COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

55-14-CA

J.H.

APPELLANT

- and -

T.H.

RESPONDENT

J.H. v. T.H., 2014 NBCA 52

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
April 14, 2014

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2014] N.B.J. No. 142

Appeal heard:
June 23, 2014

Judgment rendered:
June 23, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

J.H.

APPELANT

- et -

T.H.

INTIMÉE

J.H. c. T.H., 2014 NBCA 52

CORAM :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 14 avril 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2014] A.N.-B. n° 142

Appel entendu :
le 23 juin 2014

Jugement rendu :
le 23 juin 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:
Terence R. Connelly

For the respondent:
Martin J. Siscoe

THE COURT

The appeal is allowed and the order of the motion judge dated April 14, 2014, is varied, all without costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Terence R. Connelly

Pour l'intimée :
Martin J. Siscoe

LA COUR

L'appel est accueilli et l'ordonnance du juge saisi de la motion, datée du 14 avril 2014, est modifiée, le tout sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.
(Orally)

[1] The parties married on October 9, 2004, and separated on October 13, 2013. There are three children of the marriage: L.H., born March 2008, A.H., born April 2010, and J.R.H., the respondent mother's daughter from a previous relationship, born September 1998, and adopted by the appellant father in 2005. On three occasions, a judge of the Court of Queen's Bench has heard an interim motion pursuant to the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, with respect to custody and access of the two younger children. When the matter was first heard, on December 3, 2013, the father was not present at the hearing. Despite this, on the basis of the evidence, the judge granted the father liberal and generous access. On January 13, 2014, the judge issued a second interim order granting the parties interim joint custody of the children. The mother was awarded primary care and residence of the children but the father was granted liberal and generous access to them between the hours of 10:00 a.m. and 8:00 p.m. each day. On April 3, 2014, the judge heard the third motion and rendered an order on April, 14, 2014. In this last order, the parties were granted joint custody of the two younger children. However, the mother was awarded primary care and residence of the children and the father was granted access every second weekend.

[2] With leave, the father appeals that order. He relies on five grounds, stating the motion judge erred in law:

> (1) by giving insufficient reasons for his decision to reduce the access of the appellant to every second weekend;
>
> (2) by misapplying the principles established by the Supreme Court of Canada in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL) pertaining to the Law and to his interpretation of the evidence, in reducing the access of the Appellant to every second weekend;

> (3) by reducing the access of the Appellant to every second weekend on the basis of affidavit evidence which contained a substantial dispute of facts;
>
> (4) by not considering evidence which was relevant and admissible; in particular the text messages that were attached to the affidavit of the Appellant sworn to on March 26, 2014; and
>
> (5) by not considering evidence which was relevant and admissible, in particular, examples of the Respondent denying access to the children, disrespecting Court Orders in regard to access, and abusing her primary caregiver status.

[3] The applicable standard of review in a custody case is set out in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at para. 8: intervention by this Court requires that there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law.

[4] In my view, the first ground of appeal has merit and by itself would be sufficient for this Court to interfere. It alleges the motion judge gave insufficient reasons for his decision. The law with respect to the sufficiency of reasons in a decision from the Family Division of the Court of Queen's Bench is examined in *P.R.H. v. M.E.L.*:

> In *Van de Perre*, Bastarache J. noted that in preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of the factors outlined in *Gordon v. Goertz*. However, he went on to state it would be unreasonable to require a judge to discuss every piece of evidence when explaining his or her reasons. Thus, while a trial judge is not compelled by *Van de Perre* to discuss each of the factors enumerated in *Gordon v. Goertz* when evaluating the best interests of the child in a custody or mobility case, it nevertheless remains prudent to refer to the relevant criteria. In *Karpodinis v. Kantas* (2006) 227 B.C.A.C. 192, [2006] B.C.J. No. 1209 (QL), 2006 BCCA 272 at para. 26, the Court observed that mobility cases vary infinitely in their fact patterns and no case can provide a complete

template for another. Furthermore, in custody cases, wherein the governing consideration is the best interests of the child, the judicial inquiry is heavily fact-dependent and the decision is ultimately discretionary, the scope of appellate review is strictly limited. An appellate court will only interfere if the trial judge acted on some wrong principle or significantly misapprehended the evidence.

