

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

63-09-CA

T.M.A.H.

APPELLANT

- and -

J.J.G.

RESPONDENT

T.M.A.H. v. J.J.G., 2010 NBCA 4

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench
April 9, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2008] N.B.J. No. 169

Appeal heard and judgment rendered:
January 20, 2010

Reasons delivered:
May 6, 2010

Counsel at hearing:

For the appellant:
Claude R. Losier

For the respondent:
Chantal Landry

T.M.A.H.

APPELANTE

- et -

J.J.G.

INTIMÉ

T.M.A.H. c. J.J.G., 2010 NBCA 4

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 9 avril 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2008] A.N.-B. n° 169

Appel entendu et jugement rendu :
Le 20 janvier 2010

Motifs déposés :
Le 6 mai 2010

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Claude R. Losier

Pour l'intimé :
Chantal Landry

THE COURT

The appeal is allowed with costs.

LA COUR

Accueille l'appel avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] This is an appeal from an unreported decision of a judge of the Court of Queen's Bench of New Brunswick dismissing a mother's application for enforcement of an interim parenting order issued by a judge of the Provincial Court of Alberta. Under that order, the mother was awarded custody of the child of the parties. In dismissing the application the Queen's Bench judge awarded interim custody of the child to the respondent father.

[2] At the conclusion of the hearing in this Court, we allowed the appeal with reasons to follow. In summary, I am of the view there are four bases upon which the appeal should be allowed. First, the father failed to make an application to supersede the extra-provincial order as required by s. 130.3(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2. Second, the trial judge made an error of law when he stated that the child no longer has a real and substantial connection with the Province of Alberta, where his mother resides. Third, the trial judge made a palpable and overriding error of fact when he held that the father did not have reasonable notice of the commencement of proceedings in Alberta. Finally, the appeal should be allowed for reasons of public policy. Courts should be loathe to permit one custodial parent to create and benefit from a material change in circumstances, within the meaning of s. 130.3(1) of the *Family Services Act*, by unilaterally removing a child from a jurisdiction in an effort to avoid pending judicial proceedings.

I. Background

[3] The child of the parties was born in Calgary, Alberta on March 6, 2006. Following the breakup of their relationship in early June 2008, both parents applied for interim custody of the child. A hearing, which consolidated the two applications, was scheduled for July 10, 2008. Prior to the hearing, the father unilaterally decided to leave

the Province of Alberta with the child and return to New Brunswick, his domicile of origin. Following the July 10, 2008 hearing, a judge of the Provincial Court of Alberta issued an *ex parte* interim custody order, awarding sole custody of the child to the mother. On February 25, 2009, the mother applied to the Court of Queen's Bench of New Brunswick to have the Alberta order enforced here. At trial, the judge determined it was appropriate to supersede the Alberta order, and to award custody of the child to the father.

II. Court Below

[4] The trial judge concluded the Alberta order should be superseded because the father was not given reasonable notice of the commencement of proceedings in Alberta. In addition, he concluded there had been a material change of circumstances likely to affect the best interests of the child, and that the child was habitually resident of New Brunswick. In the alternative, he concluded the child no longer possessed a real and substantial connection with the Province of Alberta. Finally, he found that, on the balance of convenience, it was appropriate for the Province of New Brunswick to exercise jurisdiction over the matter. Ultimately, he awarded custody to the father.

III. Grounds of Appeal

[5] The mother challenges the decision on three grounds, arguing the trial judge committed an error of law when he determined that:

- The child was habitually resident in the Province of New Brunswick.
- The child no longer possessed a real and substantial connection with the Province of Alberta.

- The Respondent had not received reasonable notice of the commencement of proceedings in Alberta.

IV. Applicable Legislation

[6] The relevant legislative provisions are attached as Appendix A.

V. Standard of Review

[7] An appellate court must show considerable deference to a trial judge's decision on a family law matter. However, a Court of Appeal can modify or set aside a custody order if there is an error of law, an error in principle or a significant misapprehension of the evidence (see *J.E.J. v. S.L.M.*, [2007] N.B.J. No. 249 (QL), 2007 NBCA 33, at para. 35 and *Milton v. Milton* (2008), 338 N.B.R. (2d) 300, [2008] N.B.J. No. 467 (QL), 2008 NBCA 87, at para. 14).

VI. Analysis

A. *Failure to bring application to supersede extra-provincial order*

[8] In the instant case, the failure of the father to file an application requesting the trial judge supersede the Alberta order in accordance with s. 130.3(1) of the *Family Services Act* is determinative. The mother brought an application requesting that the Court of Queen's Bench recognize the jurisdiction of the province of Alberta with respect to the child, enforce the Interim Parenting Order of the Province of Alberta and that she be granted sole custody of the child pursuant to s. 129(2) and 129(3) of the *Family Services Act*.

[9] The father sought relief in a "Responding Document". That document is an affidavit of the father which is in conformity with Rule 73.02.1 of the *Rules of Court*. In paragraph 33 of that affidavit he states:

I therefore request that this Court take jurisdiction of this matter given all of the above circumstances and that it supercedes the Parenting Interim Order granted in my absence and without notice to me.

[10] Both ss. 130.2(1) and 130.3(1) of the *Family Services Act* use the words “upon application”; Rule 73.02.1, on the other hand, permits a party who opposes an application to file a responding document. The responding document, which is the respondent’s affidavit, is in opposition to an application asserting a right or claim provided under the Rule. The question that then arises is, absent a separate application on behalf of the father, in circumstances such as these, is a Court precluded from superseding the valid order of an extra-provincial tribunal?

[11] Drapeau C.J.N.B. has consistently asserted the importance of full and accurate pleadings. In *Parlee v. McFarlane* (1999), 210 N.B.R. (2d) 284, [1999] N.B.J. No. 88 (QL), he noted:

The importance of pleadings cannot be underemphasized. They define the issues not only for the parties, but for the judge as well. Indeed, I cannot fathom a situation where a trial judge could properly decide the case before him or her on a basis not raised in the pleadings or at trial. [para. 33]

[12] I am of the view that the father could properly file a responding document to resist the mother’s application under s. 130.2(1) to have the Alberta order recognized. However, in order for the father to seek an order superseding the extra-provincial order, he had to file his own application under s. 130.3(1). His failure to file an originating document left the Court of Queen’s Bench without any procedural basis upon which to make the impugned order. It is by way of such an originating document (application) that the father could have alleged a material change in circumstances and argued that the child was habitually resident in New Brunswick at the commencement of the application. Absent such an application, the trial judge did not have jurisdiction to respond to the request to supersede the extra-provincial order.

B. *Reasonable notice of commencement of proceedings*

[13] In deciding to supersede the Alberta order the trial judge relied, in part, on s. 130.2(a) of the *Family Services Act* which permits such an order in the event the father had not been “given reasonable notice of the commencement of” the Alberta proceeding. According to the father, he had not been given reasonable notice of the custody proceedings that were brought by the mother in Alberta, prior to his departure with the child for New Brunswick. The mother offers no proof the father was served with notice of the proceedings in accordance with Alberta’s *Rules of Court*, but asserts that he nevertheless “had reasonable notice of the commencement of the proceedings”. In support of this assertion, the mother relies upon the father’s cross-examination during which he confirms that he left the province of Alberta on July 1, 2008, knowing he was to be in Court on July 10, 2008. In addition, the father testified in cross-examination that he was made aware by a social worker, Alice Head, on June 20, 2008, that a custody hearing had been scheduled for July 10, 2008. His response was that although his chances of obtaining custody should have been 50/50, he believed they were reduced because he is a man. Furthermore, Exhibit #3 indicates the father, as well as the mother, had made an application for an interim custody order in Alberta and that both were scheduled for July 10, 2008. The irresistible inference is that the father had reasonable notice of the hearing date. None of this evidence was refuted.

