

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

140-08-CA

P.R.H.

APPELLANT

- and -

M.E.L.

RESPONDENT

P.R.H. v. M.E.L., 2009 NBCA 18

CORAM:

The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
December 15, 2008

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
March 11, 2009

Judgment rendered:  
April 1, 2009

Reasons delivered:  
April 8, 2009

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Bell

P.R.H.

APPELANT

- et -

M.E.L.

INTIMÉE

P.R.H. c. M.E.L., 2009 NBCA 18

CORAM :

L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 15 décembre 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédure préliminaire ou accessoire :  
s.o.

Appel entendu :  
Le 11 mars 2009

Jugement rendu :  
Le 1<sup>er</sup> avril 2009

Motifs déposés :  
Le 8 avril 2009

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Brenda McMullen Brown

Pour l'appelant :  
Brenda McMullen Brown

For the respondent:  
Marie-Claude Bélanger Richard, Q.C.

Pour l'intimée  
Marie-Claude Bélanger Richard, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed. The trial judge's decision and subsequent order are set aside and a new hearing ordered. Costs are fixed in the amount of \$6,500.

L'appel est accueilli. La décision et l'ordonnance subséquente du juge du procès sont annulées et une nouvelle audition de l'affaire est ordonnée. Les dépens sont fixés à 6 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal by the appellant father, P.R.H., from an unreported trial decision made pursuant to s.17 (1) (b) of the *Divorce Act*, 1985, c. 3 ( 2<sup>nd</sup> Supp), granting the parties joint legal custody of two children of the marriage with the respondent mother, M.E.L., having physical custody of the son, L., in Halifax and the father having physical custody of the daughter, S., in Moncton. The father alleges that the trial judge erred in law: (1) by giving insufficient reasons for his decision; and (2) in his statement of the law and application of the factors relevant to determining the mobility issue, with respect to the custody of the two children. On April 1, 2009 we allowed the appeal, set aside the trial judge's decision and his subsequent order and ordered a new hearing. We stated reasons for this decision would follow in due course. These are our reasons.

II. Background

[2] The parties were married in July of 1993 and separated in May of 2003. They have two children: S. is presently 12 years of age and L. is 9. The parties were divorced by a consent order dated September 13, 2005. It provided that each party share equally the physical custody of the children, with the children alternating households on a weekly basis. The mother has had a relationship over the course of the past several years with a widower, resident in Halifax. He has two children, aged 13 and 16, who reside with him. The father resides and works in Moncton and he is also involved in a permanent relationship, but does not reside with his new partner. She also has a child, who is 11 years of age.

[3] In the summer of 2007, the mother was informed that her position in Moncton was in the process of being eliminated. In January of 2008, she accepted a job

in Halifax, and in March of 2008, she began residing there with her new partner and his two children. Until January of 2009, the mother continued to reside at her home in Moncton during her week of custody of the children, traveling to Halifax for her job, thereby maintaining joint physical custody.

### III. Procedural History

[4] On March 3, 2008, the mother filed a Notice of Motion requesting a variation of the terms of joint custody under the 2005 Divorce Order, and requested that she be allowed to move both children to Halifax. On June 2, 2008, the mother's motion for a "Voice of the Child" assessment was granted. The wishes of the children were summarized in a psychologist's report dated July 26, 2008. S. wished to remain in Moncton, while L. wished to relocate to Halifax with his mother. The mother filed a further interim motion on August 18, 2008, requesting L. move with her to Halifax, or in the alternative, that both children move to Halifax, pending the final hearing on custody. The decision of the Court of Queen's Bench on this interim motion was rendered on October 6, 2008, denying an interim relocation of the children to Halifax, pending the final proceeding. The Interim Order specified the joint custody arrangement would continue, with the provision that if the mother could not maintain the arrangement due to her employment, then the father would have day to day care of the children with the mother having access on the first three weekends of each month, pending final resolution of the custody issue. By consent of the parties the Court also ordered a follow-up "Voice of the Child" assessment "in order to ascertain the views and preferences of the children and to make recommendations on the issue of best interest of the children of the marriage in light of the expression of their views and preferences." As will be discussed later in these reasons, there is a danger in asking the assessor to make a recommendation as to the best interests of the children as opposed to ascertaining their wishes since determining their best interests is a judicial function and is based on many factors, one of which is the children's wishes. That report was filed on December 3, 2008. The psychologist recommended that S. remain in Moncton with her father and that L. move to Halifax with his mother, in keeping with their wishes.

[5] On December 15, 2008, the trial judge acknowledged that it would be in the children's best interests to give an immediate decision. He further noted that the Supreme Court of Canada decision dealing with mobility of parents, *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), requires the court to make an order that it considers to be in the best interests of the children. The judge held that the best evidence was that of the licensed child psychologist, which recommended split physical custody. The judge noted in particular from the psychologist's report L.'s emotional attachment to his mother, and the possibility of regressive and maladaptive behaviour if he were not permitted to move with her. In the result, the trial judge ordered that joint legal custody would be maintained, with the mother having physical custody of L. in Halifax, and the father having physical custody of S. in Moncton. The order further provided that each child would spend one weekend a month with the access parent. By this arrangement, the children would see one another twice a month on alternate weekends and all holidays.

[6] On December 19, 2008, the father filed a Notice of Appeal, and on December 22, 2008, a Notice of Motion for Stay of Proceedings. On January 14, 2009, this Court ordered a stay of the decision of the trial judge, and further ordered that, pending the determination of the appeal, custody and access would be as detailed in the decision of October 6, 2008. This order effectively restored joint physical custody with a schedule of alternating weekly access, with the children residing together in Moncton, subject to the provision mentioned in paragraph 4 that in the event that the mother was unable to comply the father would have day to day care of the children.

#### IV. Grounds of Appeal

[7] The Appellant submits that in the decision of December 15, 2008, the trial judge erred in law in the following respects:

- by failing to apply the test set down by the Supreme Court of Canada in *Gordon v. Goertz* in order to determine the best interests of the child as mandated by section 17 of the *Divorce Act*;

- in misapprehending the evidence, by failing to consider the principle of law that courts will not defer exclusively to the wishes and preferences of a 9-year-old child in determining what is in that child's best interests in custody and relocation matters;
- in misapprehending the evidence, by failing to give sufficient consideration to the principle of law established in Canadian caselaw that only in exceptional circumstances should siblings be separated;
- by failing to render sufficient reasons for the decision and in particular, reasons which are sufficient to permit meaningful review on appeal;
- refusing an adjournment of the matter in order to allow the father to retain an independent expert following receipt of the psychologist's report days before the commencement of trial ; and
- placing an unreasonable time limit restriction on the ability of the father's solicitor to present a closing argument at the trial of this matter.

For the reasons that follow, we allowed the appeal because the trial judge failed to give sufficient reasons for his decision. This failure makes it impossible to determine the extent to which the trial judge considered and applied the factors set out in *Gordon v. Goertz*. Because of this conclusion, it will not be necessary for us to address the other grounds of appeal.

V. Issues and Analysis

A. *The Standard of Review:*

[8] The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 2001 SCC 60. The Supreme Court of Canada set out a standard of considerable deference for the decisions of trial courts in cases of family law. Intervention on appeal requires that there have been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law. A material error is further explained:

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. [para. 15]

[9] Speaking for the Court, Bastarache J. further clarified that “an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion” (para. 15). See this Court’s decisions on the application of the deferential standard: *MacLean v. MacLean* (2004), 274 N.B.R. (2d) 90, [2004] N.B.J. No. 363 (QL), 2004 NBCA 75 at para. 18; *J.P. v. R.R.* (2004), 278 N.B.R. (2d) 351, [2004] N.B.J. No. 467 (QL), 2004 NBCA 98 at para. 27; *Scott v. Scott* (2004), 278 N.B.R. (2d) 61, [2004] N.B.J. No. 468 (QL), 2004 NBCA 99 at para. 32 and *Boudreau v. Brun* (2005), 293 N.B.R. (2d) 126, [2005] N.B.J. No. 501 (QL), 2005 NBCA 106 at para. 5.

B. *Sufficiency of Reasons*

[10] 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.

[11] In *Young v. Young* (2003), 63 O.R. (3d) 112 (C.A.), [2003] O.J. No. 67 (QL), Laskin J.A. cautioned against the use of conclusory reasons in family law cases. He held that the three main rationales for reasoned decisions from *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, [2002] S.C.J. No. 30 (QL), 2002 SCC 26, were also applicable in the family law context. These three rationales are: (1) public confidence in the administration of the justice system; (2) the importance of telling the losing party the reasons for having lost; and (3) making the right of appeal meaningful. The importance of sufficient reasons has similarly been affirmed by this Court of Appeal in *A.M.K.H. v. K.A.M.* (2003), 259 N.B.R. (2d) 291, [2003] N.B.J. No. 171 (QL), 2003 NBCA 33 and *Blanchard v. Légère* [2009] N.B.J. No. 2 (QL), 2009 NBCA 2. See also *Petrowski v. Waskul* (2003), 173 Man.R. (2d) 237, [2003] M.J. No. 151 (QL), 2003 MBCA 65 at para. 13.

[12] 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.

[13] 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.

[14] Because of the brief reasons of the trial judge in this case, the greater part of which consisted of a quotation from the psychologist's assessment, it is not possible to determine the extent to which he considered the factors in *Gordon v. Goertz*, or what weight he may have given to each of these factors in making his decision. The trial judge's analysis is found in the last paragraph of his reasons for judgment:

This Court understands that the problem was triggered by [M.E.L.] moving to Halifax. However, as stated in *Gordon and Goertz*, a Supreme Court of Canada decision, the duty of this Court is to make an order that it considers to be in the best interests of the children. In that regard the best

evidence is the evidence of the licensed child psychologist and the Court will therefore follow her recommendation which is that joint legal custody be maintained with the mother having physical custody of [L.] in Halifax and the father having physical custody of [S.] in Moncton.