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

In *R. v. Walker*, [2008] S.C.J. No. 34 (QL), 2008 SCC 34, the Court emphasized that the parties are entitled to know why the judge reached his or her decision, and that reasons must be sufficient to allow for appellate review. However, an appellate court is not to intervene merely because a trial court did a poor job in expressing itself. The Court held that reasons are sufficient if they are responsive to the live issues of the case and the parties' key arguments. Sufficiency of reasons must be measured by the degree to which they respond to the substance of what was in issue. The live issues of the case must be dealt with, and the basis for the ruling must be clear.

The Supreme Court's most recent pronouncement concerning the issue of adequate reasons for judgment is found in the decision of *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, [2008] S.C.J. No. 52 (QL), 2008 SCC 51, in which McLachlin C.J.C. advocates a functional context-specific approach to the consideration of adequacy of reasons. Courts of Appeal which are considering the sufficiency of reasons should read them as a whole, in the context of the

> evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered. The function of the reasons is to tell the affected parties why the decision was made, to provide public accountability and to permit effective appellate review. The reasons need to show the path the judge followed from the evidence to the factual findings to the legal conclusions. This approach was followed by this Court in *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. T.L.M. (Litigation guardian of)*, [2009] N.B.J. No. 19 (QL), 2009 NBCA 8, in which Richard J.A. discusses the question of sufficiency of reasons to be applied in child protection matters. [paras. 10-13]
>
> [Emphasis Added]

[5] In the present case, the reasons are insufficient by their total absence. There is no discernable path leading from the evidence to factual findings and then to legal conclusions. There is no indication the judge applied the proper criteria and decided the matter on the basis of the "best interests of the children". There is no explanation as to why the father, who, before the separation, had for some time been the children's primary caregiver, is now relegated to seeing his children only every second weekend.

[6] The motion judge was required to review the evidence and then make a determination with respect to the "best interests of the children" regarding their custody and access in accordance with the criteria set out in the *Act*. Instead of doing that, he asked the lawyers for the parties to file draft orders which represented their positions and then he fashioned an interim custody and access order, giving no reasons for why the father's access to the children was drastically reduced from daily access to access every second weekend. Since we have no means to determine the path that led from this motion to the conclusion, we cannot assess the judge's "decision" on the proper standard of review. We cannot discern whether his findings of fact might have been the result of any palpable and overriding error or whether he applied the correct legal test. Considering the drastic change in the access provision between the judge's second and third orders, the context of the entire case (including the arguments) does not provide us sufficient basis to

discern the path followed. In other words, the total absence of reasons does not allow for meaningful appellate review.

[7] Thus, the appeal would have to be allowed because the motion judge did not give reasons for his decision. The same result was reached due to insufficiency of reasons in *Chiasson v. Doucet*, 2014 NBCA 49, [2014] N.B.J. No. 198 (QL).

[8] In my view, the fourth ground of appeal also has merit. During the hearing on April 3, 2014, the motion judge openly informed the parties that he had not read some of the evidence. In particular, there were text messages attached to the father's affidavit that the father claimed demonstrated the mother's open disobedience of the Court's second order. The judge stated "Oh, I don't even read the text messages", explaining that they often do not make any sense or may not be written in proper English, and adding "I have no time for text messages". This is an error of law. While a motion judge may, for valid reasons, not place much weight on certain evidence that is properly before him, he cannot refuse to even look at the evidence, especially when counsel is drawing his attention to it.

