

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

107-18-CA

M.L.B.

M.L.B.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

W.R.P.

W.R.P.

RESPONDENT

INTIMÉ

M.L.B. v. W.R.P., 2019 NBCA 63

M.L.B. c. W.R.P., 2019 NBCA 63

CORAM:

The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Baird  
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird  
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:

September 28, 2018 (oral)  
November 27, 2018 (written)

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :

le 28 septembre 2018 (décision orale)  
le 27 novembre 2018 (décision écrite)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
2018 NBQB 218

Décision frappée d'appel :  
2018 NBBR 218

Preliminary or incidental proceedings:  
None

Procédures préliminaires ou accessoires :  
aucune

Appeal heard:  
May 21, 2019

Appel entendu :  
le 21 mai 2019

Judgment rendered:  
August 15, 2019

Jugement rendu :  
le 15 août 2019

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice LeBlond

Motifs de jugement :  
l'honorable juge LeBlond

Concurred in by:  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Baird

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

For the Appellant:  
Sheila J. Cameron, Q.C.

W.R.P., on his own behalf

THE COURT

While the motion judge misapplied the third element in the threshold component of the test in *Gordon v. Goertz*, he proceeded to apply the best interests of the child test, and did so without error. There is no basis for appellate intervention; the appeal is dismissed with costs of \$2,000 payable to the Respondent.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :  
Sheila J. Cameron, c.r.

W.R.P., en son propre nom

LA COUR

Bien que le juge saisi de la motion a mal appliqué le troisième volet de l'exigence préliminaire du critère énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, il a ensuite appliqué le critère afférent à l'intérêt supérieur de l'enfant, et ce, sans commettre d'erreur. Rien ne fonde une intervention en appel; l'appel est rejeté avec dépens de 2 000 \$ payables à l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal deals with family law mobility rights of parents. Having to choose between which of the two parents will have primary care of a child when a move is envisaged by one of the parents, in particular the primary caregiver, has been described as a “Herculean task” for the courts (*Kassel et al. v. Louie*, 2000 BCSC 1417, [2000] B.C.J. No. 1925 (QL), at para. 23). The task is all the more difficult when, as in this case, the primary caregiver and the access parent have both proven themselves to be exemplary parents.

[2] Although one of the parents is likely to be profoundly and negatively impacted by the Court’s decision, the law is clear that the sole governing criterion to be examined, in determining whether or not a child will be allowed to move, is to decide which of the scenarios (to move or not to move) is in the best interests of the child. The applicable test and factors to be considered are set out by the Supreme Court in the seminal decision of *Gordon v. Goertz* [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL).

[3] All mobility cases are to be determined in accordance with their specific facts. While this may not be helpful to counsel and parties in terms of creating certainty in the law, *Gordon* holds that a child’s best interests cannot be sacrificed to “expediency and certainty” (para. 20).

[4] *Gordon* establishes the threshold test to determine if there has been a material change in circumstances warranting a review of the initial custodial order and, if so, it goes on to set out the factors to be applied in determining the child’s best interests within the context of the proposed primary residential move. This Court is tasked with determining whether the assessment conducted by the judge below was done in accordance with the *Gordon* principles.

II. The Facts

[5] The parties were married on May 25, 2007, and have one daughter who is currently 12 years of age. They separated on August 7, 2013, and signed a domestic contract on July 18, 2014. It granted them joint legal custody of their daughter with the latter's primary residence to be with the appellant mother. The judge noted this arrangement was made because of the respondent father's insistence the daughter have one place to call home while he remained very involved in her activities as part of his frequent access (at para. 33).

[6] The mother is a tenured professor. The father is a senior civil servant within the New Brunswick government. Both parents are highly educated professionals.

[7] For the purposes of this appeal, the relevant sections of the domestic contract are as follows:

1. DEFINITIONS:

[...]

(d) "*Marital Home*" means the residence occupied by the parties as their marital home and situated at [...], in the City of Fredericton and Province of New Brunswick.

[...]

3. INTENT OF THIS DOMESTIC CONTRACT:

[...]

(c) The Husband and Wife agree to be bound by the provisions of this Domestic Contract and acknowledge and declare this Domestic Contract is made in contemplation of the *Divorce Act*, [...]

(d) If either the Husband or Wife obtains a Divorce Judgment under the laws of any jurisdiction, [...] all the covenants, terms and provisions of this Domestic Contract

shall continue in force and effect and the parties hereby agree that the provisions of this Domestic Contract shall be incorporated in the Divorce Judgment [...]