While it does not necessarily follow that there was a complete failure on the part of the judge to properly consider and weigh all of the relevant factors, the parsimoniousness nature of his reasons is sufficient to give rise to a reasoned belief as described in *Van de Perre*.

C. *Role for Assessors*

[15] There is no statutory authority under the *Divorce Act* to order an assessment by a child care professional who reports to the court and to counsel. If one is to be ordered, it would have to be done on one of the following possible bases: *parens patriae* jurisdiction of the trial judge or the inherent power of the court to control its own process. In Ontario, it appears that assessment reports are often given less weight in relocation matters than in other types of child-related cases; in fact they have more often than not been ignored. The jurisprudence stresses that an assessment is not necessary where there is no clinical issue requiring expert evidence raised on the facts and no real dispute between the parties with respect to how the children reacted to the family breakdown. A court should not order an assessment simply to obtain an apparently impartial third party's opinion on what is in a child's best interests: see *Stefureak v. Chambers*, [2004] O.J. No. 4253 (S.C.J.) (QL), where the court held that identifying the wishes of a seven year old did not justify an assessment where there were no clinical issues. A judge should only order an assessment, which involves expert opinion evidence, where there is some particular problem or issue that requires expert input (see *Sheikh v. Sheikh*, [2004] O.J. No. 4384 (S.C.J.) (QL)).

[16] Furthermore a court should not delegate its duty to determine what parenting arrangement is in a child's best interests to an assessor: *Johnson v. Cleroux*,

[2002] 156 O.A.C. 197, [2002] O.J. No. 964 (QL); additional reasons at [2002] O.J. No. 981 (C.A.)(QL). See also *Snoddon v. Snoddon*, [2004] O.J. No. 1987 (QL), 2004 ONCJ 39 (C.J.). However, courts typically will give substantial weight to the recommendations of an assessor, but these must be only one factor to consider in the determination. A court may also choose to ignore the recommendations of an assessor, as in *Steeves v. Robinson* (2005), 278 N.B.R. (2d) 38, [2005] N.B.J. No. 52 (QL), 2005 NBQB 46. In the present case the lawyer for the appellant put it like this: “psychologists do not decide custody issues, judges do”. I agree.

[17]                 Employing an assessor to ascertain the views and preferences of children is just one method that can be used (see *Stefureak v. Chambers*, in which Quinn, J. reviews the following five methods whereby a court may ascertain the views and preferences of a child in the context of determining the child's best interests in custody/access proceedings: (i) hearsay evidence; (ii) in-court testimony; (iii) interviewing child in chambers; (iv) investigation by Children's Lawyer; and (v) court-ordered independent assessment. In that case Quinn, J. determined that a chambers interview was not feasible because he had no training or known skill in interviewing children).

D.         *General Trends in Mobility Cases*

[18]                 The general trend of the jurisprudence since *Gordon v. Goertz* has been to grant approval for a proposed move, so long as it is proposed in good faith and is not intended to frustrate the access parent's relationship with the child. However, the relocating parent must generally also be willing to accommodate the interests of both the child and the access parent. This will generally require a restructuring of access, with the relocating parent possibly incurring the increased costs of access in the new arrangement, sometimes by way of an alteration of the child support obligations. However, this general trend is most evident in cases where there is a clear primary caregiver for the child or children. A proposed move is less likely to be approved where caregiving and physical custody have been equally shared between parents. Furthermore, no such trend is evident

in cases where the proposed move would result in a separation of siblings who have, prior to that point, lived together. The court-imposed separation of siblings remains exceptional.

E. *Appellate Intervention*

[19] As outlined in *Van de Perre*, for an appellate court to reverse or otherwise intervene in a trial decision requires a finding of a material error on the part of the trial judge. Such a material error may be found where there has been a misapprehension of evidence, an error in law, or where a conclusion has been reached that is so perverse on the evidence so as to exceed reasonable disagreement. Additionally, the importance of finality in custody decisions goes directly to the best interests of the child, and therefore an order of this nature should not be lightly overturned. Decisions on custody often turn largely on issues of credibility, which of course are best determined by the trial judge.

[20] This is not to say, however, that in the interests of finality an appellate court should decline to intervene in any and all custody decisions. Both parties agreed that if this Court is convinced that the decision should be set aside for insufficiency of reasons then we should assess the evidence and decide the issue of custody based on the best interests of the children.

[21] In *Young v. Young*, Laskin J.A. commented that the “conclusory reasons” of the trial judge were not sufficient to ensure the best interests of the child were sufficiently considered. The Court found that there had been a misapprehension of the evidence by the trial judge in treating the father as an access parent, and failing to appreciate the true co-parenting arrangement. The court also noted a failure on the part of the trial judge to even refer to the expert assessment. In the result, a new trial was ordered.

[22] In *Handspiker v. Rafuse* (2001), 190 N.S.R. (2d) 64, [2001] N.S.J. No. 1 (QL), 2001 NSCA 1, the father had been granted primary care of the child at trial when

the mother sought to move for employment reasons. On appeal, the Court held that the judge had erred in deciding the case by failing to address the factors from *Gordon v. Goertz*, in particular by failing to even mention the disruption the child would suffer in being separated from the mother, who had been the primary caregiver, and from her siblings. Rather than reverse the judge's decision, which had by then been in place for nine months, the court remitted the matter to the Family Court for a rehearing before a different judge to decide on the correct legal principles.

[23] In *A.M.K.H. v. K.A.M.*, this Court found the motions judge had focused on the maximum contact principle and the lack of access to the child by the father, to the extent that he ignored other important considerations. In particular, he ignored the potential impact of the disruption of the child's sense of continuity that could result from a change in custody from the mother, the primary caregiver of four years, to the father. This was a fundamental omission, as a failure to address relevant and critical criteria in the determination of the best interests of the child. The Court noted that it could assess the relevant considerations and either affirm, vary, or set aside the order of the motions judge, or that it could order a new hearing. In light of the facts that the mother sought to adduce new evidence, and that nearly eight months had passed since the judge's order, the Court held that the matter would be remitted for a rehearing.

[24] In this case the decision of the trial judge contains reasons which are cursory at best and are conclusory in nature. Very few of the factors identified in *Gordon v. Goertz* are addressed at all. From the reasons, it appears that undue weight and reliance was placed on the psychologist's report: she was an expert witness who was not independent but called at the behest of M.E.L. It also appears that the wishes of the 9 year old child were given undue consideration, without first inquiring as to whether L. truly understood the ramifications of his requests. There was no discussion of the impact of the disruption of continuity that L. would face by being removed from his school and home in Moncton, nor from his father, with whom he spent considerable time and his extended family, including his grandparents. There was no acknowledgement by the trial judge of the fact that the physical custody arrangement in place was a shared one. There was no

consideration of the impact of separating L. from his sister, nor was there any discussion of any exceptional circumstances which would merit such a separation, or of the case law concerning the separation of siblings. Such an exceptional decision should require an extensive analysis, such as was found in *Funk v. Funk*, [2004] B.C.J. No. 2932 (QL), 2004 BCSC 1800. I am of the view that the failure to address these significant criteria amounts to a fundamental omission and a material error and it justifies intervention by this Court.

[25] Whether or not the trial judge arrived at the proper conclusion in spite of these omissions must be determined on the evidence of the case. The questions of precisely which evidence ought to be considered in such an analysis, and by whom it should be considered, are complex.

[26] Judicial opinion appears to differ on whether an appellate court should confine itself to the appropriate result on the facts at the time of trial (on the basis that any change should be dealt with by an application to vary) or should try to ensure that its decision on appeal continues to reflect the best interests of the child. In *Handspiker v. Rafuse*, the Court favoured the latter position. However, since the court had insufficient evidence of the child's current circumstances to decide the issue, it remitted the matter for a rehearing before a different judge. A similar approach was taken by this Court in *A.M.K.H. v. K.A.M.*

[27] On the other hand, the importance of an immediate resolution to the issues, and a restoration of stability will ultimately serve the best interests of the children. As noted by this Court in *A.M.K.H. v. K.A.M.*, a retrial of the matter is not the only course of action available. The benefits of a timely, final decision, regardless of the result, are significant, and may justify a different remedy from the court than a retrial, where the evidence permits.

[28] In *Mackintosh v. Mackintosh* (2005), 192 Man.R. (2d) 173, [2005] M.J. No. 74 (QL), 2005 MBCA 43, the court found that the decision on the child's best

interests should be based on the time of the appeal and not the time of trial. Although the judge at trial had erred in failing to consider the father's expert report in his favour, the child had relocated with the mother based on the decision at trial. The court held that it would not be in the best interests of the child to potentially be required to move back, and the trial judge's order was confirmed in spite of the error. The court, in effect, declined to disturb the new *status quo* which had arisen between the trial and the appeal.