[9] On the basis of these two grounds alone, I would allow the appeal and set aside the order of the motion judge dated April 14, 2014. This raises the matter of the relief. Normally, I would return the matter to the Court of Queen's Bench for a judge to properly assess the evidence and make a proper determination of the matter on application of the correct legal criteria. However, the parties have now been three times before the Court of Queen's Bench and twice before this Court: once for the leave application and once for the hearing of the appeal. They inform us that the trial of the main application will only commence on March 31, 2015.

[10] In 2013 the New Brunswick *Rules of Court* were amended to incorporate the principle of proportionality. Rule 1.02.1 provides:

1.02.1 Proportionality	**1.02.1 Proportionnalité**
In applying these rules, the court shall	Lorsqu'elle applique les présentes règles, la

make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.	cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

See *Kovachis v. Kovachis*, 2013 ONCA 663, [2013] O.J. No. 4954 (QL), at para. 34.

[11] Because of the parties' numerous appearances before the Court of Queen's Bench and this Court resulting in cost and delay, and relying on the proportionality rule, I consider myself able, on the basis of the evidence adduced in the Court of Queen's Bench, which is now all before us, to make the determination that should have been made in the first instance.

[12] I note that it is generally unusual for a single judge of this Court to grant leave to appeal from an interim custody and access order. In *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (C.A.) (QL), Richard J.A explained the purpose of an interim order:

> The purpose of an interim order is to cover a short period of time between the making of the order and trial. By necessity, the order is made on limited evidence: usually by affidavit. It is designed to "provide a reasonably acceptable solution to a difficult problem until trial," to use the words of Zuber J.A. in *Sypher v. Sypher*, [1986] O.J. No. 536, online: QL (OJ) (Ont. C.A.), adopted by Rice J.A. of this Court in *Wentzell v. Wentzell*, [1999] N.B.J. No. 25, online: QL (NBJ), which case was in turn relied upon by Robertson J.A. in *Piercy v. Foreman*, [2003] N.B.J. No. 76, online: QL (NBJ). In the *Sypher* case, Zuber J.A. reasoned that "an appellate court should not interfere with an interim order unless it is demonstrated that the interim order is clearly wrong and exceeds the wide ambit of reasonable solutions that are available on a summary interim proceeding." I agree. [para. 4]

[13] This Court adopted that passage in *D.A. v. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 N.B.R. (2d) 203, at para. 7. However, in this case, leave to appeal was justified. In my view, the father has demonstrated that the interim order exceeds the wide ambit of reasonable solutions available on the evidence. The evidence demonstrated two loving

parents, both capable of caring for their children. This is why the father was given liberal and generous access the first time. The second order resulted from the parties not being able to agree to the access periods; thus, the motion judge felt an obligation to define them. Still, he gave the father very liberal and generous access. In some instances, I might have simply allowed the appeal and reverted to the previous order, but in this case both parties agree that the order of January 13, 2014, is illogical for it provides that the access parent will have the physical custody of the children more than the primary caregiver, and relegates the primary caregiver to having access to the children generally only when they are asleep.

[14] Considering all the evidence that was before the motion judge and that is now before us, and the criteria pursuant to which a Court is to assess the "best interests of the children", as set out in s. 1 of the *Act*, I find there is no reason why at this stage the parents cannot equally share custody of and access to the children. In my view, such an order would benefit the mental, emotional and physical health of the children; it would be less disruptive of the children's sense of continuity since they are used to spending time with both parents and would respect the love, affection and ties that exist between the children and both their parents. These factors weigh heavily toward an order that would maximize access to both parents. No other factor of relevance militates against such an outcome.

[15] Both parents have demonstrated an inability to set their own differences aside and cooperate for the execution of Court orders. But for this, I might have crafted an order that would have allowed them to cooperate in determining the dates and times each would have access to the children. In the circumstances, I think it best to make the determination myself and leave them an opportunity to vary it by mutual consent, failing which the letter of the order will have to be followed.

