COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

93-12-CA

T.L.

(Applicant) APPELLANT

- and -

A.C.

(Respondent) RESPONDENT

T.L. v. A.C., 2013 NBCA 24

CORAM:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
June 28, 2012

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard :
January 23, 2013

Judgment rendered:
March 28, 2013

Counsel at hearing:

For the appellant:
Rita Godin

For the respondent:
Terence R. Connelly

T.L.

(Requérante) APPELANTE

- et -

A.C.

(Intimé) INTIMÉ

T.L. c. A.C., 2013 NBCA 24

CORAM :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 28 juin 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 23 janvier 2013

Jugement rendu :
Le 28 mars 2013

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Rita Godin

Pour l'intimé :
Terence R. Connelly

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of $2,000.

LA COUR

L’appel est rejeté avec dépens de 2 000 $.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] This appeal raises once again the issue of the proper analysis to be undertaken by judges when considering custody orders in a context that brings into play the mobility of children.

II. Background

[2] The parties lived in a common-law relationship in the Bathurst area for nine years, and separated in March 2009. They have one child who is presently seven years of age. After the separation, the mother moved to an apartment in Bathurst and the father retained the residence in which the parties had cohabited. The parties arranged their own access schedule whereby the mother would have care of the child from Monday to Friday and the father from Friday to Monday. This arrangement worked to the benefit of both parties as it accommodated their work schedules and maximized their contact with the child. Both parties have large, extended families who reside in the Bathurst area and are involved in the child's life on a regular basis. These family members include grandparents, great grandparents, aunts, uncles and cousins. The child has attended the same elementary school since commencing school and is involved in extra-curricular activities. In 2010, the mother became engaged to a man who resides in Saskatchewan and married him on December 23, 2011. The mother wishes to relocate to Saskatchewan with the child.

III. Procedural History

[3] On November 26, 2010, the mother filed a Notice of Application (Form 73AA) requesting an equal division of debts, sole custody of the couple's child, child support and permission to move the child with her to Saskatoon, Saskatchewan. Two consent orders were signed by the judge prior to the hearing of the Application. The first,

dated January 7, 2011, permitted the mother to travel with the child to visit Saskatchewan for the period of January 13 to January 30, 2011. In the second consent order, dated May 9, 2011, the parties agreed to joint custody with primary care and residence with the mother. They also resolved upon interim child support. The father was granted liberal and generous access to the child, and the previous access arrangement continued. The issue of relocation remained to be determined.

[4] A hearing was held on May 15, 2012. In his decision, the judge determined the parties would have joint custody of their son, with primary care and principal residence remaining with the mother. The father was granted liberal and generous access, as had been exercised from the date of separation. However, the judge denied the mother's request to move the child to Saskatchewan.

IV. Issues

[5] The mother submits the judge erred in law by:

1. Misstating she bore the burden of proof to establish moving the child was in his best interests;

2. Misapplying the principles enunciated in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL);

3. Failing to provide sufficient reasons for his decision; and

4. Making a procedural ruling during the trial.

V. Standard of Review

[6] As to the proper standard of review of the decision not to allow the child to move to Saskatchewan, the decision in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, is determinative. Larlee J.A. states:

> The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *Van de Perre c. 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*, [1999] 2 S.C.R. 518, 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]
>
> 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. [paras. 8-9]

In brief, deference is owed to the trial judge's assessment of the evidence when it comes to deciding who should have custody and on what terms. However, no deference is owed with respect to errors of law.

VI. Analysis

[7] It is the mother's position that the judge made various errors in law which allow this Court to intervene, set aside the decision and order a new trial to be held in the Court of Queen's Bench, Family Division. For the reasons that follow, we do not agree.