[14] The mother submits no authority to support her contention that notification by a social worker constitutes “reasonable notice of the commencement of the proceeding in which the order was made”. According to the father, he was never served or otherwise officially notified that legal proceedings were pending in Alberta, and though he had been advised by the social worker that a proceeding was scheduled, when he left Alberta with the child, he was under the impression that he was legally able to do so. He contends that his confusion was compounded by his lack of legal representation.

[15] A proceeding may be allowed to continue in the absence of notice only where there are exceptional circumstances, typically either urgency or anticipated

harmful impact related to the giving of notice (see *B.F. v. C.F.*, [2002] A.J. No. 278 (QL), 2002 ABQB 242, at para. 15). However, according to the trial judge “there was no conclusive evidence that he [the father] knew of the July 10th hearing and that he was not to leave the province of Alberta as alleged” (para. 14). He continued: “this Court is satisfied that [the father] was not given reasonable notice of the commencement of the proceedings in which the July 17th, 2008 order was made and was not given the opportunity to be heard before that order was made” (para. 21). The trial judge makes no reference to the father’s admission that he had been informed by the social worker that a custody hearing had been set, or of the fact that the father had filed a custody application in Calgary. In the Interim Parenting Order of the Calgary Family Court, there is no express finding of fact with regard to whether the father was given reasonable notice of the custody hearing.

[16] Is notification by a social worker of a pending hearing reasonable notice as required by s. 130.2(1)(a) of the *Family Services Act*? In *C.S. c. J.B.R.*, [2004] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 40, [2004] N.B.J. No. 311 (QL), 2004 NBQB 295, Rideout J. was willing to find adequate notice where the defendant had signed a custody agreement that contained a clause that stated that the plaintiff was “in the process of commencing legal action in the Province of Ontario to resolve the issues of custody, access and child support of [the child]” (para. 15). This indicates that trial courts in New Brunswick have been prepared to accept other evidence beyond formal service in determining whether a party has been given reasonable notice of the commencement of proceedings.

[17] Based on the evidence available to the trial judge (the father’s responses on cross-examination, the social worker’s evidence and the unrefuted exhibit), the finding that the father had not been given reasonable notice of the commencement of proceedings in Alberta amounted to a palpable and overriding error of fact. The trial judge improperly disregarded evidence that the father was notified by the Alberta court on June 27, 2008 that a hearing was pending, and that the father had been informed of an upcoming court date by the social worker, Alice Head. Therefore, the father could not successfully resist the mother’s application by relying on s. 130.2(1)(a).

C. *Material change of circumstances*

[18] Section 130.3(1) of the *Family Services Act* specifies that, in order for a New Brunswick court to supersede a valid extra-provincial order, the court must be satisfied there has been a material change in circumstances likely to affect the best interests of the child. According to the Supreme Court of Canada, a material change in circumstances is “a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which relied on as constituting a change was known at the relevant time, it cannot be relied on as the basis for variation”: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670 at p. 688, [1994] S.C.J. No. 94 (QL). Thus, in order to amount to a material change in circumstances within the context of the *Family Services Act*, a change must have been unknown to the court that issued the extra-provincial order that a party is seeking to supersede. In the case at bar, it is unclear whether the Alberta Provincial Court judge was aware that the child had been taken to New Brunswick when the Interim Parenting Order was issued. Also, as a matter of public policy, a parent should not be able to benefit from a material change in circumstance that was unilaterally created by him or her in the face of a pending judicial proceeding.

D. *Habitual residence*

[19] As I have pointed out, the father may have had a remedy under s. 130.3(1) of the *Act* if he had presented an application, since a new *status quo* regarding the child had been established. However, section s. 130(2) of the *Act* reads: “a child is habitually resident in the place where he resided: (a) with both parents; (b) where the parents are living separate and apart, with one parent under a separation agreement or with the implied consent of the other or under a court order; or (c) with a person other than a parent on a permanent basis for a significant period of time, whichever last occurred.”

[20] Further, s. 130(3) states that: “The removal or withholding of a child without the consent of the person having custody of the child does not alter the habitual

residence of the child unless there has been acquiescence or undue delay in commencing due process by the person from whom the child is removed or withheld.”

[21] Judges of the Court of Queen’s Bench in this Province have concluded, and I would agree, that “the determination of [a child’s] ‘habitual residence’ is largely a fact driven process”: *Tucker v. Savoy* (2009), 346 N.B.R. (2d) 390, [2009] N.B.J. No. 256 (QL), 2009 NBQB 210, at para. 20; *Richard v. Karibian*, [2003] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 37, [2003] N.B.J. No. 187 (QL), 2003 NBQB 198, at para. 9. In the case of parents who are not residing together, an examination of the facts is required to determine whether the child was brought to another jurisdiction without the express or implied consent of the parent that had custody. If no consent was given, the child’s habitual residence cannot be altered, absent acquiescence by the custodial parent or undue delay in commencing the process to have the child returned.

[22] Based on the facts in the instant case, it is apparent the child was brought to New Brunswick by the father without the express or implied consent of the mother. There was a significant delay in commencing the process to have the child returned to Alberta, but the evidence suggests that this delay was due to administrative difficulties faced by the mother in securing legal aid funding.

[23] In addition, according to s. 130(4)(ii) of the *Act*, New Brunswick courts are empowered to alter or vary a custody order where the child is physically present within the province, and the court is satisfied on the balance of probabilities that the child would suffer serious harm if returned to the custodial parent. In the case at bar, the trial judge made no such finding.

[24] Based on the evidence, there is some question as to whether the trial judge’s finding that the child was habitually resident in the Province of New Brunswick amounted to an error of law. In any event, the father did not bring an application to have this properly decided.

E. *Real and substantial connection*

[25] If a child is not habitually resident in the province, New Brunswick courts may still have authority to supersede an extra-provincial order. To do so, all of the following must be found: (1) Physical presence of the child in the province; (2) No real and substantial connection with the province that issued the order in question; (3) Substantial evidence concerning the best interests of the child is available in the province; (4) The child has a real and substantial connection with the province; and (5) It is appropriate for jurisdiction to be exercised within the province on the balance of convenience. (*Family Services Act*, s. 130.3(b).) In the present case, the trial judge's finding that the child no longer possessed a real and substantial connection with the Province of Alberta is an error of law.

