on an interim motion heard September 3, 2020, to determine the issues of custody and access of the children.

[2] The appeal is allowed. The decision is set aside. Reasons will follow.

II. Proportionality and Rule 62

[3] Rule 62.21(1) of the *Rules of Court* authorizes the Court to make the decision or order that ought to have been made in first instance: see *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, at para. 11, where the Court relied on the proportionality rule and decided the issue itself instead of remitting it to the Court of Queen's Bench. In this case, the Court has at its disposition the evidence adduced in the Court of Queen's Bench and is therefore able to make the determination that should have been made in the first instance.

III. New Order in the Best Interests of the Children

[4] There is no written agreement or order of a court dealing with the custody of the children. However, as per s. 129(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, in such a situation there is a presumption that where a child has more than one parent, the parents jointly have custody of that child. There is nothing on the record that has displaced this presumption. Therefore, we acknowledge that the parties have joint custody of their children, namely, K.M.L.G. (4 years old), R.M.O.G. (3 years old) and C.G.J.G. (almost 1 year old).

[5] Considering the best interests of the children, the following order is issued pursuant to the *Family Services Act*:

Scheduled extended access. The children will be in their father's care, except for the following scheduled access when they will be in their mother's care. The mother may exercise this access in New Brunswick or in Ontario at her residence situated at 113 South Bank Drive, Bracebridge, Ontario. The first access period will be from Saturday, March 6, 2021, at 10 a.m., to Saturday, April 3, 2021, at 7 p.m.; then from Saturday, May 29, 2021, at 10 a.m., to Saturday, June 26, 2021, at 7 p.m., and so on, on a 4-week/8-week/4-week/8-week schedule.

Pandemic restrictions and safeguards. During the contemplated four-week periods of extended access, the children may travel between New Brunswick to the mother's residence in Bracebridge, Ontario, to the extent such travel is permitted by all federal and provincial health restrictions associated with the COVID-19 pandemic. At all times during the extended access visit, the mother shall ensure compliance with applicable and prevailing federal, provincial and/or local public health directives and safety protocols relating to COVID-19, including but not limited to isolation, the wearing of masks, social distancing, and hand-washing.

Travel information to be provided to the father. At least 24 hours before the beginning of each extended access visit, the mother shall provide the father with information concerning her plans for transporting the children from New Brunswick to Ontario (including the specific routes to be used) as well as her plans for the children's return trip from her residence in Ontario to the father's residence in New Brunswick at the end of the visit. The children are not to travel outside Canada.

Return of the children to the father's residence. The mother will be responsible for picking up the children at the father's residence at the beginning of the access

visits and shall return the children to the father's residence in New Brunswick at or before the end of each scheduled access. In the event the mother cannot exercise any scheduled access visit, or part thereof, with the children, she shall make all reasonable efforts to provide the father with a minimum 48 hours of notice in that regard.

Transfer of children's belongings: The children's car seats, Medicare cards, medications, favourite toys and suitable clothing are to be transported with the children.

Cost of travel: The mother alone shall be responsible for the costs associated with the children travelling between New Brunswick and Ontario, and the making of all associated travel arrangements.

Daily electronic/video access: While the children are in the care of one parent, the other parent is entitled to a minimum of 20 minutes of daily uninterrupted electronic/video access to take place at 6 p.m. local time, based on the children's residence at the time, and will continue for as long as the children are engaged in the conversation with the other party. The parent who has the physical care of the children will make the contact with the other parent and will ensure the children's needs are met during the call but will not supervise or control the nature of the call.

Medical information. Each parent shall immediately inform the other of any medical issues affecting the children that require treatment, including details of the problem, the place where the children are being treated, the name of the physician, and any other pertinent information concerning the medical issue.

Duration of this Order: This order will remain in force until the pending decision on the interim motion heard on September 3, 2020, is rendered.

Variation: The access provisions of this order can be varied by mutual written consent of the parties. In the event of a material change of circumstances, either party may on motion apply to the Court of Queen's Bench, Family Division, for a variation, in which case that Court will apply the governing legal principles and determine the motion as if this order had been an interim order of the Court of Queen's Bench.

[6] Considering the nature and effect of this decision, we direct, in accordance with s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B 2002, c. O-0.5, that this decision be published in the first instance in English and, thereafter, at the earliest possible time, in French.

Version française de la décision rendue par

LA COUR
(Oralement)

I. Introduction

[1] Sur autorisation, la mère fait appel d'une décision provisoire rendue par le juge saisi de la motion, dans laquelle ce dernier rejette la demande de la mère d'exercer en Ontario ses droits d'accès à l'égard des trois enfants des parties, jusqu'à ce qu'il rende sa décision sur une motion provisoire dont l'audition a eu lieu le 3 septembre 2020 sur les questions de garde des enfants et d'accès.

[2] L'appel est accueilli. La décision est annulée. Les motifs suivront.

II. Proportionnalité et règle 62

[3] Selon la règle 62.21(1) des *Règles de procédure*, la Cour est autorisée à rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue en première instance : voir *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2e) 388, au par. 11, où la Cour a invoqué la règle de la proportionnalité et tranché elle-même la question en litige plutôt que de la renvoyer à la Cour du Banc de la Reine. En l'espèce, la Cour dispose de la preuve qui a été produite devant la Cour du Banc de la Reine et est donc en mesure de rendre la décision qui aurait dû être rendue en première instance.