[29] This approach creates the potential for considerable unfairness from the perspective of a parent. A change in a child's caregiver alters the dynamics of a custody case. The longer the new *status quo* continues, the harder it is for the aggrieved party to maintain the importance of the former *status quo* to a child's well-being. This is true even where the new *status quo* may have been established without court sanction, such as by some unilateral move on the part of a parent. There is, of course, a natural tendency to side with the parent whose custody was terminated as a result of the trial judge's error, or by other, less commendable means. However, as the Supreme Court has emphasized, custody decisions must turn on the best interests of the child, and not the interests of the parents. The custody of a child should never become a form of reward or punishment for a parent. The best interests of the child must weigh heavily against the rights of the parties in a consideration of custody. It should be noted, however, that bad faith on the part of a parent is frequently evidence of an unwillingness or inability to keep the best interests of the child in mind, and may be viewed by the courts as an indication that the party will not cooperate in facilitating maximum contact and access. In this way, such behaviour may factor heavily into the consideration of the best interests of the child in determining custody.

F. *Substituting Judgment for that of the Trial Judge*

[30] Rule 62.21(1) allows this Court to render any decision and make any order which ought to have been made. In *Larose v. Larose* (2002), 171 B.C.A.C. 27, [2002] B.C.J. No. 1340 (QL), 2002 BCCA 66, the Court allowed an appeal by the custodial father where the motions judge had denied him permission to move with the children

from Vancouver to Nanaimo. The judge's error was in ruling that the onus was on the father to establish that the move was not for the purpose of undermining the mother's rights. The case is interesting for two reasons. Firstly, the Court of Appeal was willing to hear fresh evidence in the matter which both parties sought to adduce. The parties were in agreement as to the importance of the admission of the fresh evidence. The Court agreed to admit the fresh evidence, as counsel did not object, and because it would be of assistance to the Court in considering the best interests of the children. However, it also noted that the fresh evidence was not determinative of the appeal. Secondly, the Court substituted its own judgment for that of the motions judge. The Court held that, had the chambers judge approached the matter correctly, it "would have been clear" that the disruption to access would be minimal and could be alleviated by expanded summer access. The Court noted the advantages of the move for the children and the relative lack of adverse effect on the relationship with the access parent. The court also referred to the expert evidence that was before the trial judge, and went on to consider evidence of the children's situation since the move which the father had in fact undertaken based on a subsequent interim order, pending appeal. The Court held that in all the circumstances, the father's decision as the custodial parent, that the move would be in the best interests of the children, should prevail. Counsel were invited to agree on terms, but could not, and the court ordered specific terms for custody and access.

[31] The facts in *Larose* are not the same as the case at hand, as there was a clear custodial parent and primary care giver, and there was no question of a separation of siblings. What is of greater significance to the current case is the willingness of the Court of Appeal in *Larose* to substitute its own judgment for that of the motions judge.

[32] In *B.E.K. v. L.R.*, [2005] A.J. No. 294 (QL), 2005 ABCA 124, the chambers judge failed to address the impact of serious behavioural issues on the child on an application to vary custody, and made no findings of fact. The Court allowed the appeal, but returned the matter to the Court of Queen's Bench for a new hearing. The absence of any findings of fact, or of any evidence sufficient for a consideration of the best interests of the child made the rehearing necessary.



[33] In *Mackintosh v. Mackintosh* the Court exercised its discretion to avoid sending a custody matter back for a rehearing. The trial judge had found that it was in the child's best interests to relocate with the mother, largely because the mother had put the child's needs ahead of her own, and because she would ensure contact between the child and the father. However, the judge made no reference to the expert testimony presented by the father, which recommended against the move. The Court held that the trial judge had failed to consider relevant evidence. It also held that on the facts of the case it was appropriate to exercise fresh discretion, as nothing would be gained by referring the matter for a rehearing. However, the Court dismissed the appeal, largely because the child had already moved with the mother, and it was not in his best interests to move him back with his father. The court stated:

In the circumstances of this case, we must focus on the best interests of Troy at this time when exercising our discretion. This is not a situation where it is appropriate to make a decision based on his best interests at the time of trial. We cannot turn back the clock for this 10-year-old boy and make a decision as if he had not moved with his mother to Edmonton. He appears to be doing well in Edmonton. Moving him back to Brandon would be another move to disrupt him again. In my view, Troy's best interests at this time are to remain in Edmonton with his mother. He, of course, needs to continue to have regular contact with his father and to see him as much as possible.

As should be evident, the key factor in this decision is to promote more stability in Troy's life by not requiring him to move again. This decision does not mean that the mother, as the parent with primary care and control, may disrupt Troy's life again by moving at any time, to any place, that she decides. While I hope that this decision has longer term effect, I am aware that it may only afford short term stability, in the event the mother wishes to move again. If that occurs, she must give six months' prior written notice to the father of the intended move. Such notice shall entitle the father, if he chooses, to make a motion to vary the custody order. [paras. 24-25]

The court made use of the findings of fact of the trial judge, as well as new evidence of the child's best interests, to undertake a fresh analysis of the best interests of the child, which in this case produced the same result as that reached by the trial judge through an error in law.

[34] When faced with a decision whether to send a custody matter back for a retrial in *Magnus v. Magnus* (2006), 285 Sask.R. 161, [2006] S.J. No. 510 (QL), 2006 SKCA 88, the Court took a different approach:

When it announced its decision, the Court indicated that it was not unmindful of the cost of another hearing or trial. With this concern in mind, the parties were asked for suggestions as to whether this Court should make an order itself, or whether the matter should be remitted to the Queen's Bench for either another hearing in Chambers or for a pre-trial conference. Submissions were to be made in writing within two weeks. The parties were also advised that, if they were able to arrive at a settlement, that would be acceptable, and would be incorporated, as far as possible, into the court order. [para. 2]

This resulted in a settlement between the parties and a consent judgment, which the Court of Appeal incorporated into its reasons.

[35] The evidence in this case is contradictory and fraught with credibility issues and it is impossible to make use of the findings of fact of the trial judge because there are none. The trial judge separated the siblings without commenting on their relationship. The evidence of the father described the type of activities that L. and S. did together with him: playing board games, reading stories, doing outdoor activities, going to their trailer in summer, going to the beach, playing frisbee, and walking the dog. He testified that S. enjoyed helping L. with his schoolwork while L. liked to show S. things on the computer. Until the time of the move to Halifax L. had never been separated from S. except for a short stay he had in hospital. There is also evidence that both children were upset and crying at the prospect of seeing one another only 2 weekends a month.

We are also left guessing as to the relationship the children have with their extended family and community. It is important to know this background before deciding where the children should live.

[36] In the end one of the most important issues to be decided in this case is whether it is in L.'s best interests to remain with his mother. This issue must be decided by weighing, along with all the criteria set out in *Gordon v. Goertz*, the continuance of full contact with the child's father and sister, his extended family and his community, (maximum contact principle under s. 16(10) of the *Divorce Act*) and whether the circumstances justify the separation of the siblings. As Paperny, J.A. observed in *Spencer v. Spencer* (2005), 371 A.R. 78, [2005] A.J. No. 934 (QL), 2005 ABCA 262, paras. 15-16, a child's best interests are not to be determined by weighing the *status quo* against the change but by weighing the effect of the move on the child's relationship with both parents.

[37] Since the governing consideration is the best interests of the children, the inquiry is heavily fact dependant and the decision is ultimately discretionary. In my view it is preferable for a trial judge to embark on a fresh inquiry by examining the record as it was at trial and evaluating the best interests of the children in light of any new evidence. The guiding principles set out in *Gordon*, which remain applicable in the case before us, are:

[...]

2. [...] the judge [...] must embark on a fresh inquiry into what is in the best interests of the child, having regard to all the relevant circumstances relating to the child's needs and the ability of the respective parents to satisfy them.

[...]

4. The inquiry does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent's views are entitled to great respect and the most serious consideration.

5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interests of the child in the particular circumstances of the case.
6. The focus is on the best interests of the child, not the interest and rights of the parents.
7. More particularly, the judge should consider, inter alia:
  - a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent;
  - b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent;
  - c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents;
  - d) the views of the child;
  - e) the custodial parent's reasons for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;
  - f) the disruption to the child of a change in custody;
  - g) the disruption to the child consequent on removal from family, schools and the community he has come to know. [pages 60-61] [emphasis in original]

[38] Mindful of the jurisprudence, the recommendation by both parties that this Court should make the decision that ought to have been made, the waste of precious time and money in remitting this case to the Court of Queen's Bench, and most particularly the importance of an immediate resolution to the issues because a restoration

of stability will ultimately serve the best interests of the children, I conclude that this Court is not in as good a position as a trial judge would be to determine what is in the best interests of the children. Unfortunately the trial judge did not analyze the evidence within the framework of s. 16 of the *Divorce Act* and the guiding principles set out in the majority judgment of the Supreme Court of Canada in *Gordon v. Goertz*. This Court may have been able to embark on a fresh inquiry if there had been findings of fact by the trial judge which could be taken into consideration in light of the fresh evidence. However, without hearing witnesses, it is impossible to resolve certain credibility issues and to make certain findings of fact that are crucial to the determination of this matter. Moreover, the very brief reasons the trial judge gave for his decision are of no assistance. Thus, it is necessary that we order a new hearing.

G. *Admission of New Evidence in the Family Law Context*

[39] In this case both parties presented motions for further evidence under Rule 62.21(2) as to matters which have occurred after the date of the decision appealed from and they consented to their acceptance after certain portions of affidavits were struck.

[40] Generally, an appellate court will admit fresh evidence only if that evidence was not available at the prior hearing and will be critical to the determination of an issue on appeal (see *Krisko v. Krisko* (2000), 137 O.A.C. 7, [2002] O.J. 3941 (QL), also *Peck v. Peck* (2000), 187 N.S.R. (2d) 193, [2000] N.S.J. No. 323 (QL), 2000 NSCA 114)). An appellate court will normally refuse to hear fresh evidence where the trial judge remains seized of the custody issue and would be in a better position to deal with any new facts (see *Agyekum v. Agyekum*, [2006] O.J. No. 1510 (C.A.)(QL)).

