

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

35-21-CA

T.B.

T.B.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

R.G.

R.G.

RESPONDENT

INTIMÉ

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice Baird

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge Baird

Date of hearing:
April 20, 2021

Date de l'audience :
le 20 avril 2021

Date of decision:
May 12, 2021

Date de la décision :
le 12 mai 2021

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Jennifer Lynn Hanson
Peter Short

Pour l'appelante :
Jennifer Lynn Hanson
Peter Short

For the respondent:
Ferne M. Ashford
Tianna Gerber

Pour l'intimé :
Ferne M. Ashford
Tianna Gerber

Decision

I. Introduction

[1] This is a motion for leave to appeal an interlocutory decision that granted the primary care of three young children to the father, with access to the mother, who is now residing in the Province of Ontario. There have been several interim orders in respect of these proceedings; however, my focus will be on the ones that are pertinent to the motion for leave.

[2] As background, the father's initial application for the custody of three biological children aged four, three and one was triggered by the mother's decision to unilaterally move, without notice, to the Province of Ontario. At the time, there were six children in her care, three of whom, aged fifteen, fourteen and eleven, were born of a previous relationship. Following the move, the father was not informed of the children's whereabouts for one month, during which time he successfully obtained an *ex parte* order granting him the interim custody of the three youngest children. In that order, the children were to remain in the Judicial District of Fredericton; however, due to travel restrictions imposed as a result of the pandemic, the children remained in Ontario with their mother until August, when an interim order granted the father the physical custody of them in New Brunswick.

[3] The catalyst for the current proceedings is the motion judge's decision concerning interim custody. The motion was heard on September 3, 2020. Post-hearing briefs were filed in October; however, the decision was not rendered until March 24, 2021. In the interim, the mother filed a motion in which she unsuccessfully sought access and visitation with the children in the Province of Ontario. She was granted leave to appeal that ruling. The Court rendered a decision on February 23, 2021, which granted the children access and visitation with their mother in the Province of Ontario for the period between March 6 to April 3. In the meantime, the judge's decision with respect to the motion was filed, as noted.

[4] In his reasons, the motion judge reviewed the *viva voce* evidence from the father, the mother and the paternal grandmother, and he made findings of credibility. He conducted a best interests of the child analysis and determined the children should remain in the father's care pending a final hearing of his application for custody, which was filed under the *Family Services Act*, S.N.B. 1980 c. F-2.2 (*Act*). In the 173-paragraph decision, the primary parenting of the three children was granted to the father, along with decision-making authority. It is this decision the mother seeks leave to appeal.

II. Analysis

[5] Motions for leave to appeal are filed under Rule 62.03 of the *Rules of Court*. Before granting leave, a judge may consider:

1. Whether there is a conflicting decision by another judge or court on a question involved in the proposed appeal;
2. Whether there is a doubt concerning the correctness of the order or decision in question; and
3. Whether the proposed appeal involves matters of sufficient importance.

[6] Drapeau C.J.N.B., as he then was, concluded in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, that a discretionary order may be interfered with on appeal only if it is founded on an error of law, an error in the application of governing principles, or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (para. 4). See also *D.H. v. R.H.*, [2018] N.B.J. No. 191 (QL) (C.A.).

[7] Successful appeals of interim court orders concerning custody and access are rare. In *D.L.T. v. J.A.M.* (2007), 322 N.B.R. (2d) 383, [2007] N.B.J. No. 347 (QL) (C.A.), Richard J.A., as he then was, explains the reason for this:

The decision that D.L.T. wants to appeal is an interim decision the motion judge designed in order to remedy the situation pending a full hearing into the issue. The following statement from *Rattray v. Legault*, [2003] N.B.R. (2d) Uned. 152, [2003] N.B.J. No. 442 (C.A.), at para. 4, is instructive regarding these types of decisions:

The purpose of an interim order is to cover a short period of time between the making of the order and trial. By necessity, the order is made on limited evidence: usually by affidavit. It is designed to “provide a reasonably acceptable solution to a difficult problem until trial”, to use the words of Zuber, J.A. in *Sypher v. Sypher*, [1986] O.J. No. 536, online: QL (OJ) (Ont. C.A.), adopted by Rice, J.A. of this Court in *Wentzell v. Wentzell*, [1999] N.B.J. No. 25, online: QL (NBJ), which case was in turn relied upon by Robertson, J.A. in *Piercy v. Foreman*, [2003] N.B.J. No. 76, online: QL (NBJ). In the *Sypher* case, Zuber J.A. reasoned that “an appellate court should not interfere with an interim order unless it is demonstrated that the interim order is clearly wrong and exceeds the wide ambit of reasonable solutions that are available on a summary interim proceeding.”