[...]

6.(i) CUSTODY:

(a) The Husband and Wife shall have joint custody of the child [...]. The child shall have her primary residence with the Wife. The Husband shall have reasonable and liberal access to [the daughter] [...]

[...]

**(h) Neither [party] shall change the residence of the child to that outside of the Province of New Brunswick without the consent of the other. Should the wife have an opportunity to travel abroad during any sabbatical she may be entitled to, she shall be able to travel abroad with [the daughter] during that sabbatical period.**

[...]

9. MARITAL HOME:

(a) The marital home located at [...], Fredericton, in the Province of New Brunswick is presently registered in the name (sic) of both the Husband and the Wife. [...] The Wife shall have exclusive ownership and possession of the said marital home [...]

[...]

22. DOMESTIC CONTRACT TO SURVIVE DIVORCE:

If either the Husband or the Wife obtains a Divorce Judgment, all terms of this Contract will survive and continue in force and may be submitted to the Court for approval.

[Emphasis added.]

[8] Both parties acknowledge having a full understanding of the domestic contract and both received independent legal advice prior to signing it.

[9] In 2013, after their separation, but before signing the domestic contract, the wife entered into a relationship with another man. They were engaged in November 2015 at a time when he was working in Rome, Italy. The wife chose to take a sabbatical leave from her university professor's position and, in accordance with clause 6(h) of the domestic contract above, she lived in Rome with her daughter and fiancé for 6 months between January and July 2016. During this time period, on May 5, 2016, the parties consented to an Order under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), pursuant to a Joint Petition for Divorce. The Consent Order provided, amongst other things, consistent with the domestic contract, that the parties would have joint legal custody of their daughter and that the wife would continue to have the primary residence for the child (the marital home) with the same continued reasonable and liberal access to the husband, all in an effort to continue the daughter's day-to-day routine and activities. The Consent Order specifically stated that “[t]his flexibility has been in place since separation and works well for [the daughter]” (emphasis added). The Consent Order further stipulated at clause 3:

It is agreed to but not ordered that the parties shall adhere to the parenting provisions as set out in Schedule “A” attached to this Order.

Schedule “A” is a complete copy of the domestic contract signed July 18, 2014.

[10] Notwithstanding the wife was in a committed relationship with her fiancé at the time the Consent order for Divorce was signed, there is no mention in the Order about any proposed change in the residence of the daughter from the former marital home. Indeed, the parties confirmed in the Consent Order there would be no such change.

[11] The wife and her fiancé became parents to a child born April 19, 2017. By this point, the wife had been living in the marital home in Fredericton since her return from Italy and it was still uncertain where she and her fiancé might eventually reside. It was not until May 2017, that the wife advised the husband she, her fiancé and second daughter would be moving to Washington, D.C. She asked for the husband's consent to change their daughter's residence, in accordance with the Consent Order for Divorce,

with attached Domestic Contract. Consent was refused by the husband. It should be noted the fiancé did not in fact secure employment requiring him to be based in Washington until July 2017.

[12] The wife filed a Notice of Motion on November 30, 2017, seeking an order permitting her to move the daughter to Washington with her. She was on record before the judge stating she would not move without her daughter. The motion judge, after considering extensive affidavit and *viva voce* evidence, denied the motion.

### III. The Judge's Findings Under the *Gordon* Test

[13] Based on all the evidence before him, the judge found both parents to be exceptional in many ways. While their parenting styles may have differed, he had no issue with their respective abilities and capacities to be model parents to their daughter. He was left to apply the *Gordon* test and to assess its underlying factors to determine whether or not he would permit the mother to move the daughter to Washington. Essentially, he found he had 3 options:

- a) Grant the mother's request to move the daughter and modify the access terms for the father;
- b) Deny the motion and maintain the status quo; or
- c) Shift primary care of the daughter to the father should the mother move in any event.

[14] The judge correctly found this was not a case where the wife was intending to move to Washington to secure a better employment opportunity or advance her education, unlike the situation in *Gordon*. Indeed, the evidence established she would be leaving a well paying tenured position as a university professor in New Brunswick, with all of the attendant benefits, for what would, initially at least, be undefined and less paying work as a translator. The wife's intended move was driven largely by her desire to

live with her fiancé and new daughter and to hopefully include the first daughter as part of the new family unit.