A. *Statement Regarding "Burden of Proof"*

[8] The mother contends an error in law was made when the judge stated in his decision that she bore the burden of proving the move to Saskatchewan was in the best interests of the child, contrary to *Gordon v. Goertz*. It is evident that, although the judge may have made a poor choice of words, he meant there is an evidentiary burden upon the mother to prove that allowing the child to move with her to Saskatchewan was in the child's best interests, and the father also had an evidentiary burden to show why it was in the child's best interests to remain in Bathurst. As such, each party had to show the judge, on an evidentiary basis, which of the two options was in the best interests of the child. In *Gordon v. Goertz*, the Court asserts:

> The Ontario Court of Appeal weighed both views in *Carter v. Brooks*, *supra*. Morden A.C.J.O., speaking for the court, rejected the idea of a presumption in favour of the custodial parent. In his view, "[b]oth parents should bear an evidential burden" of showing where the best interests of the child lie. He agreed that while judges should accord a "reasonable measure of respect" to the views of the custodial parent, whose own best interests are relevant in determining those of the child, they should not be obliged to defer to the custodial parent as a matter of law. Rather, the judge should balance the relevant factors "without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have" (p. 63). The process should not "begin with a general rule that one of the parties will be unsuccessful unless he or she satisfies a specified burden of proof" (p. 63). In Morden A.C.J.O.'s view, "[t]his over-emphasizes the adversary nature of the proceeding and depreciates the Court's parens patriae responsibility" (p. 63). He rejected the language of parental "rights" which coloured some earlier cases, stating (at p. 61):

> . . . the only principle that governs is that of the best interests of the child and . . . it does not assist in applying this principle to rely upon a mechanical proposition such as that quoted in Landry which includes the expression 'the right to remove'.
>
> [para. 29] [Emphasis in original.]

In the decision, the judge reviews the evidence presented by both parties pertaining to the best interests of the child and makes no error in determining that the mother did not meet the evidential burden, while the father did.

B. *The judge misapplied the principles established in Gordon v. Goertz*

[9] In *Gordon v. Goertz*, the Supreme Court determined the minimum legal factors to be considered by courts when determining the best interests of the child in mobility cases:

> The law can be summarized as follows:
>
> 1. The parent applying for a change in the custody or access order must meet the threshold requirement of demonstrating a material change in the circumstances affecting the child.
>
> 2. If the threshold is met, the judge on the application 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.
>
> 3. This inquiry is based on the findings of the judge who made the previous order and evidence of the new circumstances.
>
> 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.
>
> 5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case.

> 6. The focus is on the best interests of the child, not the interests 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 reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;
>
> (f) disruption to the child of a change in custody;
>
> (g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know.
>
> In the end, the importance of the child remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new? [paras. 49-50]

[10] Although it would have been preferable for the judge to refer to *Gordon v. Goertz* and review the principles contained therein, it is apparent he correctly considered the principles established by the Supreme Court. He states in the decision that: "The case law cited by both parties in their briefs adequately describes the jurisprudence on this issue…" (para. 19). A review of the briefs filed by both parties with the Court of Queen's Bench, Family Division, reveals that both parties refer to, and outline the principles contained in *Gordon v. Goertz*. The judge describes the primary factor to be

considered in cases such as these to be the "best interests of the child", and not "what's more accommodating or what's best for the parents" (para. 18). In our view, although not clearly articulated, the judge does apply the principles delineated in *Gordon v. Goertz*, and this is reflected throughout paragraphs 17-27. In the decision, the judge states the following:

> […] [t]he primary criterea in a mobility case […] is what's in the "best interests of the child" […] .
>
> […]
>
> […] As previously mentioned, this particular case contains favorable elements to both parties. One cannot question the parental capacities of either party; and there is no evidence to raise any sort of doubt as to the parental capacities, respectively. As a matter of fact, both parties are to be commended for their cooperative efforts and in raising their child jointly with the help and assistance of their extended families […] .
>
> […]
>
> The child is loved by both of his [parents], the child is with each of his parents frequently, thus receiving maximum contact, the child has a circle of friends and relatives in the vicinity, the child attends school locally […] .
>
> [paras. 18, 20 and 22]

These statements all indicate the judge applied the principles of *Gordon v. Goertz* to the present case. As such, there is no error in law in deciding it is in the child's best interests to remain in the Bathurst area.