[41] In *Howard v. Howard*, [2000] A.J. No. 577 (QL), 2000 ABCA 143, the Court did not permit “new” evidence which dealt with facts arising between the trial and the appeal. However, the Court permitted counsel to “clarify” the facts as they existed at the time of trial where the new facts undermined the trial judge’s conclusion as described in the reasons. The language of the decision had clearly left room for such an eventuality.

The Court took the new facts into account in an attempt to finalize matters and save the parties additional costs.

[42] In principle, truly “new” evidence should be used on an application to vary, and not on an appeal. “Fresh” evidence might be admitted on an application if it was truly not available previously by due diligence (see *Nykvist v. Nykvist* (2004), 190 Man.R. (2d) 194, [2004] M.J. No. 411 (QL), 2004 MBCA 170, para. 20). This issue was raised before this Court in *A.M.K.H. v. K.A.M.*, and although the Court indicated that the evidence could be admitted, the case was remitted for a rehearing.

[43] In the motion for new evidence presented by the mother, she alleges that since the decision of this Court of January 14, 2009, which ordered a stay of the decision of the trial judge, the child, L., has been very distraught and agitated at the thought of leaving her. He has been examined and followed by a family physician in Nova Scotia who has monitored his condition very closely. She further alleges that L. has refused to go and live with his father in Moncton and that the father has made the decision not to physically take him to Moncton. Since January 12, 2009, L. has continued to attend school in Halifax.

[44] In the motion for new evidence presented by the father, he confirms that since the trial decision in this matter and particularly subsequent to the stay order of January 12, 2009, there have been incidents which have caused additional stress and instability for the children of the parties. He argues the new evidence to be presented is relevant to the appeal and the evidence would allow the Court to make an up-to-date assessment of the circumstances of the child, L., since the stay order was put in place.

[45] Had it been possible to resolve key credibility and factual issues that arose at trial, I would have received this further evidence in order to make a determination of the best interests of the children as of the date of our own decision on the merits. However, since it is not possible to resolve these issues, it is unnecessary to

receive this further evidence. It is evidence that can be considered upon the new hearing of this matter in the Court of Queen's Bench.

VI. Disposition

[46] I would allow the appeal and set aside the trial judge's decision and his subsequent order and order a new hearing. The appellant is entitled to costs on both the appeal and a motion for a stay of execution that Quigg J.A. heard on January 12, 2009. I would fix these costs in the amount of \$6,500.00.

[47] The parties have informed us that four days have been set aside in the Court of Queen's Bench for the hearing of a motion in this matter and, in the event a new trial were ordered, this time could be used toward that end. Considering that it is in the best interests of the children that the question of their custody be resolved as soon as possible, and that further delay may result in an injustice or hardship, I would invoke s. 24(2) of the Official *Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, and direct that this decision be published in the first instance in one official language and, thereafter, at the earliest possible time, in the other official language.

LA JUGE LARLEE

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel qu'interjette le père appelant, P.R.H., d'une décision inédite rendue en première instance conformément à l'al. 17(1)*b* de la *Loi sur le divorce*, 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), qui accorde aux parties la garde conjointe de deux enfants à charge, la mère intimée, M.E.L., ayant la garde physique du fils, L., à Halifax, et le père ayant la garde physique de la fille, S., à Moncton. Le père prétend que le juge du procès a commis une erreur de droit : (1) en ne motivant pas suffisamment sa décision et (2) dans son exposé des règles de droit et son application des facteurs pertinents aux fins de trancher la question de la mobilité, en ce qui concerne la garde des deux enfants. Le 1<sup>er</sup> avril 2009, nous avons accueilli l'appel, annulé la décision et l'ordonnance subséquente du juge du procès et ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Nous avons alors dit que les motifs de cette décision suivraient en temps opportun. Voici nos motifs.

II. Le contexte

[2] Les parties se sont mariées en juillet 1993 et se sont séparées en mai 2003. Elles ont deux enfants. S. est actuellement âgée de douze ans et L., de neuf ans. Les parties ont divorcé au moyen d'une ordonnance par consentement datée du 13 septembre 2005. Cette ordonnance disposait que la garde physique des deux enfants serait partagée également entre les deux parties, les enfants habitant chez l'une puis chez l'autre une semaine sur deux. Il y a maintenant plusieurs années que la mère entretient une relation avec un veuf qui habite Halifax. Celui-ci a deux enfants, âgés de treize et seize ans, qui vivent avec lui. Le père habite et travaille à Moncton et il est également engagé dans une relation permanente, mais il n'habite pas avec sa nouvelle compagne. Celle-ci a aussi un enfant qui est âgé de onze ans.



[3] À l'été 2007, la mère a été informée que le poste qu'elle occupait à Moncton était en voie d'être supprimé. En janvier 2008, elle a accepté un emploi à Halifax, et en mars 2008, elle a emménagé avec son nouveau compagnon et les deux enfants de ce dernier dans cette ville. Jusqu'en janvier 2009, la mère a continué à habiter chez elle à Moncton pendant la semaine où elle avait la garde des enfants et elle se rendait à Halifax pour son travail, maintenant ainsi la garde physique conjointe.

### III. Historique des procédures judiciaires

[4] Le 3 mars 2008, la mère a déposé un avis de motion dans lequel elle demandait la modification des conditions de la garde conjointe énoncées dans l'ordonnance de divorce rendue en 2005 et demandait qu'on l'autorise à emmener les deux enfants à Halifax. Le 2 juin 2008, la motion de la mère en vue d'une évaluation dite « voix de l'enfant » a été accueillie. Les volontés des enfants ont été résumées dans le rapport d'une psychologue daté du 26 juillet 2008. S. voulait demeurer à Moncton alors que L. voulait déménager à Halifax avec sa mère. Le 18 août 2008, la mère a déposé une autre motion provisoire dans laquelle elle demandait que L. déménage avec elle à Halifax ou, subsidiairement, que les deux enfants déménagent à Halifax en attendant l'audience finale concernant la garde. La décision de la Cour du Banc de la Reine sur cette motion provisoire a été rendue le 6 octobre 2008 et la Cour y interdisait le déménagement provisoire des enfants à Halifax en attendant l'audience finale. L'ordonnance provisoire précisait que l'entente relative à la garde conjointe restait en vigueur et disposait que si la mère ne pouvait respecter cette entente en raison de son emploi, le père s'occuperait des soins quotidiens des enfants et la mère aurait accès auprès d'eux les trois premières fins de semaine de chaque mois jusqu'à ce que la question de la garde soit définitivement tranchée. Du consentement des parties, la Cour a également ordonné une réévaluation dite « voix de l'enfant » [TRADUCTION] « afin que soit établies les opinions et préférences des enfants et que des recommandations soient formulées sur la question de l'intérêt supérieur des enfants à charge à la lumière des opinions et préférences qu'ils auront exprimées ». Comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, il est risqué de demander à l'évaluateur de faire une recommandation en ce qui concerne

l'intérêt supérieur des enfants par opposition à l'établissement de leurs désirs parce que la détermination de leur intérêt supérieur est une fonction judiciaire dont l'exercice est fonction de plusieurs facteurs, les désirs des enfants n'étant qu'un de ces facteurs. Le rapport en question a été déposé le 3 décembre 2008. La psychologue y recommandait que S. reste à Moncton avec son père et que L. déménage à Halifax avec sa mère, conformément à leurs désirs.

[5] Le 15 décembre 2008, le juge du procès a reconnu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants de rendre une décision immédiate. Il a également souligné que suivant la décision de la Cour suprême du Canada traitant de la mobilité des parents, l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), la Cour doit rendre l'ordonnance qu'elle estime être dans l'intérêt des enfants. Le juge a statué que la meilleure preuve était celle de la pédopsychologue agréée, laquelle avait recommandé la garde physique exclusive. Le juge a retenu en particulier, dans le rapport de la psychologue, l'attachement affectif de L. pour sa mère et la possibilité d'un comportement régressif et mésadapté si on ne l'autorisait pas à déménager avec elle. Il s'en est suivi que le juge du procès a ordonné le maintien de la garde conjointe, la mère ayant la garde physique de L. à Halifax et le père, celle de S. à Moncton. L'ordonnance disposait également que chaque enfant passerait une fin de semaine par mois avec le parent ayant un droit d'accès. Selon cet arrangement, les enfants allaient se voir deux fois par mois, soit une fin de semaine sur deux, et pendant les jours de congé.

[6] Le 19 décembre 2008, le père a déposé un avis d'appel et le 22 décembre 2008, un avis de motion en suspension de l'instance. Le 14 janvier 2009, notre Cour a ordonné la suspension de la décision du juge du procès et a en outre ordonné qu'en attendant l'instruction de l'appel, les droits de garde et d'accès soient ceux qui ont été énoncés dans la décision du 6 octobre 2008. Cette ordonnance a en fait rétabli la garde physique conjointe dans le cadre de laquelle des droits d'accès sont exercés une semaine sur deux, les deux enfants habitant ensemble à Moncton, sous réserve de la disposition énoncée au paragraphe 4 portant que pour le cas où la mère serait incapable de respecter l'ordonnance, le père serait responsable des soins quotidiens des enfants.

