

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

172-10-CA

N.E.R.

(Respondent)

APPELLANT

- and -

J.D.M.

(Applicant)

RESPONDENT

N.E.R. v. J.D.M., 2011 NBCA 57

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
November 29, 2010

History of the Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 22, 2011

Judgment rendered :
June 30, 2011

Counsel at the hearing:

For the appellant:
Patrick E. Hurley, Q.C.

For the respondent:
David A. Estey

N.E.R.

(Intimée)

APPELANTE

- et -

J.D.M.

(Requé rant)

INTIMÉ

N.E.R. c. J.D.M., 2011 NBCA 57

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 29 novembre 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 22 juin 2011

Jugement rendu :
Le 30 juin 2011

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Patrick E. Hurley, c.r.

Pour l'intimé :
David A. Estey

THE COURT

The appeal is allowed with reasons to follow. The decision is set aside and the matter is remitted to a different judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, for a hearing.

LA COUR

Accueille l'appel en précisant que des motifs seront fournis plus tard. La décision est annulée et l'affaire est renvoyée en vue d'une audience devant un autre juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Factual and Procedural Background

[1] The parties married in August 2003. There was one child of the marriage, R.J.M., born in April 2005. The parties separated in August 2005. Following their separation, the parties negotiated a Domestic Contract dated October 26, 2005, wherein the issues of custody and access were agreed upon. Paragraphs six (a) and (b) of the domestic contract state:

6. Custody and Access

(a) The parties shall have joint custody of the child of the marriage, R.J.M., born April 5, 2005, with the primary day to day care and control with the wife. The husband shall have reasonable access to the child at all reasonable times upon prior reasonable notice with such times to be agreed upon between the parties. The parties agree that the access exercised by the husband shall be in the wife's home until further agreement.

(b) Once the wife returns to work, the parties have agreed that the husband shall care for the child, R.J.M. in the wife's home when the wife is working night shifts or weekends.

[2] The custody and access arrangements were subsequently incorporated into and formed part of the Order for Corollary Relief to a divorce dated October 18, 2006.

[3] By Notice of Motion dated July 29, 2010, the husband applied to the Court of Queen's Bench, Family Division, citing s. 17 of the *Divorce Act* and ss. 7 and 8 of the *Federal Child Support Guidelines* for interim relief including, among other things:

2. That access to the child of the marriage, namely R.J.M., born April 5, 2005, aged 5 be varied to be split custody

[sic] or shared custody, pursuant to the *Divorce Act*, section 17;

[4] The motion was heard by a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, on November 23, 2010. The hearing proceeded strictly on the basis of affidavits filed with the court. There was neither *viva voce* evidence nor cross-examination of any witnesses with respect to the contents of the affidavits. Counsel for the parties filed pre-hearing briefs and presented oral arguments at the hearing of the motion.

II. Motion Judge's Decision

[5] On November 29, 2010 the motion judge issued an order which resulted in a *de facto* change of custody of R.J.M. from the above-described arrangement to the following:

1. The father will have the child with him during the 4 days that the mother is working. The mother will bring the child to the father the night before she starts day 1 of her schedule and the child shall continue to stay with her father until the mother completes day 4 of her schedule.
2. Each parent will have the child during summer vacations for a minimum of three weeks.
3. Each parent will have the child during March Break alternating year to year. For 2011, the mother will have the Child.
4. The child will share equal time with her parents on her birthday, Easter and Thanksgiving.
5. At Christmas, the child shall be with her mother Christmas Eve, until 4 p.m. Christmas day; with her father, from 4 p.m. Christmas day and will spend Boxing Day with him.
6. The respondent will no longer pay child support; each parent shall pay special expenses on a 50/50 basis.

7. I make no order as to costs.

[6] The appeal was heard on June 22, 2011.

III. Disposition

[7] The appeal is allowed. The decision of the Court of Queen`s Bench, Family Division, dated November 29, 2010, is set aside. The matter is remitted to a different judge of the Court of Queen`s Bench, Family Division, for a determination of the issues raised in the motion and responding documents. In the interim, custody and access shall be as detailed in the order for corollary relief dated October 18, 2006, with the understanding that, in the present circumstances, it is not necessary for the husband`s access to be exercised in the wife`s home. While reasons for our decision will follow, this should not preclude any of the parties from applying to the Court of Queen`s Bench, Family Division, for interim relief, if they are otherwise unable to resolve immediate differences for the best interests of their daughter. Our reasons will order a new hearing on the grounds the motion judge failed to apply the two part test set out in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), erred in not holding a hearing with *viva voce* evidence, and failed to provide reasons that would allow meaningful appellate review. Nothing in our reasons will affect a fresh determination of these issues on their merit.