[16] For these reasons, I would allow the appeal and vary the motion judge's order of January 13, 2014, by deleting paragraphs 1 (a) and (b) and, in their stead, order as follows:

> 1. Under the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, ch. F-2.2, until further order:

(a) Pursuant to Section 129(2), the mother, T.H., and the father, J.H., shall have joint custody of the children of the marriage; namely L.H., born March 20th, 2008, and A.H., born April 3rd , 2010;

(b) Pursuant to Section 129(3), the father, J.H., shall have the care of the children of the marriage every second week, beginning on Friday, June 27, 2014, at 6 PM and ending Friday, July 4, 2014, at 6 PM, and every second week thereafter commencing at 6 PM the Friday of that week and ending at 6 PM the following Friday, and the mother, T.H., shall have the care of the children at all other times. The following conditions shall be observed during the access periods:

(i) the father will pick up and return the children at the mother's residence at the scheduled times;

(ii) during the week when the children are in the care of the other parent, the father or mother, as the case may be, can have reasonable telephone access to the children; and

(iii) each parent will take the children to their scheduled extracurricular activities during the week they have care of the children;

(a.1) the access provisions of this order can be varied by mutual consent of the parties;

(a.2) in the event of a material change of circumstances, either party may on motion apply to the Court of Queen's Bench, Family Division, for a variation, in which case the Court will apply the governing legal principles and determine the motion as if this order had been an interim order of the Court of Queen's Bench.

[17] No costs were requested on this appeal and therefore I would not award any.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE LARLEE
(oralement)

[1] Les parties se sont mariées le 9 octobre 2004 et se sont séparées le 13 octobre 2013. Il y a trois enfants à charge : L.H. (naissance en mars 2008), A.H., (naissance en avril 2010) et J.R.H., fille de la mère intimée qui est issue d'une relation précédente, née en septembre 1998, et que le père appelant a adoptée en 2005. À trois reprises, un juge de la Cour du Banc de la Reine a entendu une motion provisoire déposée conformément à la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, relativement à la garde des deux plus jeunes enfants et à l'accès auprès d'eux. Lorsque l'affaire a été entendue pour la première fois, le 3 décembre 2013, le père n'était pas présent à l'audience. Malgré cela, et en se fondant sur la preuve, le juge a accordé au père des droits d'accès larges et généreux. Le 13 janvier 2014, le juge a rendu une deuxième ordonnance provisoire accordant aux parties la garde conjointe des enfants. La mère a obtenu la responsabilité principale des enfants, qui ont aussi leur résidence principale chez elle, mais le père s'est vu accorder de généreux droits d'accès auprès d'eux entre 10 heures et 20 heures tous les jours. Le 3 avril 2014, le juge a entendu la troisième motion et il a rendu une ordonnance le 14 avril 2014. Dans cette dernière ordonnance, les parties ont obtenu la garde conjointe des deux plus jeunes enfants. Toutefois, la mère a obtenu la responsabilité principale des enfants, ceux-ci ayant leur résidence principale chez elle, et le père a obtenu un droit d'accès une fin de semaine sur deux.

[2] Avec l'autorisation de la Cour, le père interjette appel de cette ordonnance. Il invoque cinq moyens et prétend que le juge saisi de la motion a commis les erreurs de droit suivantes :

[TRADUCTION]

> (1) Il a insuffisamment motivé sa décision de réduire le droit d'accès de l'appelant et de le ramener à un droit d'accès d'une fin de semaine sur deux.

(2) Il a appliqué d'une façon erronée les principes que la Cour suprême du Canada a établis dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 112 (QL) pour ce qui concerne le droit et l'interprétation de la preuve, en ramenant le droit d'accès de l'appelant à un accès d'une fin de semaine sur deux.

(3) Il a ramené le droit d'accès de l'appelant à un accès d'une fin de semaine sur deux en s'appuyant sur une preuve par affidavit qui faisait état d'une contestation substantielle des faits.

(4) Il n'a pas examiné des éléments de preuve qui étaient pertinents et admissibles; plus précisément les messages textes qui étaient joints à l'affidavit que l'appelant a fait sous serment le 26 mars 2014.