[para. 10]

See also *B.E.B. v. V.R.*, [2017] N.B.J. No. 273 (QL) (C.A.); *A.L. v. M.F.L.*, [2020] N.B.J. No. 173 (QL) (C.A.).

[8] In *W.G. v. K.A.W.*, [2020] N.B.J. No. 182 (QL) (C.A.), the Court wrote: “Intended appellants have a steep hill to climb when they seek leave to appeal interlocutory decisions to which a high degree of deference is accorded (see *Burt v. Boyle* (2011), 382 N.B.R. (2d) 206, [2011] N.B.J. No. 471 (QL))” (C.A.) (para. 5).

[9] In *J.C.P. v. A.D.P.*, [2018] N.B.J. No. 54 (QL) (C.A.), at para.10, Richard J.A., quoting Larlee J.A. in *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, observes: “it is generally unusual for a single judge of this Court to grant leave to appeal from an interim custody and access order (para. 12).”

[10] In this case, the mother asserts the motion judge made material errors of fact and he erred in law when he referred to legislation not in effect. Although I agree the motion judge referred to a section of the *Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23, which is yet to be proclaimed, it is my view this reference did not taint the overall analysis. It is clear the judge appropriately anchored his analysis in the best interests of the children. The mother argues further that the judge erred materially in his review of a Child Protection Services Report, which concerned the child P. This error was not material in my opinion, because the child P. was not the subject of the motion.

[11] The father’s application was filed March 27, 2020. These parties have been before the court below on five occasions, and before this Court on three occasions. I am concerned about delay. It is my opinion the best interests of these children would be served if there were a hearing with a final determination on the merits of the father’s application. Should leave be granted, the parents run the risk of further delay, thus leaving the status of these children in limbo.

[12] In addition, notwithstanding the fact there were errors in the motion judge’s decision, I am not persuaded that it fell outside the ambit of reasonable solutions on an interim basis, nor am I satisfied the criteria of Rule 62.03(4) have been met. In *HB Construction Co. v. Potash Corp. of Saskatchewan Inc. et al.* (2015), 438 N.B.R. (2d) 137, [2015] N.B.J. No. 169 (QL) (C.A.), Richard J.A. concluded the wording of Rule 62.03(4) makes it clear the determination whether, or not, to grant leave to appeal is an exercise of a discretionary power. Even if the mother had persuaded me that one of the criteria was met in this case, a judge has the discretion to deny leave when such an outcome is in the best interests of justice (see *Breen v. MacIntosh*, [2001] N.B.J. No. 226 (QL) (C.A.); *Bransfield (S.) Ltd. v. Fletcher et al.* (2003), 258 N.B.R. (2d) 28, [2003] N.B.J. No. 29

(QL) (C.A.); *Greater Shediac Sewerage Commission v. Petitpas et al.* (2007), 318 N.B.R. (2d) 91, [2007] N.B.J. No. 143 (QL) (C.A.)). This was the result in *J.C.P.* (para. 11), and *Gay et al. v. Regional Health Authority 7 et al.* (2010), 361 N.B.R. (2d) 395, [2010] N.B.J. No. 218 (QL).

[13] In my view, it is in the interests of justice to deny leave to appeal in this case.

III. Disposition

[14] Leave to appeal is denied with costs in the amount of \$750.

Décision

[Version française]

I. Introduction

[1] Je suis saisie d'une motion en autorisation d'appel d'une décision interlocutoire dans laquelle on a accordé la responsabilité principale de trois jeunes enfants au père et des droits d'accès à la mère, qui demeure maintenant en Ontario. De nombreuses ordonnances provisoires ont été rendues dans le cadre de la présente instance; toutefois, je me concentrerai sur celles qui sont pertinentes quant à la motion en autorisation d'appel.