[15] On the first part of the *Gordon* test, as to whether or not there had been a material change in circumstances since the Divorce Judgment was entered, the judge's analysis begins by citing paras. 12 and 13 of *Gordon* which, in essence, state that in order for a change in circumstances to be material, it must alter a child's needs or the ability of the parents to meet those needs. It should represent a distinct departure from what could reasonably have been anticipated when the previous order was made. The three elements for consideration in determining whether a material change in circumstances has occurred are:

- a) A change in the condition, means, needs or circumstances of the child and/or the ability of the parents to meet those needs;
- b) The change must materially affect the child; and
- c) The change was either not foreseen or could not have reasonably been contemplated when the initial order was made.

[16] The judge accepted, given the evidence before him, that the first two elements of this part of the test were met; however, he found, at para. 71, that because the initial order was signed after the wife became engaged to her fiancé who was then living overseas, they had to have considered where they would ultimately live. The judge extrapolated to imply that the wife's eventual residence "was a reasonably foreseeable issue at the time the order was made [...] on consent." On this basis he ruled the third element of the materiality portion of the test was not met and, as a result, in his view, the case was not one of material change in circumstances.

[17] In the event he might be in error regarding the above finding, the motion judge went on to provisionally assess the best interests factors. Although the best interests of the child factors analyzed are those set out in s. 1 of the *Family Services Act* under



“best interests of the child” (S.N.B. 1980, c. F-2.2), he did so on the strength of the decision of this Court in *J.A.D. v. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200. In the end, at para. 93 of the reasons, he found there was overlap between the *Family Services Act* factors and the *Gordon* factors. Clearly, he was alive to the requirement of applying the *Gordon* factors.

[18] The two *Gordon* factors which are not referred to in s. 1 of the *Family Services Act* are firstly, the desirability of maximizing contact between the child and both parents; and secondly, the custodial parent’s reasons for wanting to move, should that be relevant to that parent’s ability to meet the needs of the child. That said, the judge was alive to both of these factors, and they clearly were dealt with in his analysis.

[19] The judge’s findings relating to the best interests factors can be summarized as follows:

- a) Teachers who testified were impressed with the daughter’s academic work and had no concerns. She was well adjusted to her school surroundings and interacted well with her friends and staff (at para. 19);
- b) She had a strong relationship with her mother, fiancé and new stepsister (at para. 20);
- c) For the first two and a half years of her life, the father stayed at home with her while the mother worked and a strong bond between them evolved (at para. 20);
- d) A third party noted the father “loves her tremendously” (at para. 21);
- e) The father had good communications with and promoted the daughter’s relationships with the wife’s family members in the Fredericton area (at para. 23);

- f) Again, the initial custodial arrangement had been supported by the father for the reasons stated in para. 5 above;
- g) The mother was fully aware of the need for the daughter to maintain contact with the mother's family members in New Brunswick while there were no such substantial family connections in Washington, D.C. (at paras. 42, 82 and 87);
- h) The daughter reacted very badly when she was first told of a possible move to Washington. She had a reaction of "*shock* followed by an immediate meltdown" (at para. 46);
- i) The frequency of the wife's proposal for access return trips between Fredericton and Washington was too much for the daughter and not in her best interests (at paras. 49 and 89);
- j) There would be no support system for the daughter in Washington which could compare to the one in place in Fredericton. The father is "well prepared to meet [the daughter's] developmental and academic needs" (at paras. 52, 84 and 95);
- k) The father has no concerns over the mother's ability to parent. The concern is over the disruption the move would cause to the daughter (at paras. 53 and 83);
- l) In the Voice of the Child assessment, the daughter expressed a need to spend more time with her father; she was very upset with the prospect of moving; she liked her school, her teachers, her friends and her extended family; and she was very emphatic about not wanting to move to Washington (at paras. 55, 56, 80 and 81);

- m) The judge saw “[...] no specific benefit in the move for [the daughter]. She will have to leave behind all she has come to know in her life here. [...] I just do not see any benefit to [the daughter] from a life in Washington that would not come without paying a higher price by jeopardizing the foundations of her life here. It is not in her best interests to move” (at para. 96).

#### IV. Grounds of Appeal

[20] There are two main grounds of appeal:

- (a) The judge erred in law and in fact by concluding there was no material change in circumstances after the Consent Order for Divorce of May 5, 2016, and Joint Divorce Judgment of June 5, 2016;
- (b) The judge erred in law and in fact by misapplying the principles set out in *Gordon*.

[21] There are three other peripheral grounds of appeal relating to costs and issues raised “*proprio motu*” by the judge which will be addressed at the conclusion of these reasons. They do not directly bear on our decision.