C. *Insufficient Reasons*

[11] In *P.R.H.*, paragraphs 10-14, this Court undertook a review of the jurisprudence respecting this issue. Both parties have referenced this case in their briefs. What can be condensed from *P.R.H.* is that parties are entitled to know why the judge reached his or her decision, and that the reasons must be sufficient to allow for appellate

review. It is clear to us the judge did apply the criteria set out in *Gordon v. Goertz* by evaluating what is in this child's best interests, the relationship the child has with each parent, the ideal of maximum contact, the child's extended family, school, and other activities. As indicated, it would have been preferable for the judge to set out the principles formulated in *Gordon v. Goetz* and then apply the criteria to the facts of this case, but it is very apparent that these principles were at the forefront when he made his determination. It is clear to us how he reached his conclusion that it is in the child's best interests to remain in the Bathurst area, and it is unreasonable for the mother to say that she does not know how he made this determination. This case is unique in that both parents truly share the parenting responsibilities of the child. Thus, the judge's reasons are sufficient.

D. *Procedural Ruling*

[12] Rules 73.01 and 73.02 of the *Rules of Court* state:

73.01 Application of Rule

Subject to Rule 73.011, civil proceedings in the Family Division of the Court of Queen's Bench shall be conducted in accordance with this rule unless an Act provides otherwise.

2010-135

[…]

73.02 Application of Other Rules

The other rules of court except where inconsistent with this rule or an Act, apply to proceedings in the Family Division.

73.01 Champ d'application de la règle

Sauf disposition contraire d'une loi et sous réserve de la règle 73.011, les instances civiles devant la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine sont régies par la présente règle.

2010-135

[…]

73.02 Application des autres règles

À moins qu'elles ne soient incompatibles avec la présente règle ou avec une loi, les autres règles de procédure s'appliquent aux instances devant la Division de la Famille.

[13] Rule 39.02 of the *Rules of Court* also states :

39.02 By Examination of a Witness

Prior to the Hearing

(1) Prior to the hearing of a motion or application, a person who is not a party to the proceeding may be examined, cross-examined and re-examined, for the purpose of having a transcript of his evidence available for use upon the hearing thereof, and the procedure set out in Rule 33 applies.

On the Hearing

(2) With leave of the presiding judge, a person may be orally examined or cross-examined on the hearing of a motion or application.

39.02 Par audition de témoins

Avant l'audience

(1) L'interrogatoire, le contre-interrogatoire et le réinterrogatoire d'une personne non partie à l'instance peuvent se faire avant l'audition de la motion ou de la requête afin qu'une transcription de sa déposition soit disponible à l'audience. Dans ce cas, la procédure établie à la règle 33 s'applique.

À l'audience

(2) Avec la permission du juge présidant l'audience, toute personne peut être interrogée ou contre-interrogée lors de l'audition d'une motion ou d'une requête.

[14] The mother submits the judge erred in law by making a procedural ruling during the hearing that the parties had to make a motion to have oral evidence by non-parties, or by individuals who had not deposed to affidavits. She contends that by so doing, her husband's testimony was restricted to one issue. The father says Rule 39 applies to all Notices of Application, whether it be a Notice of Application (Form 16D), a Notice of Application (Form 73A), or a Notice of Application (Form 73AA). As the parties in this case were not married, they had to proceed by way of Notice of Application (Form 73AA), pursuant to Rule 73.17.1 of the *Rules of Court*.

[15] At the beginning of the hearing, the judge said:

> **THE COURT:** We are in the context of an application under Rule 39, oral examination testimony will be limited to the authors of the two affidavits that are on file. Are there any motions to allow testimony by others or is that all we're looking at is two witnesses this morning?

Therefore, the parties were given the opportunity to make a motion requesting testimony from individuals other than the parties. The mother's lawyer (not counsel on appeal) declined the opportunity:

> **Mother's lawyer:** I think that's what it's going to come down to Mr. Justice, two witnesses.