#### IV. Les moyens d'appel

[7] L'appelant prétend que dans la décision du 15 décembre 2008, le juge du procès a commis les erreurs de droit suivantes :

- il a omis d'appliquer le critère que la Cour suprême du Canada a énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* afin de déterminer l'intérêt de l'enfant comme le prescrit l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*;
- il a interprété erronément la preuve du fait qu'il n'a pas tenu compte du principe de droit qui veut que les tribunaux ne doivent pas s'en remettre exclusivement aux désirs et préférences d'un enfant de neuf ans aux fins de déterminer ce qui est dans l'intérêt de cet enfant en matière de garde et de déménagement;
- il a interprété erronément la preuve du fait qu'il n'a pas suffisamment pris en considération le principe de droit établi dans la jurisprudence canadienne qui veut que la séparation d'une fratrie ne soit justifiée que dans des circonstances exceptionnelles;
- il n'a pas suffisamment motivé sa décision et il n'a pas, plus précisément, énoncé des motifs suffisants pour permettre une révision valable en appel;
- il a refusé d'ajourner l'instance afin de permettre au père de retenir les services d'un expert indépendant après la réception du rapport de la psychologue quelques jours avant le début du procès;
- il a fixé un délai qui a restreint d'une façon déraisonnable la capacité de l'avocate du père de présenter ses conclusions finales lors de l'instruction de l'affaire.

Pour les motifs qui suivent, nous avons accueilli l'appel parce que le juge du procès n'a pas suffisamment motivé sa décision. Étant donné cette omission, il est impossible de déterminer la mesure dans laquelle le juge du procès a examiné et appliqué les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*. En raison de cette conclusion, il n'est pas nécessaire que nous examinions les autres moyens d'appel.

V. Les questions à trancher et leur analyse

A. *La norme de contrôle*

[8] La norme de contrôle qui s'applique dans le cadre d'un appel de cette nature a été examinée dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 2001 CSC 60. La Cour suprême du Canada a énoncé une norme prescrivant une grande déférence envers les décisions des tribunaux de première instance dans des affaires qui ressortissent au droit de la famille. L'intervention en appel n'est justifiée que s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit. Elle a explicité en quoi consiste une erreur importante :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. [par. 15]

[9] Le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de la Cour, a en outre précisé qu'« une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (par. 15). Voir les décisions de notre Cour sur l'application de cette norme de déférence : *MacLean c. MacLean* (2004), 274 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 90, [2004] A.N.-B. n<sup>o</sup> 363 (QL), 2004 NBCA 75, au par. 18; *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351, [2004] A.N.-B. n<sup>o</sup> 467 (QL), 2004 NBCA 98, au par. 27; *Scott c. Scott* (2004), 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 61, [2004] A.N.-B. n<sup>o</sup> 468 (QL), 2004 NBCA 99, au par. 32, et *Boudreau c. Brun* (2005), 293 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 126, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 501 (QL), 2005 NBCA 106, au par. 5.

B. *L'insuffisance des motifs*

[10] 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.

[11] Dans l'arrêt *Young c. Young* (2003), 63 O.R. (3d) 112 (C.A.), [2003] O.J. No. 67 (QL), le juge d'appel Laskin a fait une mise en garde contre le prononcé de motifs en forme de conclusions dans les affaires ressortissant au droit de la famille. Il a statué que les trois raisons principales militant en faveur de la motivation des décisions qui sont mentionnées dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, [2002] A.C.S. n° 30 (QL), 2002 CSC 26, s'appliquaient aussi en matière de droit de la famille. Ces trois raisons principales sont (1) la confiance du public dans l'administration de la justice, (2) l'importance d'informer la partie perdante des raisons pour lesquelles elle n'a pas eu gain de cause et (3) la nécessité de permettre à cette partie d'exercer valablement son droit d'appel. Notre Cour d'appel a elle aussi réaffirmé l'importance de motifs qui soient suffisants dans les arrêts *A.M.K.H. c. K.A.M.* (2003), 259 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 291, [2003] A.N.-B. n° 171 (QL), 2003 NBCA 33 et *Blanchard c. Légère*, [2009] A.N.-B. n° 2 (QL), 2009 NBCA 2. Voir aussi l'arrêt *Petrowski c. Waskul* (2003), 173 Man.R. (2d) 237, [2003] M.J. No. 151 (QL), 2003 MBCA 65, au par. 13.

[12] 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.

[13] 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.

[14] Étant donné que les motifs donnés par le juge de première instance en l'espèce sont si courts et qu'ils consistent principalement en une citation tirée de l'évaluation effectuée par la psychologue, il n'est pas possible de déterminer la mesure dans laquelle il a pris en considération les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, ou l'importance qu'il a pu accorder à chacun de ces facteurs aux fins de prendre sa décision. L'analyse du juge du procès se trouve au dernier paragraphe de ses motifs de jugement :

[TRADUCTION]

La présente Cour est consciente du fait que c'est le déménagement de [M.E.L.] à Halifax qui est à l'origine du problème. Toutefois, comme on peut le lire dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, décision de la Cour suprême du Canada, la Cour a l'obligation de rendre l'ordonnance qu'elle estime être dans l'intérêt des enfants. À cet égard, la meilleure preuve est celle de la pédopsychologue agréée et la Cour suivra donc sa recommandation selon laquelle il y a lieu de maintenir la garde conjointe, la mère ayant la garde physique de [L.] à Halifax et le père ayant la garde physique de [S.] à Moncton.

Bien qu'il ne s'ensuive pas nécessairement que le juge de première instance a complètement omis de prendre en considération et d'apprécier convenablement l'ensemble des facteurs pertinents, le laconisme de ses motifs est suffisant pour donner lieu à la conviction rationnelle décrite dans l'arrêt *Van de Perre*.

C. *Le rôle des évaluateurs*

[15] La *Loi sur le divorce* ne confère aucun pouvoir d'ordonner une évaluation effectuée par un professionnel des soins aux enfants qui relèverait de la Cour et des avocats. Si une évaluation doit être ordonnée il faut que ce soit sur une des deux bases possibles suivantes : la compétence *parens patriae* du juge de première instance ou le pouvoir inhérent des tribunaux judiciaires de contrôler leur propre procédure. En Ontario, il semble que les tribunaux accordent souvent une moins grande importance aux rapports d'évaluation dans les affaires où il y a un déménagement que dans d'autres genres d'instances se rapportant aux enfants; en fait, plus souvent qu'autrement, les tribunaux n'en ont pas tenu compte. Dans la jurisprudence, on insiste sur le fait qu'une évaluation n'est pas nécessaire lorsqu'aucune question d'ordre clinique nécessitant une preuve d'expert n'est soulevée en s'appuyant sur les faits et qu'il n'existe aucun véritable différend entre les parties en ce qui concerne la façon dont les enfants ont réagi à l'éclatement de la famille. La Cour ne devrait pas ordonner une évaluation dans le simple but d'obtenir l'opinion apparemment impartiale d'un tiers sur ce qui est dans l'intérêt d'un enfant : voir la décision *Stefureak c. Chambers*, [2004] O.J. No. 4253 (C. sup. Ont.) (QL), où la Cour a statué que la détermination des désirs d'un enfant de sept ans ne justifiait pas une évaluation puisqu'il n'y avait pas de question d'ordre clinique à trancher. Un juge ne devrait ordonner une évaluation, laquelle suppose une preuve ou une opinion d'expert, que lorsque se posent une question ou un problème précis qui nécessitent l'intervention d'un expert (voir la décision *Sheikh c. Sheikh*, [2004] O.J. No. 4384 (C. sup. Ont.) (QL)).



[16] De plus, la Cour ne devrait pas déléguer à un évaluateur son obligation de déterminer quelle entente relative au partage des responsabilités parentales est dans l'intérêt d'un enfant : *M.J. c. P.C.* (2002), 156 O.A.C. 197, [2002] O.J. No. 964 (QL); motifs additionnels à [2002] O.J. No. 981 (C.A.) (QL). Voir aussi la décision *Snoddon c. Snoddon*, [2004] O.J. No. 1987 (QL), 2004 ONCJ 39. Toutefois, les tribunaux accordent habituellement une importance considérable aux recommandations d'un évaluateur, mais celles-ci ne sont qu'un des facteurs qu'ils doivent prendre en considération aux fins de leur décision. Le tribunal peut également choisir de ne pas tenir compte des recommandations de l'évaluateur, comme ce fut le cas dans l'affaire *Steeves c. Robinson* (2005), 278 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 38, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 52 (QL), 2005 NBBR 46. En l'espèce, l'avocate de l'appelant a ainsi formulé la chose : [TRADUCTION] « Ce ne sont pas les psychologues qui tranchent les questions de garde mais bien les juges ». Je suis d'accord avec elle.

[17] Le recours à un évaluateur pour établir les opinions et préférences des enfants n'est qu'une des méthodes qui peuvent être employées (voir la décision *Stefureak c. Chambers*, dans laquelle le juge Quinn expose les cinq méthodes suivantes au moyen desquelles le tribunal peut connaître l'opinion et les préférences d'un enfant aux fins de déterminer l'intérêt de cet enfant dans le cadre d'une instance concernant la garde et les droits d'accès : (i) le ouï-dire; (ii) le témoignage devant la cour; (iii) une rencontre avec l'enfant en cabinet; (iv) une enquête effectuée par le Bureau de l'avocat des enfants; et (v) une évaluation indépendante effectuée sur l'ordre du tribunal. Dans cette affaire, le juge Quinn a estimé qu'une rencontre en cabinet n'était pas possible parce qu'il n'avait aucune formation ni aucune compétence reconnue lui permettant d'interroger un enfant.)