[26] The law regarding "real and substantial connection" in New Brunswick was set out by Drapeau C.J.N.B. in *Coutu v. Gauthier Estate* (2006), 296 N.B.R. (2d) 34, [2006] N.B.J. No. 38 (QL), 2006 NBCA 16. In *Coutu*, Drapeau C.J.N.B. cites with approval the following passage from Professor Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997):

The real and substantial connection to the province or territory when its courts exercise jurisdiction over litigants, a test designed to give substance to order and fairness, is neither very demanding, nor should it be applied rigidly, although there must be limits on claims to jurisdiction. In *Morguard*, the Supreme Court refrained from determining those limits as no court can anticipate what constitutes a reasonable assumption of jurisdiction. Traditional rules of jurisdiction are a good place to start. Each one must be defined in accordance with the broad principles of order and fairness. The approach is a constructive one. However, it should not be restricted to interprovincial litigation. The Supreme Court speaks of a real and substantial connection, not the *most* real and substantive connection, therefore a minimal connection with the province may be sufficient as long as it is not superficial. This is certainly the case with respect to most of the statutory rules of procedure allowing service ex juris in specific cases. For instance, it would

seem that a breach of contract or a tort committed in the province is such a minimal connection. Only in cases not specifically listed in the rules of court, for which leave must be obtained, could service ex juris be seriously challenged on constitutional grounds if there was no connection at all with the forum. This is unlikely to happen in such a case, since the court would not grant leave to serve the defendant ex juris. [para. 64; pp. 55-56 in the original]

[27] In *Coutu*, Drapeau C.J.N.B. writes:

It is trite law that the real and substantial connection test is not the equivalent of the proximate connection test (see Walker, *Canadian Conflict of Laws*, 6th ed., looseleaf (Markham, Ont.: Butterworths, 2005), at para. 1.15). In its several pronouncements on the subject, the Supreme Court refers to *a* real and substantial connection, not *the most* real and substantial connection between the subject matter of the action and the forum province.

[...]

The real and substantial connection test focuses on the significance of the link, if any, between the subject matter of the action and the forum province. [paras. 68-69]

[28] In *Coutu*, Drapeau C.J.N.B. also refers to *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, [2003] S.C.J. No. 77 (QL), 2003 SCC 72, where the Supreme Court of Canada noted that “[a] substantial connection with the subject matter of the action will satisfy the real and substantial connection test even in the absence of such a connection with the defendant to the action” (para. 23). Drapeau C.J.N.B. points out that in order to amount to a real and substantial connection, a connection must be more than fleeting or relatively unimportant (para. 71).

[29] Trial courts in New Brunswick have previously dealt with the issue of what constitutes a real and substantial connection within the context of s. 130.3(1) in the *Family Services Act*. In *J.L v. L.M* (2001), 237 N.B.R. (2d) 90, [2001] N.B.J. No. 147

(QL), 2001 NBQB 20, at para. 13, Boisvert J. cited with approval the following statement of Steel J. (as she then was) of the Manitoba Court of Queen's Bench in *Bluebird v. Tanowski* (1999), 135 Man.R. (2d) 105, [1999] M.J. No. 5 (QL):

The child does not lose his real and substantial connection with Alberta simply because less than two weeks earlier his mother took him to Manitoba on her own action without any disclosed reason and without notice to the father. An infant's connection to a place is inextricably linked with that of its primary caregiver. Yet that real and substantial connection cannot be broken by one parent's unilateral action taken without the knowledge of the other parent. This is especially so where there is no allegation of harm to either the primary caregiver or the child and the other parent takes action to obtain the return of the child as soon as is reasonably possible. A parent should not be able to unilaterally change a child's residence by surreptitiously removing the child from one province to another. To hold otherwise would make a mockery of the Act. [para. 11]

[30] In addition, Steel J. stated in *Bluebird*:

A court should not allow a parent to advance her claim by establishing a real and substantial connection based on a wrongful removal. It is certainly tempting to accept jurisdiction in a case such as this where many of the prospective witnesses are before the court. However, that would run contrary to one of the purposes of [Manitoba's *Child Custody Enforcement*] Act which is "to discourage the abduction of children as an alternative to the determination of custody rights by due process. [para. 13]

[31] The Alberta Court of Appeal has stated that, in that province, the preferred interpretation of real and substantial connection, within the context of Alberta's family law legislative regime, involves "a continuing legal connection to the jurisdiction, such as would be found where a child was improperly removed from the jurisdiction in the face of a valid custody order. In such a case the child's residence and domicile would not have

been lawfully changed”: *Gratto v. Whittner* (1994), 149 A.R. 251 (C.A.), [1994] A.J. No. 1104 (C.A.) (QL), at para. 15.

[32] In the instant case, the child was born in Alberta, and resided there until the father unilaterally removed him on July 1, 2008. The child’s mother continues to reside in Alberta. The evidence of child welfare workers who were previously involved with the family is in Alberta. It is clear that the child continues to possess a real and substantial connection to the Province of Alberta. Accordingly, the finding of the trial judge that no such connection continues to exist amounts to an error of law. Since the child continues to possess a real and substantial connection with the Province of Alberta, the criteria for superceding an extra-provincial order as required by s. 130.3(1)(b) cannot be met.

F. *Public policy considerations*

[33] Courts should be hesitant to permit a parent to benefit, at the expense of the best interests of the child, from a material change in circumstances that was the product of a unilateral act undertaken in an effort to frustrate a pending judicial proceeding. Such a ruling would encourage parents to flaunt judicial orders by absconding with their children.

[34] In the instant case, the father alleges there was an “intervening act” that caused him to fear for his own safety and the safety of his child, and resulted in his decision to flee the Province of Alberta. Such an intervening act should not be relied on to justify an improper removal of a child from a jurisdiction. Surely there were other avenues of relief available within Alberta if he had concerns for his or his child’s safety.

VI. Conclusion and Disposition

[35] While the failure of the father to file an application to have the extra-provincial order superseded pursuant to s. 130.3(1) of the *Family Services Act* is

determinative, it should be noted the trial judge made additional errors of both fact and law. The trial judge's finding that the father did not receive reasonable notice of the commencement of proceedings in Alberta was a palpable and overriding error of fact, since the trial judge ignored evidence that demonstrated the father was aware that judicial proceedings were pending when he took his child from the Province of Alberta. Additionally, the finding that the child was habitually resident in the Province of New Brunswick disregards s. 130(3) of the *Family Services Act*, which provides that unilateral removal of a child without the acquiescence of a custodial parent does not alter the child's habitual residence. Also, the trial judge's finding that the child no longer has a real and substantial connection with the Province of Alberta is unsustainable, based, *inter alia*, on the evidence that the child was born in Calgary, and that his mother continues to reside there. Finally, there are public policy considerations that strongly militate against courts permitting parents to benefit, at the expense of the best interests of the child, from material changes in circumstances created intentionally to frustrate pending judicial proceedings.

[36] For all of these reasons, I would allow the appeal and set aside the decision of the judge of the Court of Queen's Bench. The order of the Alberta Provincial Court, dated July 17, 2008 is recognized and deemed to be an order of the court, pursuant to s. 130.2(2) of the *Family Services Act*. Since both parties are represented by legal aid lawyers I would make no order as to costs.

LA JUGE LARLEE

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision inédite rendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans laquelle il a rejeté la requête d'une mère en vue de faire exécuter une ordonnance parentale provisoire rendue par un juge de la Cour provinciale de l'Alberta. Aux termes de cette ordonnance, la mère avait obtenu la garde de l'enfant des parties. Lorsqu'il a rejeté la requête, le juge de la Cour du Banc de la Reine a accordé la garde provisoire au père intimé.