III. Nouvelle ordonnance dans l'intérêt supérieur des enfants

[4] Il n'existe aucune convention écrite ni aucune ordonnance judiciaire portant sur la garde des enfants. Or, selon le par. 129(1) de la *Loi sur les services à la famille,* L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, dans une telle situation, il existe une présomption selon laquelle la garde d'un enfant qui a plus d'un parent revient conjointement à ces parents. Le dossier ne contient aucun élément qui permet de réfuter cette présomption. Par

conséquent, nous reconnaissons que les parties partagent la garde de leurs enfants, soit K.M.L.G. (4 ans), R.M.O.G. (3 ans) et C.G.J.G. (presque un an).

[5] Compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants, l'ordonnance qui suit est rendue en application de la *Loi sur les services à la famille* :

> **Calendrier des périodes d'accès prolongé.** Les enfants seront à la charge de leur père, à l'exception des périodes d'accès prévues ci-après, lors desquelles les enfants seront à la charge de leur mère. La mère peut exercer ces droits d'accès au Nouveau-Brunswick ou en Ontario à sa résidence dans cette province, sise au 113, promenade South Bank, à Bracebridge. La première période d'accès sera du samedi 6 mars 2021, 10 h, au samedi 3 avril 2021, 19 h, puis du samedi 29 mai 2021, 10 h, au samedi 26 juin 2021, 19 h, et ainsi de suite, suivant un horaire de 4 semaines/8 semaines/4 semaines/8 semaines.
>
> **Restrictions et mesures de sécurité liées à la pandémie.** Durant les périodes d'accès prolongé de quatre semaines, les enfants pourront voyager entre le Nouveau-Brunswick et la résidence de leur mère à Bracebridge, en Ontario, dans la mesure où ces déplacements sont permis par l'ensemble des restrictions sanitaires fédérales et provinciales relatives à la pandémie de la COVID-19. En tout temps au cours de ces visites prolongées, la mère doit se conformer aux directives de la santé publique et aux protocoles en matière de sécurité fédéraux, provinciaux ou locaux en lien avec la COVID-19, notamment en ce qui concerne l'isolement, le port du masque, la distanciation sociale et le lavage des mains.
>
> **Renseignements concernant les déplacements devant être fournis au père.** Au moins 24 heures avant le début de chaque visite prolongée, la mère est tenue d'informer le père de la façon dont elle prévoit de transporter les enfants du Nouveau-Brunswick vers l'Ontario (y compris l'itinéraire précis qu'elle entend suivre) et de la façon dont elle prévoit d'organiser le voyage de retour, de sa résidence en Ontario jusqu'à la résidence du père au Nouveau-Brunswick, à la fin de la visite. Les enfants ne sont pas autorisés à voyager à l'extérieur du Canada.

Retour des enfants à la résidence du père. Il incombe à la mère d'aller chercher les enfants à la résidence du père au début de la période d'accès et de les retourner à la résidence du père au Nouveau-Brunswick au plus tard à la fin de chaque période d'accès prévue. S'il est impossible pour la mère d'exercer ses droits d'accès, en totalité ou en partie, au moment prévu, elle doit déployer des efforts raisonnables pour en aviser le père au moins 48 heures à l'avance.

Transport des effets personnels des enfants. Les enfants doivent voyager avec leurs sièges d'auto, leurs cartes d'assurance-maladie, leurs médicaments, leurs jouets préférés et des vêtements convenables.

Frais de voyage. Les frais associés aux voyages des enfants entre le Nouveau-Brunswick et l'Ontario, ainsi que l'ensemble des préparatifs de voyage qui y sont associés, incombent entièrement à la mère.

Accès électronique ou vidéo quotidien. Lorsque les enfants sont à la charge d'un parent, l'autre parent a droit à un accès électronique ou vidéo non interrompu d'au moins 20 minutes par jour, lequel aura lieu à 18 h, heure locale, selon l'endroit où se trouvent les enfants à ce moment. Cet accès se poursuivra tant que les enfants participent à la conversation avec l'autre partie. Le parent qui a la charge physique des enfants établit la communication et s'assure que les besoins des enfants sont satisfaits pendant l'appel, mais il ne peut superviser ou diriger la nature de l'appel.

Renseignements médicaux. Chaque parent informe l'autre immédiatement en cas de problème d'ordre médical exigeant un traitement qui touche les enfants; il lui fournit notamment des détails sur la situation et l'informe de l'endroit où les enfants sont soignés, du nom du médecin et de tout autre renseignement pertinent au sujet du problème en question.

Période de validité de la présente ordonnance. La présente ordonnance demeure en vigueur jusqu'à ce que soit rendue la décision sur la motion provisoire dont l'audition a eu lieu le 3 septembre 2020.

Modifications. Les dispositions de la présente ordonnance portant sur l'accès peuvent être modifiées sur consentement écrit des parties. En cas de changement de situation important, l'une ou l'autre partie peut s'adresser à la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine par voie de motion en modification, auquel cas la Cour appliquera les principes de droit en vigueur et statuera sur cette motion comme si la présente ordonnance était une ordonnance provisoire rendue par la Cour du Banc de la Reine.

[6] Compte tenu de la nature et de l'effet de la présente décision, nous ordonnons, en application du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, qu'elle soit publiée d'abord en anglais puis, dans les meilleurs délais, en français.