(5) Il n'a pas examiné des éléments de preuve qui étaient pertinents et admissibles, plus précisément des exemples de situations où l'intimée a refusé à l'appelant l'accès auprès des enfants, a contrevenu à des ordonnances de la Cour en ce qui concerne l'accès et a abusé de sa qualité de personne ayant la responsabilité principale des enfants.

[3] La norme de contrôle applicable dans une affaire ressortissant à la garde est énoncée dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2e) 100, au par. 8 : l'intervention de notre Cour 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.

[4] J'estime que le premier moyen d'appel est fondé et serait en lui-même suffisant pour que notre Cour intervienne. Selon ce moyen, le juge saisi de la motion a insuffisamment motivé sa décision. Les règles de droit relatives à l'insuffisance des motifs dans une décision de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine ont été examinées dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.* :

> Dans l'arrêt *Van de Perre*, le juge Bastarache a souligné que lorsqu'il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge de première instance est censé

prendre en considération chacun des facteurs mentionnés dans *Gordon c. Goertz*. Toutefois, il a ensuite dit qu'il serait déraisonnable d'exiger que le juge analyse chaque élément de preuve lorsqu'il explique ses motifs. Par conséquent, bien que l'arrêt *Van de Perre* ne contraigne pas le juge de première instance à analyser chacun des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* lorsqu'il évalue l'intérêt de l'enfant dans une affaire ressortissant à la garde ou la mobilité, il est néanmoins prudent de mentionner les critères pertinents. Dans l'arrêt *Karpodinis c. Kantas* (2006), 227 B.C.A.C. 192, [2006] B.C.J. No. 1209 (QL), 2006 BCCA 272, au par. 26, la Cour a fait observer que dans les affaires soulevant une question de mobilité les situations factuelles varient à l'infini et aucune instance ne peut constituer un modèle complet à suivre dans une autre instance. De plus, dans les affaires de garde, où la considération primordiale est l'intérêt de l'enfant, où l'examen judiciaire repose en très grande partie sur les faits et où la décision est, au bout du compte, discrétionnaire, la portée de la révision en appel est strictement limitée. La cour d'appel n'intervient que si le juge de première instance a agi en s'appuyant sur un principe erroné ou a commis une erreur significative dans l'interprétation de la preuve.

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

> Dans l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] A.C.S. n° 34 (QL), 2008 CSC 34, la Cour a insisté sur le fait que les parties ont le droit de savoir pourquoi le juge en est arrivé à sa décision et que les motifs donnés doivent être suffisants pour permettre une révision en appel. Toutefois, le tribunal d'appel n'est pas habilité à intervenir simplement parce qu'il estime que le tribunal de première instance s'est mal exprimé. La Cour a statué que les motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige. Les questions en litige doivent être examinées et tranchées et le fondement de la décision doit être clair.
>
> La décision la plus récente de la Cour suprême concernant la question des motifs de jugement suffisants est l'arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, [2008] A.C.S. n° 52 (QL), 2008 CSC 51, dans lequel la juge McLachlin, juge en chef du Canada, préconise une démarche fonctionnelle et contextuelle pour l'appréciation du caractère suffisant des motifs. Le tribunal d'appel qui examine les motifs pour déterminer s'ils sont suffisants doit les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès, en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs. Les motifs ont pour fonction de dire aux parties visées pourquoi la décision a été prise, de rendre compte devant le public et de permettre un examen efficace en appel. Les motifs doivent indiquer le raisonnement que le juge a suivi à partir de la preuve pour en arriver aux conclusions factuelles puis aux conclusions de droit. Notre Cour a suivi cette démarche dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (ministre des Services familiaux et communautaires) c. T.L.M. (tutrice d'instance de)*, [2009] A.N.-B. n° 19 (QL), 2009 NBCA 8, où le juge d'appel Richard examine la question des principes régissant le caractère suffisant ou non des motifs qui sont applicables en matière de protection de l'enfance. [Par. 10 à 13.]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[5] En l'espèce, les motifs sont insuffisants parce qu'inexistants. Il n'y a pas de trace visible allant de la preuve aux conclusions factuelles et, enfin, aux conclusions de droit. Rien n'indique que le juge a appliqué les bons critères et a tranché l'affaire en fonction de l'« intérêt supérieur des enfants ». Il n'y a aucune explication en ce qui concerne les raisons pour lesquelles le père qui, avant la séparation, avait, pendant une