[2] À la fin de l'audience devant notre Cour, nous avons accueilli l'appel en précisant que des motifs seraient fournis à une date ultérieure. En résumé, je suis d'avis qu'il y a quatre raisons pour lesquelles il y a lieu d'accueillir l'appel. Premièrement, le père a omis de présenter une demande en vue du remplacement de l'ordonnance extraprovinciale comme le veut le par. 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. Deuxièmement, le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a dit que l'enfant n'a plus de liens solides et véritables avec la province de l'Alberta, où sa mère habite. Troisièmement, le juge du procès a commis une erreur de fait manifeste et dominante lorsqu'il a statué que le père n'avait pas reçu d'avis raisonnable de la procédure engagée en Alberta. Finalement, il y a lieu d'accueillir l'appel pour des raisons d'intérêt public. Les tribunaux devraient répugner à permettre à un des parents ayant la garde de créer un changement de circonstances, au sens du par. 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille*, et d'en tirer profit, en déplaçant unilatéralement un enfant hors d'un ressort dans le but de se soustraire à une procédure judiciaire en instance.

I. Le contexte

[3] L'enfant des parties est né à Calgary, en Alberta, le 6 mars 2006. À la suite de leur rupture, au début de juin 2008, les deux parents ont présenté une demande en

vue d'obtenir la garde provisoire de l'enfant. La tenue d'une audience regroupant les deux demandes a été fixée au 10 juillet 2008. Avant l'audience, le père a unilatéralement décidé de quitter la province de l'Alberta avec l'enfant et de revenir au Nouveau-Brunswick, sa province d'origine. À la suite de l'audience du 10 juillet 2008, une juge de la Cour provinciale de l'Alberta a rendu une ordonnance provisoire *ex parte* accordant la garde exclusive de l'enfant à la mère. Le 25 février 2009, la mère a déposé une requête devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick afin que l'ordonnance rendue en Alberta soit exécutée ici. Au procès, le juge a déterminé qu'il y avait lieu de remplacer l'ordonnance rendue en Alberta et d'accorder la garde de l'enfant au père.

II. Le tribunal d'instance inférieure

[4] Le juge du procès a conclu qu'il y avait lieu de remplacer l'ordonnance albertaine parce que le père n'avait pas reçu d'avis raisonnable de la procédure engagée en Alberta. De plus, il a conclu qu'il avait eu un changement de circonstances susceptible de nuire à l'intérêt supérieur de l'enfant et que la résidence habituelle de l'enfant était au Nouveau-Brunswick. À titre subsidiaire, il a conclu que l'enfant n'avait plus de liens solides et véritables avec la province de l'Alberta. Finalement, il a conclu que, compte tenu du poids relatif des avantages et des inconvénients, il s'avérait approprié que la Province du Nouveau-Brunswick exerce sa compétence dans cette affaire. Finalement, il a accordé la garde au père.

III. Les moyens d'appel

[5] La mère conteste la décision en invoquant trois moyens d'appel. Elle prétend que le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a tiré les conclusions suivantes :

- Le lieu de résidence habituel de l'enfant était la province du Nouveau-Brunswick.

- L'enfant n'avait plus de liens solides et véritables avec la province de l'Alberta.
- L'intimé n'avait pas reçu d'avis raisonnable du début de la procédure engagée en Alberta.

IV. Les textes législatifs applicables

[6] Les dispositions législatives pertinentes sont jointes à l'Annexe A.

V. La norme de contrôle

[7] Une cour d'appel doit faire preuve d'une déférence considérable envers la décision du juge du procès sur une question ressortissant au droit de la famille. Toutefois, une cour d'appel peut modifier ou annuler une ordonnance de garde s'il y a eu erreur de droit, erreur de principe ou erreur significative dans l'interprétation de la preuve (voir les arrêts *J.E.J. c. S.L.M.*, [2007] A.N.-B. n° 249 (QL), 2007 NBCA 33, par. 35, et *Milton c. Milton* (2008), 338 R.N.-B. (2^e) 300, [2008] A.N.-B. n° 467 (QL), 2008 NBCA 87, par. 14).

VI. Analyse

A. *L'omission de déposer une demande en vue du remplacement d'une ordonnance extraprovinciale*

[8] En l'espèce, l'omission du père de déposer une demande afin que le juge du procès remplace l'ordonnance rendue en Alberta, conformément au par. 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille*, est déterminante. La mère a déposé une requête afin que la Cour du Banc de la Reine reconnaisse la compétence de la Province de l'Alberta en ce qui concernait l'enfant, fasse respecter l'ordonnance parentale provisoire rendue dans la

province de l'Alberta et lui attribue la garde exclusive de l'enfant conformément aux par. 129(2) et 129(3) de la *Loi sur les services à la famille*.

[9] Le père a sollicité des mesures réparatoires dans un « document de défense ». Ce document est un affidavit fait par le père qui est conforme à la règle 73.02.1 des *Règles de procédure*. Voici ce qu'il dit au paragraphe 33 de cet affidavit :

[TRADUCTION]

Je demande donc que la Cour assume la compétence sur la présente affaire compte tenu de l'ensemble des circonstances susmentionnées et qu'elle remplace l'ordonnance parentale provisoire rendue en mon absence et sans que j'en aie été avisé.

[10] Au par. 130.2(1) et au par. 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille* les expressions « [à] la demande de » et « [s]ur demande qui en est faite » sont employées; la règle 73.02.1, par ailleurs, autorise une partie qui conteste une requête à déposer un document de défense. Le document de défense, qui est l'affidavit de l'intimé, conteste une requête revendiquant un droit ou formant une demande prévu par cette règle. La question qui se pose ensuite consiste à savoir si, en l'absence d'une demande distincte faite pour le compte du père, dans des circonstances comme celles qui nous occupent en l'espèce, il est interdit à la Cour de remplacer l'ordonnance valide rendue par un tribunal extraprovincial?

[11] Le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a, de façon constante, souligné qu'il est important que les plaidoiries soient complètes et exactes. Il a fait observer ceci dans l'arrêt *Parlee c. McFarlane* (1999), 210 R.N.-B. (2^e) 284, [1999] A.N.-B. n° 88 (QL) :

On ne peut sous-estimer d'aucune manière l'importance des plaidoiries. Elles définissent les questions en litige tant pour les parties que pour le juge. En fait, je ne peux pas voir comment un juge de procès pourrait trancher à bon droit une cause dont il est saisi sur un fondement qui

n'aurait été soulevé ni dans les plaidoiries ni au procès [par. 33].

[12] J'estime que le père était fondé à déposer un document de défense pour contester la requête que la mère avait présentée en vertu du par. 130.2(1) afin que l'ordonnance rendue en Alberta soit reconnue. Toutefois, pour solliciter une ordonnance remplaçant l'ordonnance extraprovinciale, il fallait que le père dépose sa propre requête en vertu du par. 130.3(1). Le fait qu'il n'ait pas déposé d'acte introductif d'instance a eu pour résultat que la Cour du Banc de la Reine n'avait rien, sur le plan procédural, sur quoi s'appuyer pour rendre l'ordonnance contestée. C'est au moyen d'un acte introductif d'instance (une requête) que le père aurait pu invoquer un changement de circonstances et prétendre que la résidence habituelle de l'enfant était au Nouveau-Brunswick au moment de l'introduction de la requête. En l'absence d'une requête de cette nature, le juge du procès n'avait pas compétence pour répondre à la requête en vue du remplacement de l'ordonnance extraprovinciale.