[16] When the hearing resumed after a noon break, the judge stated:

> **THE COURT:** […] when we left this morning you had made a comment that struck me and I would like to clarify for the record. I don't specifically recall what I said at the opening of today's trial on the issue of witnesses but it appears that you perhaps may have misunderstood me and I want to clarify that. I did not rule that there would only be two witnesses today. I simply stated or I intended to state or I thought I had, that neither party had made a motion to have oral evidence by non-parties or by persons who had not authored an Affidavit. […]

[17] It therefore follows the parties were given a second opportunity to make motions to call additional testimony. The mother's lawyer did choose to call the mother's husband, who had not authored an affidavit, nor was a party to the proceedings, but on a limited basis:

> **THE COURT:** And who do you propose to call?
>
> **Mother's lawyer:** I propose to call T. L. and to add further clarification Mr. L. but strictly on that point. No other point.

[18] The mother argues the judge erred by restricting her husband's testimony to one issue. A review of the transcript reveals this statement to be inaccurate. It was the lawyer representing the mother at the hearing who chose to limit the husband's testimony to one issue, not the judge. It is apparent that both parties were given the opportunity to

make motions to call witnesses of their choice and the judge did not limit the witnesses to the authors of the affidavits.

[19] The mother also contends Rules 38 and 39 do not apply to Notices of Application under Rule 73.17.1. Rule 73.02 states the other Rules apply to proceedings in Family Division, except where inconsistent with Rule 73 or an Act. We fail to see any inconsistency. The mother submits in her written brief:

> […] That custody trials, and especially those involving mobility issues, are rarely decided on just the affidavits of the parties alone. There can be other parties called to assist the court in the determination of what is in the best interests of the child. […] That the practice is not to require a motion to call witnesses other than the parties to the matter, or those that have offered affidavits.
>
> [para. 44] [Emphasis added.]

There may be a practice that has developed in the Family Division of the Court of Queen's Bench not to require motions, but that does not prohibit a judge from doing so. We therefore do not find this ground to be of merit.

VII. Disposition

[20] We therefore dismiss the appeal, affirm the application judge's decision, and award costs of $2,000.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

I. Introduction

[1] Le présent appel soulève encore une fois la question de l'analyse que doit effectuer le juge qui envisage de rendre une ordonnance de garde dans un contexte où la mobilité des enfants entre en jeu.

II. Contexte

[2] Les parties ont vécu en union de fait dans la région de Bathurst pendant neuf ans et se sont séparées en mars 2009. Un seul enfant, qui est aujourd'hui âgé de sept ans, est issu de cette union. Après la séparation, la mère s'est installée dans un appartement à Bathurst et le père a gardé la maison dans laquelle les parties avaient cohabité. Les parties ont établi leur propre calendrier de garde : l'enfant était avec la mère du lundi au vendredi et avec le père du vendredi au lundi. Cette entente profitait aux deux parties car elle était conciliable avec leur horaire de travail et permettait de maximiser le temps passé avec l'enfant. Les deux parties ont des familles élargies qui habitent dans la région de Bathurst et qui voient l'enfant régulièrement, soit ses grands-parents, arrière-grands-parents, tantes, oncles, cousins et cousines. L'enfant fréquente la même école élémentaire depuis qu'il a commencé l'école et il participe aux activités parascolaires. En 2010, la mère s'est fiancée à un résidant de la Saskatchewan et elle l'a épousé le 23 décembre 2011. La mère souhaite déménager en Saskatchewan avec l'enfant.

III. Historique des procédures

[3] Le 26 novembre 2010, la mère a déposé un avis de requête (formule 73AA) par lequel elle demandait la répartition des dettes en parts égales, la garde exclusive de l'enfant, une pension alimentaire pour l'enfant et la permission de déménager l'enfant avec elle à Saskatoon, en Saskatchewan. Deux ordonnances par

consentement ont été signées par le juge avant l'audition de la requête. La première, datée du 7 janvier 2011, autorisait la mère à séjourner en Saskatchewan avec l'enfant du 13 au 30 janvier 2011. La deuxième, datée du 9 mai 2011, établissait que les parties consentaient à la garde conjointe; la responsabilité principale des soins était confiée à la mère et la résidence principale de l'enfant était celle de la mère. Les parties se sont également entendues sur une pension alimentaire provisoire. Le père s'est vu accorder un droit d'accès large et généreux et l'entente précédemment convenue par les parties a continué de s'appliquer. Il restait à trancher la question du nouveau lieu de résidence.