LA COUR

I. Le cadre factuel et procédural

[1] Les parties se sont mariées en août 2003. Il y a une enfant à charge, R.J.M., née en avril 2005. Les parties se sont séparées en août 2005. À la suite de la séparation, les parties ont négocié un contrat domestique daté du 26 octobre 2005 dans lequel elles se sont entendues sur la question des droits de garde et d'accès. Les alinéas 6a) et b) du contrat domestique sont ainsi rédigés :

[TRADUCTION]

6. Garde et accès

a) Les parties auront la garde conjointe de l'enfant à charge, R.J.M., née le 5 avril 2005, l'épouse étant la principale responsable des soins quotidiens et de la direction de l'enfant. Le mari aura un droit d'accès raisonnable auprès de l'enfant en toute période raisonnable sur préavis raisonnable, les périodes raisonnables devant être déterminées du commun accord des parties. Les parties conviennent que le père exercera ses droits d'accès au domicile de l'épouse jusqu'à ce qu'une nouvelle entente soit conclue.

b) Les parties sont convenues que lorsque l'épouse retournera au travail, le mari prendra soin de l'enfant au domicile de l'épouse lorsque celle-ci fera des quarts de nuit ou de fins de semaine.

[2] Les arrangements en matière de garde et d'accès ont par la suite été incorporés dans l'ordonnance de mesures accessoires consécutive au divorce datée du 18 octobre 2006.

[3] Par voie d'avis de motion daté du 29 juillet 2010, le mari, s'appuyant sur l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* ainsi que sur les art. 7 et 8 des *Lignes directrices*

fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, s'est adressé à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, afin d'obtenir des mesures réparatoires provisoires, notamment la mesure suivante :

[TRADUCTION]

2. Nous demandons que les droits d'accès à l'enfant à charge, savoir R.J.M., née le 5 avril 2005 et âgée de 5 ans, soient modifiés afin que la garde devienne une garde exclusive d'un des enfants [sic] ou une garde partagée, conformément à l'article 17 de la *Loi sur le divorce*[.]

[4] La motion a été entendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, le 23 novembre 2010. L'audience a été tenue uniquement sur la base des affidavits déposés devant la Cour. Il n'y a pas eu de témoignages de vive voix et aucun témoin n'a non plus été contre-interrogé relativement à la teneur des affidavits. Les avocats des parties ont déposé des mémoires préparatoires à l'audience et ont présenté une argumentation orale lors de l'audition de la motion.

II. La décision du juge saisi de la motion

[5] Le 29 novembre 2010, le juge saisi de la motion a rendu une ordonnance qui a donné lieu, de fait, à une modification de la garde de R.J.M., l'arrangement décrit ci-dessus étant écarté au profit de ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. Le père aura l'enfant avec lui les quatre jours pendant lesquels la mère travaille. La mère amènera l'enfant au père la veille du jour où commence son horaire de travail et l'enfant restera avec le père jusqu'à ce que la mère termine son quatrième jour de travail.
2. Chaque parent aura l'enfant pendant une période minimale de trois semaines au cours des vacances d'été.

3. Chaque parent aura l'enfant pendant les vacances scolaires du mois de mars en alternance annuelle. Pour l'année 2011, c'est la mère qui aura l'enfant.
4. L'enfant passera autant de temps avec l'un qu'avec l'autre de ses parents à son anniversaire, à Pâques et à l'Action de grâces.
5. À Noël, l'enfant sera avec sa mère, de la veille de Noël jusqu'à 16 heures le jour de Noël, et avec son père, à compter de 16 heures le jour de Noël ainsi que le lendemain de Noël.
6. L'intimée ne versera plus d'aliments au profit de l'enfant; chaque parent paiera sa part des dépenses spéciales, lesquelles seront partagées moitié-moitié.
7. Je n'accorde aucuns dépens.

[6] L'appel a été entendu le 22 juin 2011.

III. Dispositif

[7] L'appel est accueilli. La décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, datée du 29 novembre 2010, est annulée. L'affaire est renvoyée à un autre juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, afin que soient tranchées les questions soulevées dans la motion et dans les documents déposés en réponse à la motion. Dans l'intervalle, les droits de garde et d'accès seront ceux qui sont énoncés dans l'ordonnance de mesures accessoires datée du 18 octobre 2006, sous réserve du fait que, dans les circonstances, il n'est pas nécessaire que les droits d'accès du mari soient exercés au domicile de l'épouse. Les motifs de notre décision seront fournis plus tard, mais cela ne saurait empêcher l'une ou l'autre partie de s'adresser à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, afin d'obtenir des mesures réparatoires provisoires pour le cas où les parties seraient incapables de résoudre leurs différends immédiats dans l'intérêt supérieur de leur fille. Dans nos motifs, nous ordonnerons la tenue d'une nouvelle audience pour le motif que le juge saisi de la motion n'a pas appliqué le critère à deux volets énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S.

n° 52 (QL), a commis une erreur en ne tenant pas une audience où des témoignages de vive voix auraient été entendus et a omis de fournir des motifs qui auraient permis un examen valable en appel. Il n'y a rien dans nos motifs qui puisse avoir une incidence sur une nouvelle décision de ces questions sur le fond.