B. *L'avis raisonnable de la procédure engagée*

[13] Lorsqu'il a décidé de remplacer l'ordonnance rendue en Alberta, le juge du procès s'est appuyé, en partie, sur l'al. 130.2(1)a) de la *Loi sur les services à la famille*, lequel l'autorisait à le faire pour le cas où le père n'aurait pas « reçu d'avis raisonnable du début des procédures » en Alberta. Selon le père, il n'avait pas reçu d'avis raisonnable du fait que la mère avait introduit, en Alberta, une instance concernant la garde avant qu'il ne parte pour le Nouveau-Brunswick avec l'enfant. La mère n'a déposé aucune preuve établissant que le père a reçu signification d'un avis d'introduction de l'instance conformément aux *Rules of Court*, les règles de procédure de l'Alberta, mais elle prétend qu'il a néanmoins [TRADUCTION] « reçu [un] avis raisonnable de la procédure ». À l'appui de cette prétention, la mère invoque le contre-interrogatoire du père au cours duquel celui-ci a confirmé avoir quitté la province de l'Alberta le 1^{er} juillet 2008 en sachant qu'il devait se présenter devant la Cour le 10 juillet 2008. De plus, le père a témoigné, pendant le contre-interrogatoire, qu'une travailleuse sociale, Alice Head, l'avait informé, le 20 juin 2008, qu'une audience concernant la garde devait avoir lieu le

10 juillet 2008. Il a répondu qu'il aurait dû avoir cinquante pour cent de chances d'obtenir la garde, mais qu'il croyait que ses chances étaient réduites parce qu'il est un homme. De plus, la pièce n^o 3 indique que le père, ainsi que la mère, avaient déposé une demande en vue d'obtenir une ordonnance de garde provisoire en Alberta et que l'audition des deux demandes était fixée au 10 juillet 2008. L'inférence qui en découle nécessairement est que le père a reçu un avis raisonnable de la date de l'audience. Aucun de ces éléments de preuve n'a été réfuté.

[14] La mère n'invoque aucun précédent ou texte faisant autorité à l'appui de sa prétention voulant qu'un avis donné par une travailleuse sociale constitue un « avis raisonnable du début des procédures au cours desquelles l'ordonnance a été rendue ». Le père affirme qu'il n'a jamais reçu signification ni été autrement avisé officiellement du fait qu'une procédure judiciaire était en instance en Alberta et que bien que la travailleuse sociale l'eût informé qu'une procédure avait été mise au rôle, au moment où il a quitté l'Alberta en compagnie de l'enfant, il avait l'impression qu'il était légalement autorisé à le faire. Il prétend que sa confusion était d'autant plus grande qu'il n'était pas représenté par un avocat.

[15] En l'absence d'un préavis, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la Cour peut laisser une instance se poursuivre; habituellement soit en cas d'urgence, soit parce que l'on s'attend à ce que la remise d'un préavis ait des conséquences préjudiciables (voir la décision *B.F. c. C.H.*, [2002] A.J. No. 278 (QL), 2002 ABQB 242, par. 15). Toutefois, selon le juge du procès, [TRADUCTION] « il n'y avait aucune preuve concluante établissant qu'il [le père] était au courant de l'audience du 10 juillet et savait qu'il ne devait pas quitter la province de l'Alberta comme on le prétend » (par. 14). Il a poursuivi en disant ceci : [TRADUCTION] « [L]a Cour est convaincue que [le père] n'a pas reçu d'avis raisonnable de la procédure au cours de laquelle l'ordonnance du 17 juillet 2008 a été rendue et qu'on ne lui a pas donné l'occasion d'être entendu avant que cette ordonnance ne soit rendue » (par. 21). Le juge du procès ne fait pas mention du fait que le père avait avoué avoir été informé par la travailleuse sociale qu'une audience concernant la garde avait été inscrite au rôle ni du

fait que le père avait déposé une demande en vue d'obtenir la garde à Calgary. Dans l'ordonnance parentale provisoire rendue par le tribunal de la famille de Calgary, il n'y a aucune conclusion de fait expresse concernant la question de savoir si le père avait reçu un avis raisonnable de la tenue de l'audience concernant la garde.

[16] L'avis de la tenue imminente d'une audience qui est donné par un travailleur social constitue-t-il un avis raisonnable au sens de l'al. 130.2(1)a) de la *Loi sur les services à la famille*? Dans la décision *C.S. c. J.B.R.*, [2004] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 40, [2004] A.N.-B. n° 311 (QL), 2004 NBBR 295, le juge Rideout était disposé à conclure à l'existence d'un avis suffisant parce que le défendeur avait signé une entente de garde qui contenait une clause portant que la demanderesse était [TRADUCTION] « en voie d'engager une action en justice dans la province de l'Ontario afin que soient tranchées les questions de la garde [de l'enfant], de l'accès auprès de lui et des aliments à son profit » (par. 15). Cela indique que les tribunaux de première instance, au Nouveau-Brunswick, sont disposés à accepter des éléments de preuve autres qu'une preuve de la signification officielle aux fins de déterminer si une partie a reçu un avis raisonnable de la procédure.

[17] Compte tenu de la preuve dont disposait le juge du procès (la réponse du père en contre-interrogatoire, le témoignage de la travailleuse sociale et la pièce non réfutée), la conclusion selon laquelle le père n'avait pas reçu d'avis raisonnable de la procédure engagée en Alberta constituait une erreur de fait manifeste et dominante. C'est à tort que le juge du procès a passé outre à des éléments de preuve établissant que le tribunal albertain avait avisé le père, le 27 juin 2008 qu'une audience allait avoir lieu et que le père avait été informé par la travailleuse sociale, Alice Head, d'une prochaine audience devant la cour. Par conséquent, le père ne pouvait contester la demande de la mère en s'appuyant sur l'al. 130.2(1)a) et avoir de gain de cause.

C. *Le changement de circonstances*

[18] Il est précisé au paragraphe 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille* que pour qu'une cour, au Nouveau-Brunswick, remplace une ordonnance extraprovinciale valide, elle doit être convaincue de l'existence d'un changement de circonstances susceptible de nuire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon la Cour suprême du Canada, un changement de circonstances est « un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification » : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, à la p. 688, [1994] A.C.S. n° 94 (QL). Ainsi, pour constituer un changement de circonstances dans le contexte de la *Loi sur les services à la famille*, il faut que le changement n'ait pas été connu du tribunal qui a rendu l'ordonnance extraprovinciale dont une des parties sollicite le remplacement. En l'espèce, nous ne savons pas très bien si la juge de la Cour provinciale de l'Alberta savait que l'enfant avait été emmené au Nouveau-Brunswick lorsque l'ordonnance parentale provisoire a été rendue. En outre, pour des raisons d'intérêt public, un parent ne devrait pas pouvoir profiter d'un changement de circonstances qui a unilatéralement été créé par lui face à une procédure judiciaire en instance.