[4] L'audience a eu lieu le 15 mai 2012. Dans sa décision, le juge a déterminé que les parties auraient la garde conjointe de leur fils, la responsabilité principale des soins et la résidence principale demeurant celles de la mère. Le père s'est vu accorder un droit d'accès large et généreux, tel qu'il l'avait exercé depuis la date de la séparation. Le juge a rejeté la demande par laquelle la mère priait la Cour de lui accorder l'autorisation de déménager l'enfant en Saskatchewan avec elle.

IV. Questions en litige

[5] La mère soutient que le juge a commis des erreurs de droit :

1. en affirmant à tort qu'il lui incombait de prouver que le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant;

2. en appliquant de façon erronée les principes énoncés dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL);

3. en omettant de fournir des motifs suffisants pour justifier sa décision;

4. en rendant une décision sur une question de procédure durant l'instruction.

V. Norme de contrôle

[6] En ce qui a trait à la norme de contrôle applicable à la décision de ne pas autoriser le déménagement de l'enfant en Saskatchewan, la décision dans *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2e) 100, est déterminante. La juge Larlee y affirme ce qui suit :

> 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. no 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]
>
> 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. (2e) 90, [2004] A.N.-B. no 363 (QL), 2004 NBCA 75, au

> par. 18; *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2e) 351, [2004] A.N.-B. no 467 (QL), 2004 NBCA 98, au par. 27; *Scott c. Scott* (2004), 278 R.N.-B. (2e) 61, [2004] A.N.-B. no 468 (QL), 2004 NBCA 99, au par. 32, et *Boudreau c. Brun* (2005), 293 R.N.-B. (2e) 126, [2005] A.N.-B. no 501 (QL), 2005 NBCA 106, au par. 5. [Par. 8 et 9]

En résumé, la retenue est de rigueur à l'égard de l'appréciation de la preuve par le juge du procès qui doit décider qui devrait avoir la garde et selon quelles modalités. Toutefois, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue en présence d'erreurs de droit.

VI. Analyse

[7] La mère est d'avis que le juge a commis diverses erreurs de droit qui autorisent l'intervention de notre Cour pour annuler la décision et ordonner la tenue d'un nouveau procès devant la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine. Pour les motifs exposés ci-dessous, nous ne sommes pas d'accord.

A. *Assertion concernant le « fardeau de la preuve »*

[8] La mère soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a affirmé dans sa décision qu'elle avait le fardeau de prouver que le déménagement en Saskatchewan était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, contrairement à ce qui a été établi dans *Gordon c. Goertz*. Le juge a peut-être mal choisi ses mots, mais il est évident qu'il voulait dire que la mère avait le fardeau de prouver que permettre à l'enfant de déménager avec elle en Saskatchewan était dans l'intérêt supérieur de l'enfant et que le père avait également le fardeau de démontrer pourquoi il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de rester à Bathurst. En conséquence, chaque partie devait démontrer au juge, suivant un fondement probatoire, laquelle des deux options était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans *Gordon c. Goertz*, la Cour affirme ce qui suit :

> La Cour d'appel de l'Ontario a considéré les deux points de vue dans *Carter c. Brooks*, précité. S'exprimant au nom de la cour, le juge en chef adjoint Morden a écarté l'idée d'une présomption favorable au parent gardien. À son avis,