certaine période, assumé la principale responsabilité des enfants, en est maintenant réduit à ne voir ses enfants qu'une fin de semaine sur deux.

[6] Le juge saisi de la motion avait l'obligation d'examiner la preuve et de rendre ensuite une décision relativement à « l'intérêt supérieur des enfants » pour ce qui concernait leur garde et l'accès auprès d'eux, conformément aux critères énoncés dans la *Loi*. Au lieu de cela, il a demandé aux avocats des parties de déposer des projets d'ordonnances faisant état de leurs positions et il a ensuite rendu une ordonnance provisoire relative à la garde et à l'accès, sans donner les motifs pour lesquels le droit d'accès du père auprès des enfants a été radicalement réduit, passant d'un droit d'accès quotidien à un droit d'accès d'une fin de semaine sur deux. Puisque que nous n'avons aucun moyen de déterminer le raisonnement qui a été suivi à partir de la motion jusqu'à la conclusion, nous ne sommes pas en mesure d'évaluer la « décision » du juge à la lumière de la norme de contrôle applicable. Il nous est impossible d'établir si ses conclusions de fait ont pu être le résultat d'une erreur manifeste et dominante ou s'il a appliqué le bon critère juridique. Compte tenu de la modification radicale de la disposition relative aux droits d'accès entre les deuxième et troisième ordonnances que le juge a rendues, le contexte dans lequel s'inscrit l'instance dans son ensemble (y compris les argumentations) ne nous permet pas de connaître le raisonnement qui a été suivi. Autrement dit, vu l'absence de motifs, il est impossible de faire une révision utile en appel.

[7] Il faudrait donc que l'appel soit accueilli parce que le juge saisi de la motion n'a pas motivé sa décision. Le même résultat fut atteint en raison de motifs insuffisants dans *Chiasson c. Doucet*, 2014 NBCA 49, [2014] A. N.-B. n° 198 (QL).

[8] J'estime que le quatrième moyen d'appel est également fondé. Pendant l'audience qui a eu lieu le 3 avril 2014, le juge saisi de la motion a ouvertement informé les parties qu'il n'avait pas lu certaines parties de la preuve. Plus précisément, il y avait des messages textes joints à l'affidavit du père dont ce dernier prétendait qu'ils établissaient que la mère désobéissait de manière flagrante à la deuxième ordonnance de

la Cour. Le juge a dit : [TRADUCTION] « Oh, je ne lis même pas les messages textes », expliquant que bien souvent ils sont incompréhensibles ou ne sont pas rédigés en bon anglais, et a ajouté qu'il [TRADUCTION] « [n'avait] pas de temps à consacrer à des messages textes ». Ce faisant, le juge a commis une erreur de droit. Bien que le juge saisi d'une motion puisse, pour des motifs valables, ne pas accorder beaucoup de poids à certains éléments de preuve dûment déposés devant lui, il ne peut refuser ne serait-ce que de jeter un coup d'œil à ces éléments de preuve tout particulièrement si l'avocat attire son attention sur ceux-ci.