[2] À titre d'information contextuelle, il convient de mentionner que la demande initiale du père en vue d'obtenir la garde de trois enfants biologiques âgés de quatre ans, de trois ans et d'un an découle de la décision unilatérale de la mère de déménager sans préavis en Ontario. À ce moment-là, la mère avait six enfants à sa charge, dont trois, âgés de 15, 14 et 11 ans, étaient nés d'une union antérieure. À la suite du déménagement, le père n'a pas été informé du lieu où se trouvaient les enfants pendant un mois, période pendant laquelle il a réussi à obtenir une ordonnance *ex parte* lui accordant la garde provisoire des trois plus jeunes enfants. Cette ordonnance prévoyait que les enfants devaient demeurer dans la circonscription judiciaire de Fredericton; toutefois, étant donné les restrictions de voyage imposées en raison de la pandémie, les enfants sont demeurés en Ontario avec leur mère jusqu'en août, quand une ordonnance provisoire accordant au père la garde physique des enfants au Nouveau-Brunswick a été rendue.

[3] L'élément déclencheur de la présente instance est la décision du juge saisi de la motion concernant la garde provisoire. La motion a été entendue le 3 septembre 2020. Des mémoires postérieurs à l'audience ont été déposés en octobre; toutefois, la décision n'a pas été rendue avant le 24 mars 2021. Entre-temps, la mère a déposé une motion dans laquelle elle demandait d'exercer en Ontario ses droits d'accès et de visite auprès des enfants; sa demande a été rejetée. Elle a obtenu l'autorisation d'interjeter appel de cette décision. La Cour a rendu une décision le 23 février 2021 dans laquelle elle a accordé aux

enfants un droit d'accès et de visite auprès de leur mère en Ontario pour la période comprise entre le 6 mars et le 3 avril. Entre-temps, la décision du juge sur la motion a été déposée, tel qu'il a été indiqué.

[4] Dans ses motifs, le juge saisi de la motion a examiné les témoignages de vive voix du père, de la mère et de la grand-mère paternelle et a tiré des conclusions sur la crédibilité. Il a effectué une analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant et a conclu que les enfants devraient demeurer à la charge du père jusqu'à l'audition définitive de la demande de garde présentée par le père, demande qui a été déposée sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (la *Loi*). Dans la décision de 173 paragraphes, le juge a désigné le père parent principal des trois enfants et lui a également conféré le pouvoir décisionnel. C'est de cette décision que la mère demande l'autorisation d'interjeter appel.

II. Analyse

[5] Les motions en autorisation d'appel sont déposées en vertu de la règle 62.03 des *Règles de procédure*. Avant d'accorder l'autorisation d'appel, le juge peut prendre en considération :

1. l'existence d'une décision contraire d'un autre juge ou d'un tribunal sur une question soulevée dans le projet d'appel;
2. le bien-fondé de l'ordonnance ou de la décision en question;
3. le fait que le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante.

[6] Dans *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick (tel était alors son titre), a conclu qu'une ordonnance discrétionnaire ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans

l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (par. 4). Voir aussi *D.H. c. R.H.*, [2018] A.N.-B. n° 191 (QL) (C.A.).

[7] Il est rare que soient accueillis les appels interjetés à l'égard d'ordonnances provisoires de garde et d'accès. Le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) en a donné la raison dans *D.L.T. c. J.A.M.* (2007), 322 R.N.-B. (2^e) 383, [2007] A.N.-B. n° 347 (QL) (C.A.) :

La décision que D.L.T. désire porter en appel est une décision provisoire que le juge saisi de la motion a rendue afin de remédier à la situation dans l'attente de l'audition complète de l'affaire. L'énoncé suivant tiré de *Rattray c. Legault*, [2003] R.N.-B. (2^e) Uned. 152; [2003] A.N.-B. n° 442 (C.A.), au par. 4, est instructif en ce qui a trait à ce genre de décision :

[TRADUCTION]

Une ordonnance provisoire vise à couvrir une courte période se situant entre le moment où l'ordonnance est rendue et le procès. Par nécessité, l'ordonnance est rendue sur le fondement d'une preuve limitée, habituellement par affidavit. L'objet de l'ordonnance, pour reprendre les propos du juge Zuber dans la décision *Sypher c. Sypher* (Ont. C.A.), [1986] O.J. No. 536, (C.A. Ont.), est de [TRADUCTION] « fournir, jusqu'au procès, une solution raisonnablement acceptable à un problème difficile ». Ces propos ont aussi été repris par le juge Rice de notre Cour dans l'arrêt *Wentzell c. Wentzell*, [1999] A.N.-B. n° 25 (ANB), sur lequel s'est fondé à son tour le juge Robertson dans l'arrêt *Piercy c. Foreman*, [2003] A.N.-B. n° 76 (ANB). Dans la décision *Sypher*, le juge Zuber a suivi le raisonnement suivant : [TRADUCTION] « [U]n tribunal d'appel ne devrait pas intervenir dans une ordonnance provisoire à moins qu'il ne soit démontré que l'ordonnance provisoire est manifestement erronée et qu'elle dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires amorcées par voie sommaire ».