D. *Le lieu de résidence habituel*

[19] Comme je l'ai souligné, le père aurait peut-être pu obtenir réparation en vertu du par. 130.3(1) de la *Loi* s'il avait déposé une demande puisqu'un nouveau *statu quo* concernant l'enfant avait été établi. Toutefois, le par. 130(2) de la *Loi* est ainsi rédigé : « Un enfant est habituellement résident du lieu ou il réside *a*) avec son père et sa mère, *b*) lorsque les parents vivent en état de séparation, avec l'un de ses parents en vertu d'une entente de séparation, ou avec le consentement implicite de l'autre parent, ou en vertu d'une ordonnance de la Cour, ou *c*) de façon permanente avec une personne autre que ses parents depuis une période de temps importante, selon celui des ces événements qui survient en dernier ».

[20] De plus, le paragraphe 130(3) dispose que : « Le fait d'enlever ou de retenir un enfant sans le consentement de la personne qui en a la garde ne modifie pas le lieu de résidence [habituel] de l'enfant, à moins qu'il n'y ait eu consentement ou retard injustifié à entamer des procédures régulières de la part de la personne de qui l'enfant a été enlevé ou à l'encontre de laquelle il est retenu ».

[21] Dans notre province, des juges de la Cour du Banc de la Reine ont conclu, et je suis d'avis de souscrire à cette conclusion, que [TRADUCTION] « la détermination du 'lieu de résidence habituel' [d'un enfant] est un processus qui repose en grande partie sur les faits » : *Tucker c. Savoy* (2009), 346 R.N.-B. (2^e) 390, [2009] A.N.-B. n^o 256 (QL), 2009 NBBR 210, par. 20; et *F.J.R. c. J.K.*, [2003] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 37, [2003] A.N.-B. n^o 187 (QL), 2003 NBBR 198, par. 9. Dans le cas où les parents n'habitent pas ensemble, l'examen des faits est nécessaire pour déterminer si l'enfant a été emmené dans un autre ressort sans le consentement exprès ou tacite du parent qui en avait la garde. Si le consentement n'a pas été donné, le lieu de résidence habituel de l'enfant ne peut être modifié, à moins qu'il n'y ait consentement du parent ayant la garde ou retard injustifié de ce dernier à engager la procédure afin que l'enfant lui soit rendu.

[22] D'après les faits qui nous occupent en l'espèce, il est manifeste que le père a amené l'enfant au Nouveau-Brunswick sans le consentement exprès ou tacite de la mère. Il y a eu un retard important à engager la procédure afin que l'enfant revienne en Alberta, mais la preuve donne à penser que ce retard est imputable à des difficultés administratives auxquelles la mère a été confrontées dans l'obtention des services de l'Aide juridique.

[23] En outre, aux termes du sous-alinéa 130(4)b)(ii) de la *Loi*, les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont le pouvoir de modifier une ordonnance de garde lorsque l'enfant est présent dans la province et le tribunal est convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, l'enfant subirait un préjudice grave s'il était confié à nouveau à la garde du

parent en ayant la garde légale. En l'espèce, le juge du procès n'a tiré aucune conclusion de cette nature.

[24] D'après la preuve, la question se pose de savoir si la conclusion du juge du procès selon laquelle la résidence habituelle de l'enfant était dans la province du Nouveau-Brunswick constituait une erreur de droit. Quoiqu'il en soit, le père n'a pas déposé de demande afin que cette question soit convenablement tranchée.

E. *Les liens solides et véritables*

[25] Si un enfant n'a pas de résidence habituelle dans la province, les tribunaux du Nouveau-Brunswick pourraient néanmoins avoir compétence pour remplacer une ordonnance extraprovinciale. Pour ce faire, il faut que toutes les conclusions suivantes soient tirées : (1) l'enfant est présent dans la province; (2) il n'a pas de liens solides et véritables avec la province où l'ordonnance en question a été rendue; (3) il existe des éléments substantiels de preuve sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans la province; (4) l'enfant a des liens solides et véritables avec la province; et (5) compte tenu de la prépondérance des inconvénients, il s'avère approprié d'exercer la compétence dans la province (*Loi sur les services à la famille*, al. 130.3(1)b)). En l'espèce, la conclusion du juge du procès selon laquelle l'enfant n'avait plus de liens solides et véritables avec la province de l'Alberta est une erreur de droit.

[26] Les règles de droit régissant les « liens solides et véritables », aussi appelés « liens réels et substantiels », au Nouveau-Brunswick ont été énoncées par le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *Coutu c. Gauthier Estate* (2006), 296 R.N.-B. (2^e) 34, [2006] A.N.-B. n^o 38 (QL), 2006 NBCA 16. Dans cet arrêt, le juge en chef Drapeau cite, en marquant son approbation, le passage suivant de l'ouvrage du professeur Castel, intitulé *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 1997 :

[TRADUCTION]

L'exigence d'un lien réel et substantiel avec la province ou le territoire, lorsque les tribunaux de ce ressort exercent leur compétence dans un litige, critère qui vise à promouvoir l'ordre et l'équité, n'est pas très astreignante et ne doit pas non plus être appliquée de façon rigide, bien qu'il y ait des limites à pouvoir se déclarer compétent. Dans l'arrêt *Morguard*, la Cour suprême s'est abstenue de déterminer ces limites puisque aucun tribunal ne peut dire d'avance ce qui constitue une déclaration raisonnable de compétence. Les règles traditionnelles régissant la compétence constituent un bon point de départ. Chacune d'elles doit être définie à la lumière des principes généraux d'ordre et d'équité. C'est une démarche évolutive. Toutefois, elle ne doit pas se limiter aux litiges interprovinciaux. La Cour suprême parle d'un lien réel et substantiel, pas du lien *le plus* réel et *le plus* substantiel et il est donc possible qu'un lien même ténu avec la province soit suffisant pourvu qu'il ne soit pas superficiel. Cela est certainement vrai de la plupart des règles de procédure en vigueur qui autorisent la signification *ex juris* dans des cas précis. Ainsi, il semblerait qu'une rupture de contrat ou un délit civil commis dans la province constitue un lien minimal. Ce n'est que dans les cas qui ne sont pas expressément mentionnés dans les règles de procédure, auxquels cas une autorisation est nécessaire, que la signification *ex juris* pourrait être sérieusement contestée pour des raisons d'ordre constitutionnel s'il n'y avait absolument aucun lien avec le tribunal saisi. Il est peu probable que cela se produise en pareil cas puisque le tribunal n'autoriserait pas une signification *ex juris* à la partie défenderesse [par. 64; pp. 55 et 56 de l'ouvrage cité.]

[27]

Dans l'arrêt *Coutu*, le juge en chef Drapeau écrit ce qui suit :

Il est bien établi en droit que le critère du lien réel et substantiel n'est pas la même chose que le critère du lien immédiat (voir Walker, *Canadian Conflict of Laws*, 6^e éd., [feuillet mobile] (Markham (Ont.) : Butterworths, 2005) au paragraphe 1.15). Dans ses nombreuses décisions sur le sujet, la Cour suprême fait état d'un lien réel et substantiel, pas du lien *le plus* réel et *le plus* substantiel entre l'objet de l'action et la province du tribunal saisi.