[9] Je suis d'avis, sur la base de ces deux seuls moyens, d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance du 14 avril 2014 rendue par le juge saisi de la motion. La Cour doit maintenant se pencher sur la question des mesures réparatoires. Normalement, je renverrais l'affaire à la Cour du Banc de la Reine afin qu'un juge apprécie convenablement la preuve et tranche l'affaire d'une façon appropriée en appliquant les critères juridiques pertinents. Toutefois, les parties ont maintenant comparu à trois reprises devant la Cour du Banc de la Reine et à deux reprises devant notre Cour : une fois pour la demande en autorisation d'appel et une fois pour l'audition de l'appel. Elles nous informent que l'instruction de la demande principale ne commencera que le 31 mars 2015.

[10] En 2013, les *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick ont été modifiées afin qu'y soit incorporé le principe de la proportionnalité. La règle 1.02.1 est ainsi rédigée :

1.02.1 Proportionality	**1.02.1 Proportionnalité**
In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues.	Lorsqu'elle applique les présentes règles, la cour rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige.

Voir l'arrêt *Kovachis c. Kovachis*, 2013 ONCA 663, [2013] O.J. No. 4954 (QL), au par. 34.

[11] Étant donné que les nombreuses comparutions des parties devant la Cour du Banc de la Reine et devant notre Cour ont entraîné des coûts et des retards, et forte de la règle sur la proportionnalité, je m'estime capable, d'après la preuve produite devant la Cour du Banc de la Reine, qui est maintenant produite en totalité devant nous, de rendre la décision qui aurait dû être rendue en première instance.

[12] Je souligne qu'il est plutôt inhabituel qu'un juge de notre Cour siégeant seul accorde l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance provisoire en matière de garde et d'accès. Dans l'arrêt *Legault c. Rattray*, [2003] A.N.-B. n° 442 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard a ainsi expliqué l'objet d'une ordonnance provisoire :

> [TRADUCTION] Une ordonnance provisoire vise à couvrir une courte période se situant entre le moment où l'ordonnance est rendue et le procès. Par nécessité, l'ordonnance est rendue sur le fondement d'une preuve limitée, habituellement par affidavit. L'objet de l'ordonnance, pour reprendre les propos du juge Zuber dans la décision *Sypher c. Sypher* (Ont. C.A.), [1986] O.J. No. 536, QL(OJ), (C.A. Ont.), est de [TRADUCTION] « fournir, jusqu'au procès, une solution raisonnablement acceptable à un problème difficile ». Ces propos ont aussi été repris par le juge Rice, de notre Cour, dans l'arrêt *Wentzell c. Wentzell*, [1999] A.N.-B. n° 25, QL(ANB), sur lequel s'est fondé à son tour le juge Robertson dans l'arrêt *Piercy c. Foreman*, [2003] A.N.-B. n° 76, QL(ANB). Dans la décision *Sypher*, le juge Zuber a suivi le raisonnement suivant : [TRADUCTION] « [U]n tribunal d'appel ne devrait pas intervenir dans une ordonnance provisoire à moins qu'il ne soit démontré que l'ordonnance provisoire est manifestement erronée et qu'elle dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires amorcées par voie sommaire ». [Je souscris à ces propos.] [Par. 4]

[13] Notre Cour a adopté ce passage dans l'arrêt *D.A. c. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 R.N.-B. (2e) 203, au par. 7. Dans la présente affaire, toutefois, l'autorisation d'interjeter appel était justifiée. À mon avis, le père a démontré que l'ordonnance

provisoire dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables qui existaient d'après la preuve. La preuve a montré qu'il s'agit de deux parents aimants, qui sont tous deux en mesure de prendre soin de leurs enfants. C'est pourquoi le père s'était vu accorder de généreux droits d'accès la première fois. La deuxième ordonnance a été rendue parce que les parties n'arrivaient pas à s'entendre sur les périodes d'accès; le juge saisi de la motion s'est donc senti obligé de les définir. Néanmoins, il a accordé au père de très larges et généreux droits d'accès. Dans certaines situations, j'aurais tout simplement accueilli l'appel et rétabli l'ordonnance précédente, mais en l'espèce, les deux parties s'entendent pour reconnaître que l'ordonnance du 13 janvier 2014 est dépourvue de toute logique puisqu'elle dispose que le parent ayant des droits d'accès aura la garde physique des enfants pendant de plus longues périodes que le parent en ayant la responsabilité principale, cette dernière en étant dans l'ensemble réduite à n'avoir accès auprès des enfants que lorsqu'ils dorment.