> [TRADUCTION] « [l]es deux parents devraient assumer le fardeau de la preuve » pour ce qui est d'établir l'intérêt de l'enfant. Il a convenu que, bien qu'ils soient tenus de [TRADUCTION] « respecter dans une mesure raisonnable » les opinions du parent gardien, dont l'intérêt est pertinent pour déterminer celui de l'enfant, les juges ne devraient pas être tenus en droit de s'en remettre au parent gardien. Au contraire, le juge doit soupeser les facteurs pertinents [TRADUCTION] « sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d'eux » (p. 63). L'analyse ne doit pas [TRADUCTION] « appliquer une règle générale portant que l'une des parties échouera à moins qu'elle ne s'acquitte d'un fardeau de la preuve particulier » (p. 63). De l'avis du juge Morden, [TRADUCTION] « [c]ela accentue excessivement la nature contradictoire de la procédure et atténue la responsabilité *parens patriae* de la cour » (p. 63). Il a refusé de parler de « droits » des parents, notion qui avait précédemment dénaturé certaines affaires et a ajouté (à la p. 61) :
>
> > [TRADUCTION]
> > […] le seul principe qui vaille est celui de l'intérêt de l'enfant et […] aux fins de l'application de ce principe, il ne sert à rien de se fonder sur une proposition toute faite de la nature de celle qui est citée dans *Landry* et qui renferme l'expression « *le droit* de déplacer ».
> >
> > [Par. 29] [En italique dans l'original.]

Dans sa décision, le juge a examiné la preuve présentée par les deux parties concernant l'intérêt supérieur de l'enfant et il n'a commis aucune erreur en concluant que la mère ne s'était pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait mais que le père s'était acquitté du sien.

B. *Le juge a mal appliqué les principes établis dans Gordon c. Goertz*

[9] Dans *Gordon c. Goertz*, la Cour suprême a établi comme suit les facteurs juridiques essentiels qui doivent entrer en ligne de compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires liées à la mobilité :

Le droit peut se résumer ainsi :

1. Le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant.

2. Si cette première étape est franchie, le juge qui entend la requête 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.

3. Cette analyse repose sur les conclusions tirées par le juge qui a prononcé l'ordonnance précédente et sur la preuve de la nouvelle situation.

4. L'analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect 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.
>
> En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci : quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes? [Par. 49 et 50]

[10] Il aurait été préférable que le juge fasse état de l'arrêt *Gordon c. Goertz* et passe en revue les principes qui y sont énoncés, mais il ne fait aucun doute qu'il a correctement appliqué les principes établis par la Cour suprême. En effet, il affirme dans sa décision que [TRADUCTION] « [l]es décisions citées par les deux parties dans leurs mémoires respectifs décrivent bien la jurisprudence existante sur la question […] (par. 19). Un examen des mémoires déposés auprès de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, révèle que les deux parties ont invoqué l'arrêt *Gordon c. Goertz* et exposé les principes qui s'en dégagent. Le juge mentionne que le principal facteur à prendre en considération dans les affaires comme celle en l'espèce est [TRADUCTION] « [l']intérêt supérieur de l'enfant », et non [TRADUCTION] « ce qui est le plus commode pour les parents ou ce qui leur convient le mieux » (par. 18). À notre avis, même s'il ne l'a pas dit de façon claire, le juge a bel et bien appliqué les principes énoncés dans *Gordon c. Goertz*. C'est ce qui ressort des paragraphes 17 à 27. Dans sa décision, le juge affirme ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> […] [l]e principal critère dans une affaire relative à la mobilité […] consiste à déterminer quel est l'« intérêt supérieur de l'enfant » […].
>
> […]
>
> […] Tel qu'il a été mentionné précédemment, la présente affaire comporte des éléments favorables aux deux parties. On ne peut mettre en doute les compétences parentales de chacune des parties; la preuve ne permet pas de soulever un quelconque doute quant aux compétences de chacun. En fait, les deux parties doivent être félicitées pour leurs efforts de coopération et pour avoir élevé leur enfant ensemble avec l'aide de leur famille élargie […].
>
> […]
>
> L'enfant est aimé de ses deux [parents], l'enfant passe beaucoup de temps avec chacun de ses parents, les contacts étant ainsi favorisés au maximum, l'enfant a un cercle d'amis et de la famille dans le voisinage, il va à l'école pas très loin […]. [Par. 18, 20 et 22]

Ces observations indiquent toutes que le juge a appliqué les principes de l'arrêt *Gordon c. Goertz* à la présente affaire. En conséquence, le juge n'a pas commis d'erreur de droit en concluant qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de demeurer dans la région de Bathurst.