[...]

[L]e critère du lien réel et substantiel est axé sur l'importance du lien qui existe, le cas échéant, entre l'objet de l'action et la province du tribunal saisi. [par. 68 et 69]

[28] Dans l'arrêt *Coutu*, le juge en chef Drapeau mentionne également l'arrêt *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, [2003] A.C.S. n° 77 (QL), 2003 CSC 72, où la Cour suprême du Canada a souligné que « [l]'existence d'un lien substantiel avec l'objet de l'action permet de satisfaire au critère du 'lien réel et substantiel', même en l'absence d'un tel lien avec le défendeur à l'action » (par. 23). Le juge en chef Drapeau souligne que pour constituer un lien réel et substantiel, le lien doit être davantage qu'un lien éphémère ou relativement peu important (par. 71).

[29] Certains tribunaux de première instance du Nouveau-Brunswick ont déjà examiné la question de savoir ce qui constitue un lien solide et véritable, ou un lien réel et substantiel, dans le contexte du par. 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille*. Dans la décision *J.L. c. L.M.* (2001), 237 R.N.-B. (2^e) 90, [2001] A.N.-B. n° 147 (QL), 2001 NBBR 20, par. 13, le juge Boisvert a cité en marquant son approbation les propos suivants qu'a tenus la juge Steel (tel était alors son titre), de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, dans la décision *Bluebird c. Tanowski* (1999), 135 Man.R. (2d) 105, [1999] M.J. No. 5 (QL) :

[TRADUCTION]

L'enfant ne perd pas son lien réel et substantiel avec l'Alberta simplement parce que moins de deux semaines plus tôt sa mère l'a emmené au Manitoba de sa propre initiative sans donner de raison et sans avis au père. Le lien d'un enfant à un endroit est inextricablement lié à celui du principal dispensateur de soins. Le lien réel et substantiel ne peut toutefois être interrompu par l'action unilatérale d'un parent entreprise à l'insu de l'autre parent. C'est particulièrement le cas lorsque aucune allégation de préjudice commis à l'égard du principal dispensateur de soins ou de l'enfant n'a été avancée et que l'autre parent prend des mesures pour obtenir le retour de l'enfant le plus tôt possible. Un parent ne devrait pas être capable de changer unilatéralement la résidence d'un enfant en le

déplaçant subrepticement d'une province à l'autre. Une décision contraire tournerait la *Loi* en dérision [par. 11].

[30] La juge Steel a également dit ceci dans la décision *S.L.B.* :

[TRADUCTION]

La Cour ne devrait pas permettre à un parent de faire valoir ses prétentions en établissant l'existence d'un lien réel et substantiel fondé sur le déplacement illégitime de l'enfant. Il est certes tentant d'assumer la compétence dans une situation comme celle-ci où plusieurs des témoins éventuels sont présents devant la Cour. Cela irait toutefois à l'encontre d'un des objets de la *Loi* [la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* du Manitoba], qui consiste à « décourager le recours à l'enlèvement d'enfant de la part de ceux qui entendent se soustraire à la procédure régulière relative au droit de garde ». [par. 13]

[31] La Cour d'appel de l'Alberta a dit que dans cette province là, l'interprétation de l'expression « lien réel et substantiel » [ou « liens solides et véritables »] qui a été retenue dans le contexte du régime législatif en vigueur en Alberta en matière de droit de la famille suppose l'existence [TRADUCTION] d'« un lien juridique continu avec le ressort, comme celui auquel on conclurait dans le cas d'un enfant que l'on aurait illégitimement déplacé à l'extérieur du ressort malgré une ordonnance de garde valide. Dans ce cas, le lieu de résidence et le domicile de l'enfant n'auraient pas été légalement modifiés » : *Gratto c. Whittner* (1994), 149 A.R. 251, [1994] A.J. No. 1104 (C.A.) (QL), par. 15.

[32] Dans le cas qui nous occupe, l'enfant est né en Alberta et y a été domicilié jusqu'à ce que le père le déplace unilatéralement à l'extérieur de cette province le 1^{er} juillet 2008. La mère de l'enfant est toujours domiciliée en Alberta. Les témoignages des intervenants en service d'aide sociale à l'enfance qui sont déjà intervenus auprès de cette famille sont en Alberta. Il est clair que l'enfant a toujours des liens solides et véritables avec la province de l'Alberta. Par conséquent, la conclusion du juge du procès voulant qu'aucun lien de cette nature n'existe aujourd'hui constitue une erreur de droit.

Puisque l'enfant a toujours des liens solides et véritables avec la province de l'Alberta, les critères énoncés à l'al. 130.3(1)*b*) qui régissent le remplacement d'une ordonnance extraprovinciale ne sont pas remplis.

F. *Les considérations d'intérêt public*

[33] Les tribunaux devraient hésiter à permettre à un parent de tirer parti, au mépris de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'un changement de circonstances qui est le produit d'un acte unilatéral accompli dans le but de faire obstacle à une procédure judiciaire en instance. Une décision de cette nature encouragerait les parents à passer outre aux ordonnances judiciaires en s'enfuyant avec leurs enfants.

[34] En l'espèce, le père prétend qu'un [TRADUCTION] « acte intervenant » lui a fait craindre pour sa propre sécurité et celle de l'enfant et a été à l'origine de sa décision de quitter la province de l'Alberta. On ne saurait invoquer un acte intervenant de cette nature pour justifier le déplacement illégitime d'un enfant à l'extérieur d'un ressort. Il y avait certainement d'autres voies de recours possibles en Alberta s'il entretenait des craintes relativement à sa propre sécurité ou à celle de son enfant.

VI. Conclusion et dispositif

[35] Bien que l'omission du père de déposer une demande en vue du remplacement de l'ordonnance extraprovinciale conformément au par. 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille* soit déterminante, il est à remarquer que le juge du procès a commis des erreurs de fait et de droit additionnelles. Sa conclusion selon laquelle le père n'avait pas reçu d'avis raisonnable de la procédure engagée en Alberta constituait une erreur de fait manifeste et dominante puisqu'il n'a pas tenu compte d'éléments de preuve établissant que le père savait qu'une procédure judiciaire était en instance lorsqu'il a quitté la province de l'Alberta avec l'enfant. De plus, la conclusion selon laquelle l'enfant avait sa résidence habituelle au Nouveau-Brunswick fait fi du par. 130(3) de la *Loi sur les services à la famille* qui dispose que le fait d'enlever unilatéralement un

enfant sans le consentement du parent qui en a la garde ne modifie pas le lieu de résidence habituelle de l'enfant. Qui plus est, la conclusion du juge du procès selon laquelle l'enfant n'a plus de liens solides et véritables avec la province de l'Alberta est insoutenable étant donné, notamment, les éléments de preuve établissant que l'enfant est né à Calgary et que sa mère y habite toujours. Finalement, il y a des considérations d'intérêt public qui militent fortement contre le fait que les tribunaux puissent permettre aux parents de profiter, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'un changement de circonstances créé intentionnellement afin de faire obstacle à une procédure judiciaire en instance.

[36] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler la décision du juge de la Cour du Banc de la Reine. L'ordonnance de la Cour provinciale de l'Alberta, datée du 17 juillet 2008, est reconnue et réputée être une ordonnance de la cour conformément au par. 130.2(2) de la *Loi sur les services à la famille*. Puisque les deux parties sont représentées par des avocats de l'Aide juridique, je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens.