#### V. Standard of Review

[22] Trial or motion judges are always in the best position to assess evidence relating to a child’s best interests in any context, including mobility. Appellate courts will not intervene in these determinations unless:

- (a) The judge’s reasons demonstrate a manifest error;
- (b) The judge has significantly misapprehended the “best interests” evidence;

- (c) The judge has ignored relevant evidence;
- (d) The judge has drawn palpable and overriding erroneous conclusions from the evidence.

(See *Vaughan v. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 N.B.R. (2d) 286; and *K.G. v. K.M.*, 2019 NBCA 45, [2019] N.B.J. No. 145 (QL)).

[23] While it will frequently be possible to argue a judge has given either too much or insufficient weight to any one of the factors to be considered, that alone does not alter the standard of review. In the interest of promoting certainty in the law, deference must be given, particularly where the judge adequately explains his or her decision and, on the whole, comes to the correct conclusion. In the end, the judge engages in an exercise of discretion which merits significant deference (*Young v. Young*, [2003] O.J. No. 67 (C.A.) (QL), per Laskin J.A.).

[24] Professor D. A. Rollie Thompson, a noted Canadian expert in family law, in “Ten Years After *Gordon*: No Law, Nowhere” (2007), 35 R.F.L. (6th) 307, after analyzing appellate level mobility decisions between 1996 and 2006 wrote:

The appellate language of deference is utterly misleading. The appeal courts are highly interventionist in appeal cases, ready to jump right in and rebalance the factors, reweigh the evidence and re-exercise discretion. [p. 312]

[25] Clearly, this was a call to heed the Supreme Court’s reminder to appellate courts to “walk the walk” of deference, as set out in *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, where Bastarache J. discussed the standard of review and quoted L’Heureux-Dubé J. in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL):

[...] Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed.

[...]

[...] This approach promotes finality in family law litigation and recognizes the importance of the appreciation of the facts by the trial judge. [...] [An appeal court] is not entitled to overturn a support order simply because it would have made a different decision or balanced the factors differently. [para. 11]

[26] Although that case dealt with a support order, its rationale applies equally to a mobility case. Indeed, in *Van de Perre*, Bastarache J. wrote:

It is clear from this case that it is necessary for this Court to state explicitly that the scope of appellate review does not change because of the type of case on appeal. [...] *Gordon* is consistent with the narrow scope of appellate review discussed later in *Hickey, supra*. The case [*Gordon*] does not suggest that appellate review is appropriate whenever a trial judge has failed to mention a relevant factor or to discuss a relevant factor in depth.

[...] omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, 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. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence. [paras. 14-15]

## VI. The *Gordon* and *Divorce Act* Principles

[27] The *Gordon* analysis, as earlier indicated, involves a two-part process:

- 1) The initial threshold is for the parent who wishes to move with a child, and thus change the terms of the existing custody and access, to demonstrate that there has been a material change in the circumstances affecting the child. In order to meet this threshold, a judge must be satisfied of three elements:

- i) That there has been a change in the condition, means, needs or circumstances of the child or in the ability of the parents to meet the needs of the child;
  - ii) That this change materially affects the child; and
  - iii) That the change in circumstances was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated at the time the initial order was made, the correctness of which must be assumed by the judge hearing the mobility application.
- 2) If the above threshold is met, the judge then embarks on a fresh inquiry concerning the child's best interests from that point forward. The focus is not on the interests or rights of the parents. The best interests assessment will, of necessity, depend on the particular circumstances of the case viewed through the lens of a contextual analysis.

[28] Section 17(5) of the *Divorce Act* directs the judge to consider the child's best interests with reference to the material changes in circumstances. In order to determine what material changes may have occurred, the judge's inquiry must consider the circumstances as they existed before the initial order was made. To that end, although there is no presumption in favour of the custodial parent, the latter's views are entitled to great respect.

[29] In assessing the best interests of the child, *Gordon* instructs that the judge should (not shall) consider the following factors:

- a) The existing arrangement and relationship with the custodial parent;
- b) The existing access arrangement and relationship with the access parent;
- c) Whether it is desirable for the child to maximize contact with both parents, a principle which is mandated although not absolute pursuant to ss. 16(10) and 17(9) of the *Divorce Act*;
- d) The views of the child;

- e) The custodial parent's reasons for moving but only if they are relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;
- f) The impact the disruption caused by the change in custody might have on the child;
- g) The disruption the child stands to endure from being removed from family, schools and the community the child has come to know.

