

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Brenda McMullen Brown

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

THE COURT

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.

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

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 11 mars 2009

Jugement rendu :
Le 1^{er} avril 2009

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Brenda McMullen Brown

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

LA COUR

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 following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] P.R.H. appeals an unreported decision of a judge of the Court of Queen's Bench rendered on December 15, 2008, varying custody and access provisions of an order made pursuant to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). In the decision under appeal, the judge gave effect to the joint legal custody of the two children of the marriage to which the parents had agreed upon their divorce, but the judge gave the mother, M.E.L., physical custody of their 9-year-old son and the father, P.R.H., physical custody of their 12-year-old daughter, and varied the access arrangements so that mother and son could move to Halifax while father and daughter remained in Moncton.

[2] We are of the view that the appeal should be allowed because the trial judge erred in failing to address the criteria relevant to a mobility case that is set out in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL). While Rule 62.21 of the *Rules of Court* empowers us, in appropriate cases, to make any order which ought to have been made, it also allows us to order a new hearing. We are very mindful of the time and costs a new hearing will involve and of the need for finality, especially for the sake of the children. However, without hearing witnesses, we find ourselves unable to resolve certain credibility issues and to make certain findings of fact that are crucial to the determination of this matter. Moreover, we find no assistance in this regard in the very brief reasons the trial judge gave for his decision. Thus, it is necessary that we order a new hearing.

[3] Both parties to this appeal sought to adduce further evidence under Rule 62.21(2) as to matters which have occurred after the date of the decision appealed from. Had we been able to resolve key credibility and factual issues that arose at trial, we 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 we are unable to resolve these issues, it is unnecessary to receive this further evidence.

The evidence the parties sought to adduce on appeal is evidence that can be considered upon the new hearing of this matter in the Court of Queen's Bench.

[4] The appeal is therefore allowed. We set aside the trial judge's decision and his subsequent order and order a new hearing. Reasons for this decision will follow in due course. We release our decision at this time so as to not further delay the eventual ultimate resolution of this matter.

[5] 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. We fix these costs in the amount of \$6,500.00.

LA COUR

[1] P.R.H. interjette appel d'une décision inédite d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, datée du 15 décembre 2008, modifiant les dispositions se rapportant à la garde et aux droits d'accès d'une ordonnance rendue sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). Dans la décision qui fait l'objet du présent appel, le juge a appliqué la garde conjointe des deux enfants du mariage sur laquelle les parents s'étaient entendus au moment du divorce mais il a accordé la garde physique du fils de neuf ans à la mère, M.E.L., et la garde physique de la fille de douze ans au père, P.R.H., et a modifié les arrangements concernant les droits d'accès afin que la mère et le fils puissent déménager à Halifax alors que le père et la fille demeureront à Moncton.

[2] Nous sommes respectueusement d'avis d'accueillir l'appel puisque le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a omis d'examiner les critères qui s'appliquent dans le cas d'une question de mobilité, critères énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n^o 52 (QL). Quoique la règle 62.21 des *Règles de procédure* habilite notre Cour, dans les cas appropriés, à rendre toute ordonnance qui aurait dû être rendue, elle nous permet également d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience. Nous sommes très conscients du temps et des coûts liés à la tenue d'une nouvelle audience ainsi que du besoin de finalité, tout particulièrement en ce qui concerne les enfants. Toutefois, sans avoir entendu les témoins, nous ne sommes pas en mesure de régler certaines questions de crédibilité et de tirer certaines conclusions de fait qui sont essentielles au jugement de la présente affaire. De plus, les brefs motifs à l'appui de la décision du juge du procès ne nous sont d'aucun secours. Par conséquent, nous devons ordonner la tenue d'une nouvelle audience.

[3] Les deux parties au présent appel ont demandé, sous le régime de la règle 62.21(2), de présenter d'autres éléments de preuve sur des questions qui ont surgi après la date de la décision portée en appel. Si nous avons été en mesure de régler des

questions déterminantes quant à la crédibilité et à des faits soulevées au procès, nous aurions recueilli cette preuve complémentaire afin de décider de l'intérêt supérieur des enfants à la date de notre propre décision sur le fond. Malheureusement, puisque nous ne sommes pas en mesure de résoudre ces questions, il est inutile de recueillir cette preuve complémentaire. Les éléments de preuve que les parties voulaient présenter en appel pourront être présentés lors de la nouvelle audition de l'affaire devant la Cour du Banc de la Reine.

[4] Par conséquent, l'appel est accueilli. Nous annulons la décision et l'ordonnance subséquente du juge du procès et ordonnons la tenue d'une nouvelle audience. Les motifs de la présente décision suivront en temps opportun. Nous déposons notre décision en ce moment afin de ne pas retarder davantage le règlement éventuel de cette affaire.

[5] L'appelant a droit aux dépens afférents à l'appel et à la motion en suspension d'exécution de jugement que la juge Quigg a entendue le 12 janvier 2009, dépens que nous fixons à 6 500 \$.