C. *Insuffisance des motifs*

[11] Dans l'arrêt *P.R.H.*, aux par. 10 à 14, notre Cour a examiné la jurisprudence se rapportant à cette question. Les deux parties ont cité cet arrêt dans leurs mémoires. En résumé, l'arrêt *P.R.H.* établit que les parties ont le droit de savoir pourquoi le juge en est arrivé à sa décision et que les motifs doivent être suffisants pour permettre un examen en appel. Il nous apparaît évident que le juge a bel et bien appliqué les critères exposés dans *Gordon c. Goertz* en évaluant l'intérêt supérieur de l'enfant, sa relation avec chaque parent, l'avantage de maximiser les contacts et l'importance de sa famille élargie, de son école et de ses autres activités. Tel qu'il a été indiqué, il aurait été

préférable que le juge expose les principes énoncés dans *Gordon c. Goetz* et qu'il applique ensuite ces critères aux faits de la présente affaire, mais il est tout à fait évident que ces principes étaient à l'avant-plan de son analyse lorsqu'il a rendu sa décision. Nous comprenons bien comment il est parvenu à la conclusion qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de demeurer dans la région de Bathurst et il n'est pas raisonnable que la mère dise qu'elle ne comprend pas comment il est parvenu à cette conclusion. Il s'agit d'un cas unique, en ce sens que les parties partagent véritablement les responsabilités parentales. Par conséquent, les motifs du juge sont suffisants.

D. *Décision sur une question de procédure*

[12] Les règles 73.01 et 73.02 des *Règles de procédure* prévoient ce qui suit :

73.01 Application of Rule

Subject to Rule 73.011, civil proceedings in the Family Division of the Court of Queen's Bench shall be conducted in accordance with this rule unless an Act provides otherwise.

2010-135

[…]

73.02 Application of Other Rules

The other rules of court except where inconsistent with this rule or an Act, apply to proceedings in the Family Division.

73.01 Champ d'application de la règle

Sauf disposition contraire d'une loi et sous réserve de la règle 73.011, les instances civiles devant la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine sont régies par la présente règle.

2010-135

[…]

73.02 Application des autres règles

À moins qu'elles ne soient incompatibles avec la présente règle ou avec une loi, les autres règles de procédure s'appliquent aux instances devant la Division de la Famille.

[13] La règle 39.02 des *Règles de procédure* ajoute ce qui suit :

39.02 By Examination of a Witness

Prior to the Hearing

(1) Prior to the hearing of a motion or application, a person who is not a party to the proceeding may be examined, cross-

39.02 Par audition de témoins

Avant l'audience

(1) L'interrogatoire, le contre-interrogatoire et le réinterrogatoire d'une personne non partie à l'instance peuvent

examined and re-examined, for the purpose of having a transcript of his evidence available for use upon the hearing thereof, and the procedure set out in Rule 33 applies.

On the Hearing

(2) With leave of the presiding judge, a person may be orally examined or cross-examined on the hearing of a motion or application.

se faire avant l'audition de la motion ou de la requête afin qu'une transcription de sa déposition soit disponible à l'audience. Dans ce cas, la procédure établie à la règle 33 s'applique.

À l'audience

(2) Avec la permission du juge présidant l'audience, toute personne peut être interrogée ou contre-interrogée lors de l'audition d'une motion ou d'une requête.

[14] La mère soutient que le juge a commis une erreur de droit en rendant durant le procès une décision de procédure imposant aux parties de présenter une motion en vue de faire témoigner de vive voix des personnes qui n'étaient pas des parties à l'instance ou qui n'avaient pas fait de déposition par voie d'affidavit. Elle prétend que, ce faisant, le juge a restreint le témoignage de son mari à un seul point litigieux. Le père affirme que la règle 39 s'applique à tous les avis de requête, que ce soit un avis de requête suivant la formule 16D, un avis de requête suivant la formule 73A ou un avis de requête suivant la formule 73AA. Étant donné que les parties à l'instance n'étaient pas mariées, il leur a fallu procéder par voie d'avis de requête (formule 73AA), en application de la règle 73.17.1 des *Règles de procédure*.