## VII. Analysis

### A. *Material change in circumstances of child*

[30] In order to meet the *Gordon* material change threshold, the change must fundamentally alter the child's needs or the ability of the parents to meet those needs (see paras. 10-12). I agree with the judge that there is no question in this case the first two elements of the threshold are met. Clearly the proposed move of the wife would materially affect the frequent and meaningful contact between the daughter and her father, the access parent.

[31] The third element of the threshold (see *Gordon* at para. 13) requires that the change should represent a departure from what the court could reasonably have anticipated in making the previous order with respect to factors which were likely to occur at the time of the initial proceedings. This "reasonable foreseeability" component has been the subject of much judicial debate. In this case, the judge found that a move, such as the one to Washington, was within the reasonable contemplation of the parties at the time they signed the initial consent order. As a result, he found the third element of the threshold had not been met and that there had been no material change in circumstances affecting the child.

[32] With respect, the judge misapplied the third element of the threshold component and thus committed a reviewable error. The evidence is clear that the parties had agreed, at the time of signing the Consent Order, that there would be no change in residence for their daughter. As a result, no change can be said to have been reasonably

contemplated at that time. This supports the wife's position that the proposed move represented a clear material change in circumstances. The judge misdirected his analysis by dealing with the foreseeability issue at the time of the original order as between the wife and her fiancé as opposed to between the parties to the order.

[33] In *Thie v. Thie*, 2014 ABCA 249, [2014] A.J. No. 792 (QL), the Alberta Court of Appeal considered this issue in a mobility case with many similar facts. In particular, the parties in *Thie* had entered into a settlement agreement which provided, in part, that they would have joint custody of their children who would have their primary residence with the mother. The separating spouses agreed to consult each other if either parent wished to change the children's place of residence. By the time they signed this settlement agreement, the wife was already involved in a relationship with another man who lived in a different province. When the divorce judgment was obtained, the wife testified a move to the new partner's province had been discussed but no definite plans had yet been made. That mirrors the evidence before the judge in the case before us.

[34] With respect to the wife's application in *Thie* to relocate to the other province with the children, the judge held the move constituted a material change of circumstances affecting the children.

[35] On the issue of the evidence required to determine if a move was foreseeable or reasonably contemplated at the time of the settlement agreement or Divorce Judgment, Wakeling J.A. held as follows:

First, anything less than a **settled conclusion** to move children will have no impact on the children. It is the decision to change the children's residence within a reasonable period of time which affects them. Second, it is difficult for a court to evaluate a claim that a person entertained a thought that something might be done in the future. Why select a standard which is so difficult to adjudicate? While it may be easier to assess thoughts which involve probabilities, the first reason makes an intention that is unsettled of no consequence for the children. Third, the law should not compel a person to disclose something less than a settled intention during a



critical period following the end of a relationship when the need to reduce differences is heightened.

[...]

I am firmly of the view that a parent's decision to move with one's children to another jurisdiction within a reasonable period of time is fundamentally different from one where the prospect of a move is less than a certainty. [...] everything changes for a child when a parent decides to move. There will be a new home, a new school, new friends and new activities. [...] These potential changes constitute a material change in the children's circumstance.

[paras. 54 and 65]

[Emphasis added.]

[36] In the case before us, the correct or appropriate question to ask is whether or not the move to Washington was actually settled by the parties at the time the consent order was signed.

[37] In *Thie*, like in the case before us, there was no evidentiary basis to foresee the likelihood of the move with the children to the extent the issue should have been dealt with as part of the initial order. To paraphrase Wakeling J.A., just because something is possible does not give it the merit of judicial consideration.

[38] As a result, I conclude the judge's decision on the threshold component was incorrect and find that the third element of that component has been met. The proposed move of the daughter to Washington with the mother did amount to a material change in the circumstances of the daughter.

B. *The best interests of the child*

[39] Notwithstanding the above error, I am of the view the judge came to the correct conclusion with respect to the second part of the *Gordon* analysis in terms of his assessment of the applicable factors. For this reason, I would dismiss the appeal.

[40] McLachlin J. (as she then was) agreed with Morden A.C.J.O. in *Gordon* that in assessing the factors enumerated above, the judge must weigh and balance those relevant to the specific case “[...] without any rigid preconceived notion as to what weight each factor should have” (at para. 42). She further held that “[...] the only and ultimate standard against which to evaluate the evidence is the best interests of the child” (at para. 32). The “full and sensitive inquiry into the best interests of the child [is] required by s. 17 of the *Divorce Act*” (at para. 52).