[14] Compte tenu de l'ensemble des éléments de preuve déposés devant le juge saisi de la motion et maintenant déposés devant nous, ainsi que des critères à l'aune desquels la Cour doit évaluer l'« intérêt supérieur des enfants », qui sont énoncés à l'art. 1 de la *Loi*, je ne vois pas pourquoi les parents ne pourraient pas, à cette étape-ci, se partager également la garde des enfants et l'accès auprès d'eux. J'estime qu'une ordonnance de cette nature favoriserait la santé mentale, affective et physique des enfants; elle porterait moins atteinte à la stabilité dont les enfants éprouvent le besoin puisqu'ils sont habitués à passer du temps en compagnie des deux parents et elle respecterait l'amour, l'affection et les liens qui existent entre les enfants et leurs deux parents. Ces facteurs militent fortement en faveur d'une ordonnance qui maximiserait l'accès aux deux parents. Aucun autre facteur pertinent ne milite contre un résultat de cette nature.

[15] Les deux parents ont fait la preuve de leur incapacité de mettre leurs différends de côté et de coopérer en vue de l'exécution des ordonnances de la Cour. N'eût été cette incapacité, j'aurais pu rendre une ordonnance qui leur aurait permis de coopérer aux fins de fixer les dates et les périodes auxquelles chacun aurait accès auprès des enfants. Dans les circonstances, je pense qu'il est préférable que je prenne ces décisions

moi-même et que je leur laisse la possibilité de les modifier par consentement mutuel, à défaut de quoi l'ordonnance devra être respectée à la lettre.

[16] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de modifier l'ordonnance que le juge saisi de la motion a rendue le 13 janvier 2014 en supprimant les alinéas 1 a) et b) et en les remplaçant par ce qui suit :

> [TRADUCTION] 1. En vertu de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, et jusqu'à ce qu'une nouvelle ordonnance soit rendue :
>
> a) conformément au paragraphe 129(2), la mère, T.H., et le père, J.H., auront la garde conjointe des enfants à charge, savoir L.H. (date de naissance le 20 mars 2008) et A.H. (date de naissance le 3 avril 2010);
>
> b) conformément au paragraphe 129(3), le père, J.H., aura la charge des enfants une semaine sur deux, savoir, la première fois, du vendredi 27 juin 2014, à 18 heures, au vendredi 4 juillet 2014, à 18 heures, et une semaine sur deux par la suite à compter de 18 heures le vendredi jusqu'à 18 heures le vendredi suivant et la mère, T.H., aura la charge des enfants le reste du temps. Les conditions suivantes seront respectées pendant les périodes d'accès :
>
> (i) le père passera prendre les enfants au domicile de la mère et les y ramènera aux heures et aux jours fixés;
>
> (ii) les semaines où les enfants sont à la charge de l'autre parent, le père ou la mère, selon le cas, peut exercer un accès téléphonique raisonnable auprès des enfants;
>
> (iii) chaque parent conduira les enfants à leurs activités parascolaires régulières les semaines où il en a la charge;
>
> a.1) les dispositions de la présente ordonnance qui régissent l'accès peuvent être modifiées par consentement mutuel des parties;

> a.2) si la situation devait changer considérablement, l'une ou l'autre partie pourra s'adresser, par voie de motion, à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, en vue d'obtenir une modification, auquel cas la Cour appliquera les principes juridiques en vigueur et tranchera la motion comme si la présente ordonnance avait été une ordonnance provisoire de la Cour du Banc de la Reine.

[17] Aucuns dépens n'ont été demandés dans le cadre du présent appel et je suis donc d'avis de n'en accorder aucuns.