D. *Les tendances générales dans les instances ressortissant à la mobilité*

[18] Depuis l'arrêt *Gordon c. Goertz* la tendance générale qui se dessine dans la jurisprudence a consisté à approuver le déménagement envisagé à la condition qu'il soit envisagé de bonne foi et n'ait pas pour objet de compromettre la relation du parent qui a des droits d'accès auprès de l'enfant. Toutefois, il faut aussi, habituellement, que le

parent qui déménage soit disposé à satisfaire les intérêts à la fois de l'enfant et du parent qui exerce un droit d'accès. Cela nécessite généralement la réorganisation de l'exercice des droits d'accès et il se peut que le parent qui déménage doive supporter le coût accru de l'accès auprès de l'enfant dans le cadre du nouvel arrangement, parfois au moyen d'une modification des obligations alimentaires envers l'enfant. Toutefois, là où cette tendance générale est la plus évidente, c'est dans les cas où il est clair qu'une des parties est la personne qui prodigue les soins essentiels à l'enfant ou aux enfants. Le déménagement envisagé est moins susceptible d'être approuvé lorsque le soin des enfants et leur garde physique ont été partagés également entre les parents. De plus, il ne se dégage aucune tendance de ce genre des instances où le déménagement envisagé entraîne la séparation d'une fratrie qui, jusqu'alors, habitait ensemble. La séparation d'une fratrie qui est ordonnée par la Cour reste exceptionnelle.

E. *L'intervention de la cour d'appel*

[19] Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Van de Perre*, pour qu'un tribunal d'appel puisse infirmer ou modifier une décision rendue en première instance il faut qu'il conclue à l'existence d'une erreur importante de la part du juge de première instance. Il peut conclure à l'existence d'une erreur importante lorsqu'il y a eu une erreur dans l'interprétation de la preuve, une erreur de droit ou lorsque l'on a tiré une conclusion qui, d'après la preuve, est tellement abusive ou arbitraire qu'elle déborde le cadre de tout désaccord raisonnable. En outre, l'importance de l'irrévocabilité dans les décisions relatives à la garde a un lien direct avec l'intérêt de l'enfant et par conséquent, une ordonnance de cette nature ne doit pas être infirmée à la légère. Les décisions en matière de garde dépendent souvent de questions de crédibilité et il va sans dire que c'est le juge de première instance qui est le mieux placé pour trancher ces questions.

[20] Cela ne veut pas dire, toutefois, que dans l'intérêt de l'irrévocabilité, une cour d'appel devrait refuser d'intervenir dans toute décision concernant la garde. Les deux parties ont reconnu que si notre Cour était convaincue qu'il y a lieu d'annuler la

décision pour cause d'insuffisance des motifs, elle devrait apprécier la preuve et trancher la question de la garde en fonction de l'intérêt supérieur des enfants.

[21] Dans l'arrêt *Young c. Young*, le juge d'appel Laskin a fait observer que les [TRADUCTION] « motifs en forme de conclusions » du juge de première instance n'étaient pas suffisants pour garantir que l'intérêt de l'enfant avait été suffisamment pris en compte. La Cour a conclu que le juge avait commis une erreur dans l'interprétation de la preuve en considérant le père comme un parent ayant un droit d'accès et en ne tenant pas compte de la véritable entente de partage des responsabilités parentales. La Cour a également souligné que le juge de première instance n'avait même pas mentionné l'évaluation effectuée par l'expert. Il s'en est suivi qu'un nouveau procès a été ordonné.

[22] Dans l'affaire *Rafuse c. Handspiker* (2001), 190 N.S.R. (2d) 64, [2001] N.S.J. No. 1 (QL), 2001 NSCA 1, le père avait été désigné, au procès, comme la personne qui prodiguerait les soins essentiels à l'enfant lorsque la mère avait voulu déménager pour des motifs liés à l'emploi. En appel, la Cour a statué que le juge avait commis une erreur en tranchant l'affaire sans examiner les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* et plus précisément, sans même mentionner la perturbation qui allait être causée à l'enfant si elle était séparée de sa mère, qui lui avait jusqu'alors prodigué les soins essentiels, et de ses soeurs. Plutôt que d'infirmer la décision du juge qui, à ce moment-là, était en vigueur depuis neuf mois, la Cour a renvoyé l'affaire au tribunal de la famille afin qu'elle soit de nouveau instruite devant un juge différent et tranchée suivant les bons principes juridiques.

[23] Dans l'arrêt *A.M.K.H. c. K.A.M.*, notre Cour a conclu que le juge saisi de la motion avait principalement tenu compte du principe de la maximisation des contacts et de l'absence d'un droit d'accès pour le père, à tel point qu'il n'avait pas pris en compte d'autres considérations importantes. Plus précisément, il n'avait pas tenu compte de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin susceptible de découler du transfert de la garde de l'enfant de la personne qui lui prodiguait les soins essentiels depuis quatre ans, sa mère, à son père. C'était là une

omission fondamentale puisqu'il s'agissait du défaut d'examiner les critères pertinents et essentiels dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a souligné qu'elle pouvait apprécier elle-même les considérations pertinentes et confirmer, modifier ou annuler l'ordonnance rendue par le juge saisi de la motion ou encore ordonner la tenue d'une nouvelle audience. Étant donné le fait que la mère avait voulu produire un nouvel élément de preuve et que presque huit mois s'étaient écoulés depuis que le juge avait rendu son ordonnance, la Cour a statué que l'affaire serait renvoyée pour qu'elle soit réexaminée.

[24] En l'espèce, la décision du juge de première instance contient des motifs qui sont, au mieux, superficiels, et qui sont essentiellement en forme de conclusions. Très peu des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* sont même mentionnés. Il semble se dégager de ces motifs qu'une importance et un poids excessifs ont été accordés au rapport de la psychologue : celle-ci était un témoin expert qui n'était pas indépendante mais qui a été appelée sur la demande de M.E.L. Il semble également que les désirs d'un enfant de neuf ans ont été pris en compte d'une façon injustifiée, sans que l'on cherche d'abord à déterminer si L. comprenait vraiment les répercussions de ses demandes. Il n'y a eu aucun examen de l'effet qu'aurait l'atteinte à la stabilité de L. si on l'éloignait de son école et de son foyer à Moncton, ainsi que de son père, avec lequel il passait beaucoup de temps, et de sa famille élargie, y compris ses grands-parents. Il n'y a eu aucune reconnaissance, de la part du juge du procès, du fait que l'entente concernant la garde physique qui était en vigueur était une entente de garde conjointe. Le juge n'a pas pris en considération l'effet d'une séparation de L. d'avec sa soeur et il n'a pas non plus fait état des circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier une séparation de cette nature ni examiné la jurisprudence relative à la séparation des fratries. Une décision aussi exceptionnelle nécessite une analyse approfondie du genre de celle qui a été faite dans la décision *Funk c. Funk*, [2004] B.C.J. No. 2932 (QL), 2004 BCSC 1800. Je suis d'avis que l'omission d'examiner ces critères pertinents constitue une omission fondamentale et une erreur importante qui justifie l'intervention de notre Cour.

[25] La question de savoir si le juge de première instance en est arrivé à la bonne conclusion malgré ces omissions doit être tranchée d'après la preuve produite dans cette affaire. La question de savoir précisément quels éléments de preuve doivent être examinés dans le cadre de cette analyse et par qui ils doivent l'être, est une question complexe.

[26] Il semble y avoir des divergences dans la jurisprudence sur la question de savoir si une cour d'appel devrait se limiter à déterminer si le résultat est convenable d'après les faits exposés au moment du procès (pour le motif que tout changement devrait faire l'objet d'une requête en modification) ou si elle devrait essayer de s'assurer que sa décision en appel correspond toujours à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'arrêt *Handspiker c. Rafuse*, la Cour a adopté cette dernière position. Toutefois, puisqu'elle ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants en ce qui concernait la situation présente de l'enfant pour trancher la question, la Cour a renvoyé l'affaire en vue de son réexamen devant un juge différent. Notre Cour a adopté un point de vue semblable dans l'arrêt *A.M.K.H. c. K.A.M.*

[27] Par contre, il importe que les questions en litige soient résolues dans l'immédiat et le rétablissement de la stabilité servira, en fin de compte, l'intérêt supérieur des enfants. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *A.M.K.H. c. K.A.M.*, la réinstruction de l'affaire n'est pas la seule voie possible. Les avantages d'une décision définitive rendue en temps opportun, quelle que soit l'issue, sont considérables et peuvent justifier, de la part de la Cour, une mesure de redressement autre qu'un nouveau procès, lorsque la preuve le permet.

[28] Dans l'arrêt *Mackintosh c. Mackintosh* (2005), 192 Man.R. (2d) 173, [2005] M.J. No. 74 (QL), 2005 MBCA 43, la Cour a conclu que la décision concernant l'intérêt de l'enfant doit être fonction du moment de l'appel et non de celui du procès. Bien que le juge du procès eût commis une erreur en ne prenant pas en considération le rapport d'expert qui était favorable au père, l'enfant avait déménagé avec la mère par suite de la décision rendue au procès. La Cour a statué qu'il ne serait pas dans l'intérêt de

l'enfant de le contraindre éventuellement à déménager de nouveau et à revenir au Manitoba et l'ordonnance du juge du procès a été confirmée malgré l'erreur. La Cour a en fait refusé de modifier le nouvel état de fait qui s'était fait jour entre le moment du procès et celui de l'appel.