APPENDIX A / ANNEXE A

Sections 129(2), 129(3), 130.2(1) and 130.3(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, read as follows:

Les paragraphes 129(2), 129(3), 130.2(1) et 130.3(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, sont ainsi rédigés :

129(2) Upon application the court may order that either or both parents, or any person, either alone or jointly with another, shall have custody of a child, subject to such terms and conditions as the court determines, such order to be made on the basis of the best interests of the child; and the court may at any time vary or discharge the order.

129(2) Si on le lui demande, la cour peut rendre une ordonnance établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qui attribue la garde de celui-ci à l'un des parents ou aux deux, ou à toute personne, seule ou conjointement avec une autre, aux conditions dont la cour décide, et la cour peut à tout moment modifier ou révoquer l'ordonnance.

129(3) Upon application the court may order that either parent or any person shall have access to a child, whether or not an order for custody has been made with respect to the child, subject to such terms and conditions as the court determines, such order to be made on the basis of the best interests of the child; and the court may at any time vary or discharge the order.

129(3) Si on le lui demande, la cour peut rendre une ordonnance établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qui attribue à l'un des parents ou à toute personne le droit de visiter l'enfant, aux conditions dont la cour décide et indépendamment du fait qu'une ordonnance de garde ait été rendue ou non à l'égard de l'enfant; la cour peut à tout moment modifier ou révoquer l'ordonnance.

130.2(1) Upon application by any person in whose favour an order for the custody of or access to a child has been made by an extra-provincial tribunal, a court shall recognize the order unless the court is satisfied

130.2(1) À la demande de toute personne en faveur de laquelle une ordonnance de garde ou attributive de droit de visite d'un enfant est rendue par un tribunal extraprovincial, une cour reconnaît l'ordonnance, à moins qu'elle ne soit convaincue

(a) that the respondent was not given reasonable notice of the commencement of the proceeding in which the order was made,

a) que le répondant n'a pas reçu d'avis raisonnable du début des procédures au cours desquelles l'ordonnance a été rendue,

(b) that the respondent was not given an opportunity to be heard by the extra-provincial tribunal before the order was made,

b) que l'on n'a pas donné au répondant l'occasion d'être entendu par le tribunal extraprovincial avant que l'ordonnance ne soit rendue,

(c) that the law of the place in which the order was made did not require the extra-provincial tribunal to have regard for the best interests of the child,

c) que les règles de droit du lieu où l'ordonnance a été rendue n'imposaient pas au tribunal extraprovincial de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant,

(d) that the order of the extra-provincial tribunal is contrary to public policy in the Province, or

d) que l'ordonnance du tribunal extraprovincial va à l'encontre de l'intérêt public dans la province, ou

(e) that, in accordance with subsection 130(1), the extra-provincial tribunal would not have jurisdiction if it were a court in the Province.

e) que, en conformité avec les dispositions du paragraphe 130(1), le tribunal extraprovincial n'aurait pas été compétent s'il était une cour de la province.

130.3(1) Upon application, a court by order may supersede an extra-provincial order in respect of custody of or access to a child where the court is satisfied that there has been a material change in circumstances that affects or is likely to affect the best interests of the child and

130.3(1) Sur demande qui en est faite, une cour peut remplacer par ordonnance une ordonnance extraprovinciale relative à la garde ou au droit de visite d'un enfant lorsque la cour est convaincue de l'existence d'un changement de circonstances qui affecte ou qui est susceptible d'affecter l'intérêt supérieur de l'enfant et

(a) the child is habitually resident in the Province at the commencement of the application for the order; or

a) que l'enfant est habituellement résident de la province au moment de l'introduction de la demande d'ordonnance; ou

(b) although the child is not habitually resident in the Province, the court is satisfied

b) quoique l'enfant ne soit pas habituellement résident de la province, la cour a la certitude

(i) that the child is physically present in the Province at the commencement of the application for the order,

(i) que l'enfant est présent dans la province au moment de l'introduction de la demande d'ordonnance,

(ii) that the child no longer has a real and substantial connection with the place where the extraprovincial order was made,

(ii) que l'enfant n'a plus de liens solides et véritables avec le lieu où l'ordonnance extraprovinciale a été rendue,

- | | |
|--|--|
| (iii) that substantial evidence concerning the best interests of the child is available in the Province, | (iii) que des éléments substantiels de preuve sur l'intérêt supérieur de l'enfant sont disponibles dans la province, |
| (iv) that the child has a real and substantial connection with the Province, and | (iv) que l'enfant a des liens solides et véritables avec la province, et |
| (v) that, on the balance of convenience, it is appropriate for jurisdiction to be exercised in the Province. | (v) que, compte tenu du poids relatif des avantages et des inconvénients, il s'avère approprié d'exercer la compétence dans la province. |

Rule 73.02.1 of the *Rules of Court* reads as follows:

La règle 73.02.1 des *Règles de procédure* est ainsi rédigée :

- | | |
|--|---|
| 73.02.1(1) In this Rule <i>responding document</i> means a respondent's affidavit in opposition to an application or motion under this Rule or a respondent's affidavit asserting a right or claim provided for under this Rule. | 73.02.1(1) Dans la présente règle <i>Document de défense</i> désigne un affidavit de l'intimé contestant une requête ou une motion prévue par la présente règle ou un affidavit de l'intimé revendiquant un droit ou formant une demande prévu par la présente règle. |
| (2) A responding document shall contain | (2) Un document de défense doit contenir |
| (a) the name and division of the court, | a) le nom et la division de la cour |
| (b) the name of the judicial district in which the proceeding is conducted, | b) le nom de la circonscription judiciaire où l'instance est entendue, |
| (c) the court file number, | c) le numéro du dossier, |
| (d) the style of proceeding, | d) l'intitulé de l'instance, |
| (e) the title of the document, | e) le titre du document, |
| (f) where the respondent opposes an application or motion, the grounds relied on, | f) lorsque l'intimé conteste une requête ou une motion, les motifs sur lesquels il se base, |
| (g) where the respondent asserts rights or claims, a list of the rights or claims and the persons against whom the rights or claims are made, | g) lorsque l'intimé revendique un droit ou forme une demande, la liste des droits ou des demandes et des personnes contre lesquelles les droits sont revendiqués ou les |

demandes sont formées,

- | | |
|---|---|
| (h) the language in which the respondent intends to proceed, | h) la langue que l'intimé a l'intention d'utiliser dans les procédures, |
| (i) the date of the responding document, and | i) la date du document de défense, et |
| (j) the following information with respect to the respondent or, if the respondent is represented by a solicitor, the respondent's solicitor: | j) les renseignements suivants relatifs à l'intimé ou, si l'intimé est représenté par un avocat, relatifs à son avocat; |
| (i) name, | (i) son nom, |
| (ii) address for service, and | (ii) son adresse aux fins de signification, et |
| (iii) telephone number, including any telephone number to which documents may be transmitted to produce facsimiles of the documents. | (iii) son numéro de téléphone, y compris tout numéro de téléphone où des documents peuvent être transmis afin de produire des fac-similés de documents. |