[15] Au début de l'audience, le juge a dit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> **LA COUR :** La Cour étant saisie d'une requête présentée en vertu de la règle 39, l'interrogatoire se limitera aux personnes qui ont souscrit les deux affidavits versés au dossier. Les parties demandent-elles la permission de faire témoigner d'autres personnes ou en resterons-nous à ces deux témoins?

Par conséquent, les parties se sont vu accorder la possibilité de présenter une motion en vue de faire témoigner des personnes qui n'étaient pas parties au litige. L'avocat de la mère (qui la représentait alors) ne s'est pas prévalu de cette possibilité, tel qu'en fait foi sa réponse :

> [TRADUCTION]
> **Avocat de la mère :** Je crois bien que l'on va s'en tenir à ces deux témoins, M. le juge.

[16] Lorsque l'audience a repris, après la pause du midi, le juge a déclaré :

> [TRADUCTION]
> **LA COUR :** […] avant l'interruption de l'audience ce matin, vous avez fait une observation qui m'a frappé et j'aimerais clarifier la question pour que vous en preniez acte. Je ne me rappelle pas précisément ce que j'ai dit à l'ouverture de l'audience d'aujourd'hui concernant la question des témoins, mais il semble que vous m'ayez peut-être mal compris et je veux clarifier cela. Je n'ai pas décidé que seulement deux témoins seraient entendus aujourd'hui. J'ai simplement dit, je voulais dire, ou je croyais avoir dit que ni l'une ni l'autre des parties n'avait présenté de requête en vue de faire témoigner de vive voix des personnes qui n'étaient pas parties à l'instance ou qui n'avaient pas fait de déposition par voie d'affidavit. […]

[17] Par conséquent, les parties se sont vu accorder, pour la deuxième fois, la possibilité de présenter des motions en vue d'appeler d'autres témoins. L'avocat de la mère a de fait choisi de faire témoigner le mari, qui n'avait pas souscrit d'affidavit et qui n'était pas non plus partie à l'instance, mais de façon limitée :

> [TRADUCTION]
> **LA COUR :** Et qui proposez-vous d'appeler?
>
> **Avocat de la mère :** Je propose d'appeler T. L., pour apporter d'autres éclaircissements, M. L., mais strictement sur ce point précis et aucun autre point.

[18] La mère avance que le juge a fait erreur en limitant le témoignage de son mari à un seul point litigieux. Un examen de la transcription révèle que cette affirmation est inexacte. En effet, c'est l'avocat qui représentait la mère au procès qui a choisi de limiter le témoignage du mari à un seul point litigieux, et non le juge. Il est indéniable

que les deux parties se sont vu accorder la possibilité de présenter une motion en vue d'appeler les témoins de leur choix et que le juge n'a pas limité l'interrogatoire aux seuls auteurs d'affidavit.

[19] La mère soutient également que les règles 38 et 39 ne s'appliquent pas aux avis de requête délivrés en application de la règle 73.17.1. La règle 73.02 prévoit que les autres règles de procédure s'appliquent aux instances devant la Division de la famille, à moins qu'elles ne soient incompatibles avec la règle 73 ou avec une loi. Nous ne constatons aucune incompatibilité. La mère soutient ce qui suit dans ses observations écrites :

> [TRADUCTION]
> […] les demandes de garde, et plus particulièrement celles intéressant des questions de mobilité, se décident rarement à partir des seuls affidavits souscrits par les parties. D'autres personnes peuvent être appelées pour aider le tribunal à déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant. […] La <u>pratique</u> est de ne pas exiger de motions pour appeler à témoigner d'autres personnes que les parties à l'instance ou d'autres personnes que celles qui ont souscrit des affidavits. [Par. 44] [Je souligne.]

Il se peut que la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine ait établi comme pratique de ne pas exiger de motions, mais cela n'empêche pas un juge de le faire. Par conséquent, nous estimons que ce moyen est sans fondement.

VII. <u>Dispositif</u>

[20] Nous rejetons donc l'appel, confirmons la décision du juge du procès et accordons des dépens de 2 000 $.