[29] Cette démarche est susceptible de donner lieu à une injustice considérable du point de vue d'un parent. Le remplacement, par une autre, de la personne qui prodigue les soins essentiels à l'enfant modifie la dynamique d'une affaire de garde. Plus le nouvel état de fait se prolonge, plus il est difficile à la partie lésée de faire valoir l'importance de l'état de fait antérieur pour le bien-être de l'enfant. Cela est vrai même lorsque le nouvel état de fait a été établi sans la sanction de la Cour, comme par exemple lorsqu'un parent décide unilatéralement de déménager. Il va sans dire qu'il existe une tendance naturelle à prendre le parti du parent qui a perdu ses droits de garde par suite de l'erreur du juge du procès ou parce que d'autres moyens, moins louables, ont été employés. Toutefois, comme l'a souligné la Cour suprême, les décisions en matière de garde doivent être fondées sur l'intérêt de l'enfant et non pas sur celui des parents. La garde d'un enfant ne devrait jamais devenir une forme de récompense ou de châtement pour un parent. L'intérêt supérieur de l'enfant doit avoir une nette prépondérance sur les droits des parties dans l'examen d'une question de garde. Il est à remarquer, toutefois, que la mauvaise foi de la part d'un parent est souvent la preuve d'une réticence ou d'une incapacité à se soucier de l'intérêt supérieur de l'enfant et elle peut amener les tribunaux à croire que la partie en question ne coopérera pas à la maximisation des contacts et de l'accès. En ce sens, ce genre de comportement peut peser lourdement dans la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant aux fins de trancher la question de la garde.

F. *La substitution de notre décision à celle du juge de première instance*

[30] La règle 62.21(1) autorise notre Cour à rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Dans l'arrêt *Larose c. Larose* (2002), 171 B.C.A.C. 27, [2002] B.C.J. No. 1340 (QL), 2002 BCCA 66, la Cour a accueilli l'appel interjeté par le père, qui avait la garde, après que le juge saisi de la motion lui avait refusé la

permission de déménager de Vancouver à Nanaimo avec les enfants. L'erreur du juge avait consisté à statuer qu'il incombait au père d'établir que le déménagement n'avait pas pour but de porter atteinte aux droits de la mère. Cette affaire est intéressante pour deux raisons. Premièrement, la Cour d'appel était disposée à entendre des nouvelles preuves que les deux parties voulaient produire. Les parties reconnaissaient toutes deux l'importance de l'admission des nouvelles preuves. La Cour a accepté d'admettre les nouvelles preuves, puisque les avocats ne s'y opposaient pas et parce que celles-ci lui seraient utiles aux fins d'examiner l'intérêt des enfants. Toutefois, elle a également souligné que les nouvelles preuves n'étaient pas déterminantes en ce qui concernait l'appel. Deuxièmement, la Cour a substitué son propre jugement à celui du juge saisi de la motion. Elle a statué que si le juge siégeant en cabinet avait abordé la question correctement, il [TRADUCTION] « aurait été manifeste » que la perturbation des droits d'accès allait être minime et pouvait être compensée par des droits d'accès accrus en été. La Cour a souligné les avantages que comportait le déménagement pour les enfants et l'absence relative d'un effet négatif sur les rapports avec le parent qui exerçait des droits d'accès. Elle a également mentionné la preuve d'expert qui avait été déposée devant le juge du procès et a ensuite examiné des éléments de preuve concernant la situation des enfants depuis le déménagement, déménagement que le père avait en fait entrepris en s'appuyant sur une ordonnance provisoire subséquente, en attendant l'appel. La Cour a statué que dans l'ensemble des circonstances, la décision que le père avait prise en sa qualité de parent ayant la garde, savoir que le déménagement serait dans l'intérêt des enfants, devait prévaloir. Les avocats avaient été invités à s'entendre sur les conditions de l'ordonnance mais n'y étaient pas parvenus et la Cour a prescrit des conditions précises régissant la garde et l'accès.

[31] Les faits de l'affaire *Larose* ne sont pas les mêmes que ceux de la présente instance puisque, dans cette affaire, un des parents avait clairement la garde et était la personne qui prodiguait les soins essentiels aux enfants et qu'il n'était nullement question de séparer une fratrie. Ce qui importe surtout pour les fins de la présente instance c'est que dans l'affaire *Larose*, la Cour d'appel était disposée à substituer son propre jugement à celui du juge saisi de la motion.

[32] Dans l'arrêt *B.E.K. c. L.R.*, [2005] A.J. No. 294 (QL), 2005 ABCA 124, le juge siégeant en cabinet n'avait pas tenu compte de l'incidence de graves troubles comportementaux sur l'enfant dans le cadre d'une demande en modification des droits de garde et n'avait tiré aucune conclusion de fait. La Cour a accueilli l'appel et a renvoyé l'affaire à la Cour du Banc de la Reine en vue de sa réinstruction. L'absence de toute conclusion de fait ou de toute preuve suffisante aux fins de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant rendait la nouvelle audience nécessaire.

[33] Dans l'arrêt *Mackintosh c. Mackintosh*, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour éviter de renvoyer une affaire de garde en vue de son réexamen. Le juge du procès avait conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de déménager avec sa mère surtout parce que cette dernière avait fait passer les besoins de son enfant avant les siens et parce qu'elle veillerait à maintenir les contacts entre l'enfant et son père. Toutefois, le juge n'avait pas mentionné le témoignage d'expert présenté par le père, témoignage dans lequel l'experte s'était prononcée contre le déménagement. La Cour a statué que le juge du procès n'avait pas examiné certains éléments de preuve pertinents. Elle a également statué que d'après les faits de l'affaire, il y avait lieu d'exercer un nouveau pouvoir discrétionnaire puisqu'il n'y avait rien à gagner à renvoyer l'affaire en vue de sa réinstruction. Toutefois, la Cour a rejeté l'appel, en grande partie parce que l'enfant avait déjà déménagé avec la mère et qu'il n'était pas dans son intérêt de le contraindre à revenir vivre avec le père. Voici ce que la Cour a dit :

[TRADUCTION]

Dans les circonstances qui nous occupent, nous devons nous préoccuper avant tout de l'intérêt de Troy à ce moment-ci, celui où nous exerçons notre pouvoir discrétionnaire. Il ne s'agit pas d'une situation où il y aurait lieu de prendre une décision fondée sur son intérêt supérieur au moment du procès. Nous ne pouvons faire remonter le temps à ce garçon de dix ans et prendre une décision comme s'il n'avait jamais déménagé à Edmonton avec sa mère. Il semble bien aller à Edmonton. En l'obligeant à revenir à Brandon on lui imposerait un autre déménagement susceptible de le perturber de nouveau.



J'estime qu'à ce moment-ci, il est dans l'intérêt de Troy de demeurer à Edmonton avec sa mère. Il va sans dire qu'il a toujours besoin d'avoir des contacts réguliers avec son père et de le voir le plus souvent possible.

Comme cela est sans doute évident, le facteur clef qui sous-tend la présente décision consiste à favoriser une plus grande stabilité dans la vie de Troy en ne l'obligeant pas à déménager de nouveau. Cette décision ne signifie pas que la mère, en sa qualité de parent qui prodigue les soins essentiels à l'enfant, peut perturber une nouvelle fois la vie de Troy en déménageant à n'importe quel moment et à n'importe quel endroit, à son gré. Bien que j'espère que la présente décision aura des effets à plus long terme, je sais bien qu'elle pourrait n'apporter qu'une stabilité à court terme pour le cas où la mère voudrait déménager de nouveau. Si cela se produit, elle doit donner au père, par écrit, un préavis de six mois du déménagement envisagé. Ce préavis donnera au père le droit, s'il choisit de le faire, de déposer une motion en modification de l'ordonnance de garde. [par. 24 et 25]

La Cour a mis à profit les conclusions de fait du juge du procès ainsi que les nouveaux éléments de preuve concernant l'intérêt de l'enfant pour entreprendre une nouvelle analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui, dans cette affaire, a donné le même résultat que celui auquel en était arrivé le juge du procès en commettant une erreur de droit.

[34] Dans l'affaire *Magnus c. Magnus* (2006), 285 Sask.R. 161, [2006] S.J. No. 510 (QL), 2006 SKCA 88, la Cour, qui devait décider s'il y avait lieu de renvoyer une affaire de garde en vue de sa réinstruction, a adopté une démarche différente :

[TRADUCTION]

Lorsqu'elle a annoncé sa décision, la Cour a dit qu'elle était consciente du coût que supposaient une autre audience ou un nouveau procès. Compte tenu de cette préoccupation, notre Cour a demandé aux parties de faire des suggestions concernant la question de savoir si elle devait rendre elle-même une ordonnance ou si l'affaire devait être renvoyée à la Cour du Banc de la Reine en vue soit d'une nouvelle audience en cabinet soit d'une conférence

préparatoire au procès. Les mémoires devaient être déposés dans un délai de deux semaines. Les parties ont également été informées que pour le cas où elles en arriveraient à un règlement amiable, cela serait acceptable, et ce règlement amiable serait incorporé, dans la mesure du possible, dans l'ordonnance de la Cour. [par. 2]

Il en a découlé un règlement amiable et un jugement par consentement que la Cour d'appel a incorporés dans ses motifs.

[35] En l'espèce, la preuve est contradictoire et s'accompagne de nombreux problèmes de crédibilité et il est impossible d'utiliser les conclusions de fait du juge du procès parce qu'il n'y en a aucune. Le juge du procès a séparé la fratrie sans faire de commentaires sur les rapports entre le frère et la soeur. Dans son témoignage, le père a décrit le genre d'activités que L. et S. faisaient ensemble avec lui : ils jouaient à des jeux de société, lisaient des histoires, exerçaient des activités de plein air, allaient à leur roulotte en été, allaient à la plage, jouaient au disque volant et promenaient le chien. Il a témoigné que S. aimait bien aider L. à faire ses travaux scolaires et que L. aimait montrer à S. des choses à l'ordinateur. Jusqu'au moment du déménagement à Halifax, L. n'avait jamais été séparé de S. sauf lorsqu'il a dû faire un court séjour à l'hôpital. Des éléments de preuve ont également établi que les enfants étaient bouleversés et pleuraient à l'idée de ne se voir que deux fois de semaine par mois. De plus, nous en sommes réduits aux conjectures en ce qui concerne les rapports qu'entretiennent les enfants avec leur famille élargie et leur milieu. Il importe de connaître le contexte dans son ensemble avant de décider où les enfants devraient vivre.