[par. 10]

Voir aussi *B.E.B. c. V.R.*, [2017] A.N.-B. n° 273 (QL) (C.A.); *A.L. c. M.F.L.*, [2020] A.N.-B. n° 173 (QL) (C.A.).

[8] Dans *W.G. c. K.A.W.*, [2020] A.N.-B. n° 182 (QL) (C.A.), notre Cour a écrit : [TRADUCTION] « L'appelant éventuel a fort à faire lorsqu'il demande l'autorisation de porter en appel une décision interlocutoire commandant un degré élevé de déférence (voir *Burt c. Boyle* (2011), 382 R.N.-B. (2^e) 206, [2011] A.N.-B. n° 471 (QL)) » (C.A.) (par. 5).

[9] Dans *J.C.P. c. A.D.P.*, [2018] A.N.-B. n° 54 (QL) (C.A.), le juge d'appel Richard, citant les propos de la juge d'appel Larlee dans *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2^e) 388, a fait observer ce qui suit au par. 10 : [TRADUCTION] « il est plutôt inhabituel qu'un juge de notre Cour siégeant seul accorde l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance provisoire en matière de garde et d'accès (par. 12). »

[10] En l'espèce, la mère allègue que le juge saisi de la motion a commis des erreurs de fait importantes et qu'il a commis une erreur de droit lorsqu'il a fait référence à des dispositions législatives qui ne sont pas en vigueur. Bien que je convienne que le juge saisi de la motion a fait référence à un article de la *Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, ch. 23, qui n'a pas encore été proclamé, à mon sens, cette référence n'a pas entaché l'analyse globale. Il est clair que le juge a fondé son analyse sur l'intérêt supérieur des enfants, comme il le devait. La mère soutient en outre que le juge a commis une erreur importante dans son examen du rapport des services de protection de l'enfance qui portait sur l'enfant P. À mon avis, cette erreur ne constitue pas une erreur importante parce que l'enfant P. ne faisait pas l'objet de la motion.

[11] La demande du père a été déposée le 27 mars 2020. Les parties ont comparu devant le tribunal d'instance inférieure à cinq reprises et devant notre Cour à trois reprises. La question des délais me préoccupe. J'estime qu'il serait dans l'intérêt supérieur des enfants que soit tenue une audience où serait tranché de façon définitive le bien-fondé de

la demande du père. Si l'autorisation d'appel devait être accordée, les parents risquent de voir le déroulement de l'instance retardé davantage, laissant ainsi le statut des enfants dans une situation incertaine.

[12] En outre, malgré le fait que le juge saisi de la motion a commis des erreurs dans sa décision, je ne suis pas convaincue qu'elle n'appartienne pas à l'éventail des solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires, et je ne suis pas non plus convaincue que les critères énoncés à la règle 62.03(4) aient été remplis. Dans *HB Construction Co. v. Potash Corp. of Saskatchewan Inc. et al.* (2015), 438 R.N.-B. (2^e) 137, [2015] A.N.-B. n^o 169 (QL) (C.A.), le juge d'appel Richard a conclu que le libellé de la règle 62.03(4) indique clairement que la décision d'accueillir ou de rejeter la demande d'autorisation d'appel relève de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Même si la mère avait réussi à me convaincre que l'un des critères avait été rempli en l'espèce, un juge conserve le pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation dans le cas où un tel résultat serait conforme à l'intérêt supérieur de la justice (voir *Breen c. MacIntosh*, [2001] A.N.-B. n^o 226 (QL) (C.A.); *Bransfield (S.) Ltd. c. Fletcher et al.* (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 28, [2003] A.N.-B. n^o 29 (QL) (C.A.); *Greater Shediac Sewerage Commission c. Petitpas et al.* (2007), 318 R.N.-B. (2^e) 91, [2007] A.N.-B. n^o 143 (QL) (C.A.)). Telle a été la décision dans l'arrêt *J.C.P.* (par. 11) et l'arrêt *Gay et al. c. Regional Health Authority 7 et al.* (2010), 361 R.N.-B. (2^e) 395, [2010] A.N.-B. n^o 218 (QL).

[13] À mon avis, il est dans l'intérêt de la justice de rejeter la demande d'autorisation d'appel en l'espèce.

III. Dispositif

[14] La demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens de 750 \$.