[36] Au bout du compte, une des questions les plus importantes à trancher en l'espèce est celle de savoir s'il est dans l'intérêt supérieur de L. de rester avec sa mère. Pour trancher cette question, nous devons soupeser, en même temps que l'ensemble des critères énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, celui du maintien intégral des contacts avec le père de l'enfant et sa soeur, avec sa famille élargie et avec son milieu (savoir le principe de la maximisation des contacts énoncé au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*),

et nous demander si les circonstances justifient la séparation du frère et de la soeur. Comme l'a fait observer la juge d'appel Paperny dans l'arrêt *Spencer c. Spencer* (2005), 371 A.R. 78, [2005] A.J. No. 934 (QL), 2005 ABCA 262, aux par. 15 et 16, il ne faut pas déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant en comparant le *statu quo* au changement envisagé mais en évaluant l'effet du déménagement sur les rapports de l'enfant avec ses deux parents.

[37] Puisque la considération primordiale est l'intérêt supérieur des enfants, l'analyse repose en très grande partie sur les faits et la décision est, au bout du compte, discrétionnaire. J'estime qu'il est préférable que le juge du procès effectue une nouvelle analyse en examinant le dossier tel qu'il était constitué au procès et en évaluant l'intérêt supérieur des enfants à la lumière de tout nouvel élément de preuve. Les principes directeurs énoncés dans l'arrêt *Gordon* et qui restent applicables dans l'affaire qui nous occupe en l'espèce sont les suivants :

[...]

2. [...] Le juge [...] doit de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes relativement aux besoins de l'enfant et à la capacité de chacun des parents d'y pourvoir.

[...]

4. L'analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect [et la plus profonde considération] à l'opinion de ce dernier.
5. Chaque cas dépend de ses propres circonstances. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire.
6. L'accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.

7. Plus particulièrement, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants :
- a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien;
  - b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit;
  - c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents;
  - d) l'opinion de l'enfant;
  - e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant;
  - f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde;
  - g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué. [p. 60 et 61] [Souligné dans l'original.]

[38] Compte tenu de la jurisprudence, de la recommandation des deux parties selon laquelle notre Cour doit rendre la décision qui aurait dû être rendue, de la perte d'un temps précieux et du gaspillage d'argent auxquels donnerait lieu le renvoi de l'affaire à la Cour du Banc de la Reine, et tout particulièrement de l'importance d'un règlement hâtif des questions en litige parce que le rétablissement d'une certaine stabilité servira, en fin de compte, l'intérêt supérieur des enfants, je conclus que notre Cour n'est pas aussi bien placée que le serait un juge de première instance pour déterminer ce qui est dans l'intérêt supérieur des enfants. Malheureusement, le juge du procès n'a pas analysé la preuve en respectant le cadre énoncé à l'art. 16 de la *Loi sur le divorce* ni les principes directeurs énoncés dans le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu à la majorité

dans l'affaire *Gordon c. Goertz*. Notre Cour aurait peut-être pu effectuer une nouvelle analyse si le juge du procès avait tiré des conclusions susceptibles d'être prises en considération à la lumière de la nouvelle preuve. Toutefois, il est impossible, sans entendre des témoins, de trancher certaines questions de crédibilité et de tirer certaines conclusions de fait qui sont cruciales aux fins de rendre une décision en l'espèce. De plus, les très courts motifs dont le juge du procès a accompagné sa décision ne sont d'aucune utilité. Nous sommes donc dans l'obligation d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience.

G. *L'admission d'une nouvelle preuve dans le contexte du droit de la famille*

[39] En l'espèce, les deux parties ont déposé, sous le régime de la règle 62.21(2), des motions en présentation d'une preuve complémentaire sur des points survenus après la date de la décision portée en appel et elles ont consenti à ce qu'elle soit acceptée après que certaines parties des affidavits eurent été radiées.

[40] Habituellement, un tribunal d'appel n'admet une nouvelle preuve que dans le cas où cette preuve n'était pas disponible au moment de l'audience antérieure et où elle sera essentielle au règlement d'une question en appel (voir l'arrêt *Krisko c. Krisko* (2000), 137 O.A.C. 7, [2002] O.J. No. 3941 (QL), ainsi que l'arrêt *Peck c. Peck* (2000), 187 N.S.R. (2d) 193, [2000] N.S.J. No. 323 (QL), 2000 NSCA 114). Une cour d'appel refuse normalement d'entendre une nouvelle preuve lorsque le juge de première instance est toujours saisi de la question de la garde et serait mieux placé pour examiner tout fait nouveau (voir l'arrêt *Agyekum c. Agyekum*, [2006] O.J. No. 1510 (C.A.) (QL)).

[41] Dans l'affaire *Howard c. Howard*, [2000] A.J. No. 577 (QL), 2000 ABCA 143, la Cour n'a pas autorisé le dépôt de [TRADUCTION] « nouveaux » éléments de preuve qui se rapportaient à des faits survenus entre le moment du procès et celui de l'appel. Toutefois, la Cour a autorisé les avocats à [TRADUCTION] « clarifier » les faits qui existaient au moment du procès étant donné que les nouveaux faits venaient saper la conclusion de la juge du procès telle qu'exposée dans ses motifs. Le libellé de la décision

avait certainement ouvert la voie à cette possibilité. La Cour a tenu compte des nouveaux faits afin d'essayer de mener l'affaire à bonne fin et d'épargner des frais additionnels aux parties.

[42] En principe, des éléments de preuve véritablement « nouveaux » devraient être utilisés dans le cadre d'une demande en modification et non pas dans le cadre d'un appel. Une « nouvelle » preuve peut être admise dans le cadre d'une demande de modification si, malgré l'exercice de la diligence requise, elle était réellement indisponible jusque-là (voir l'arrêt *Nykvist c. Nykvist* (2004), 190 Man.R. (2d) 194, [2004] M.J. No. 411 (QL), 2004 MBCA 170, au par. 20). Cette question a été soulevée devant notre Cour dans l'affaire *A.M.K.H. c. K.A.M.*, et bien que la Cour ait indiqué que la preuve pourrait être admise, l'affaire a été renvoyée en vue de son réexamen.

[43] Dans la motion en présentation de nouveaux éléments de preuve qu'elle a déposée, la mère prétend que depuis la décision rendue par notre Cour le 14 janvier 2009, dans laquelle celle-ci a ordonné la suspension de la décision du juge du procès, l'enfant, L., est bouleversé et agité à l'idée de la quitter. Il a été examiné et suivi par un médecin de famille en Nouvelle-Écosse qui surveille son état de très près. Elle prétend également que L. a refusé d'aller vivre avec son père à Moncton et que le père a pris la décision de ne pas l'emmener physiquement à Moncton. Depuis le 12 janvier 2009, L. continue d'aller à l'école à Halifax.

[44] Dans sa motion en présentation de nouveaux éléments de preuve, le père confirme que depuis la décision qui a été rendue au procès en l'espèce et tout particulièrement après l'ordonnance portant suspension de cette décision, rendue le 12 janvier 2009, il y a eu des incidents qui ont été sources de stress additionnel et d'instabilité pour les enfants des parties. Il prétend que les nouveaux éléments de preuve qu'il entend présenter sont pertinents aux fins de l'appel et que ces éléments de preuve permettraient à la Cour de faire une évaluation à jour de la situation dans laquelle se trouve l'enfant, L., depuis que l'ordonnance portant suspension de la décision a été rendue.

[45] S'il avait été possible de trancher les questions fondamentales de crédibilité et de fait qui se sont fait jour au procès, j'aurais reçu cette preuve complémentaire afin de pouvoir déterminer l'intérêt supérieur des enfants le jour de notre propre décision sur le fond. Toutefois, puisqu'il n'est pas possible de résoudre ces questions, il est inutile de recevoir cette preuve complémentaire. Ce sont des éléments de preuve qui pourront être examinés lors de la nouvelle audience qui aura lieu en l'espèce devant la Cour du Banc de la Reine.

VI. Dispositif

[46] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler la décision du juge du procès et son ordonnance subséquente et d'ordonner une nouvelle audience. L'appelant a droit aux dépens afférents à la fois à l'appel et à la motion en suspension de l'exécution de la décision que la juge d'appel Quigg a entendue le 12 janvier 2009. Je suis d'avis de fixer ces dépens à 6 500 \$.

[47] Les parties nous ont informés que quatre jours ont été réservés devant la Cour du Banc de la Reine en vue de l'audition d'une motion en l'espèce et que pour le cas où un nouveau procès serait ordonné, ces journées pourraient être utilisées à cette fin. Compte tenu du fait qu'il est dans l'intérêt supérieur des enfants que la question de leur garde soit résolue le plus tôt possible, et qu'un retard additionnel pourrait causer une injustice ou un inconvénient grave, je suis d'avis d'invoquer le par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.B. 2002, ch. O-0.5, et d'ordonner que la présente décision soit publiée d'abord dans l'une des langues officielles puis, dans les meilleurs délais, dans l'autre langue officielle.