[41] The case law confirms that the open-ended best interests assessment required by *Gordon* generates results which, in some instances, may appear to conflict from case to case. But that is the reality courts must accept in dealing with the human experience of marital breakup where children are involved. Every case must be dealt with on its own merits and very few, if any, cases will present with sufficient common features to be of unfettered precedential value. This is why, as indicated above in the discussion on the standard of review, appellate courts are required to show substantial deference to trial/motion judges and resist sacrificing deference on the altar of predictability, precedents and trends.

[42] Perhaps the best illustration of this point is to consider the natural instinct to order a change in the primary residence of a child when the primary caregiver wishes to move. A close bond has been established between them which will weigh heavily on any judge’s mind in considering an order changing the existing arrangement. While the primary caregiver often carries the day in securing the requested order, that is by no means based on a presumption or legal “trend.” There have been many decisions which run contra to this “general reluctance”, as well there should be. Each decision must result from a contextual, fact-specific and global analysis of the factors utilized in the assessment of a child’s best interests. “Each child is unique, as is its relationship with parents, siblings, friends and community” (*Gordon*, at para. 44).

[43] Indeed, *Gordon* makes clear that the fresh analysis must be done without defaulting to the existing arrangement. The primary caregiver is no longer assumed to be the best person to remain as such because, by the time the analysis has moved to the best

interests stage, the finding of material change has been engaged (*Gordon* at para. 40). This assumes the initial order may have been different with respect to primary custody. “To put it another way, the material change places the original order in question [...]” (*Gordon* at para. 18). The judge must now decide whether the existing arrangement needs to change once the best interests analysis is completed in light of circumstances as they currently exist.

[44] The most common recurring themes in cases where courts have ruled against primary caregivers moving with children have been situations where children are thriving, secure, have significant bonds with the access parent and have been happily entrenched with extended family members, are attending schools and doing well, have friends and are engaged in activities they enjoy and assist in their development (see *Cameron v. Cameron*, 2006 NSCA 76, [2006] N.S.J. No. 247 (QL); and *Howe v. Lorette*, 2017 NBQB 119, [2017] N.B.J. No. 153 (QL)).

[45] In conducting the best interests of the child analysis, the *Gordon* factors need only be assessed insofar as their application is consistent with the child’s best interests. For instance, the maximum contact principle does not take precedence nor does it have an overriding effect within the best interests factors (*J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL); and *J.A.D. v. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200).

[46] There are conflicting jurisprudential views as to the weight some of the *Gordon* best interests factors should be given. In my view, these conflicting views stem, at least in part, from a failure to show deference where it is required. The *Gordon* approach is sufficiently contextual to give lower courts the flexibility they need to apply the factors as they see fit within a context of inherently difficult circumstances. Rogers J., in *S.L.C. v. K.G.C.*, 2010 BCSC 349, [2010] B.C.J. No. 476 (QL), observed that judges are called upon to make “educated predictions” as to the best interests of children. Unless the result is clearly wrong, it should not be disturbed on appeal.

[47] The judge in this case properly exercised his discretion and fully canvassed all relevant factors in the contextual manner required. Concern was expressed by the wife with respect to the undue weight given by the judge to the views of the child report which was entered into evidence. The case law has shown that in most cases where this type of expert evidence is before the court, as children age toward adolescence, as is the case before us, their wishes become more important. Their ties to schools, the community, extended families and peers also become more significant (see *Kaplanis v. Kaplanis*, [2005] O.J. No. 275 (C.A.) (QL)). When these factors are coupled with the ability of an older child to spend large blocks of time with a parent who has moved, the relationship with that parent can be better maintained either physically or with the assistance of technology.

[48] That said, I see nothing wrong with the manner in which the judge dealt with the views of the child evidence in this case. Any argument about an alleged failure to properly analyze a factor or a scenario does not necessarily give rise to a reversible error (*Olfert v. Olfert*, 2013 SKCA 89, [2013] S.J. No. 503 (QL)). The judge properly assessed the best interests factors in this case from a child-centric approach with full consideration to each parent's ability to meet their daughter's needs in the context of her relationship with each of the parents, her connection to her school, her community, her peers and her extended family. I see no reason to interfere with the ultimate decision of the judge to deny the wife's motion.

C. *Costs and "proprio motu" issues*

[49] The last three grounds of appeal dealing with costs issues and the allegation that the judge addressed, "*proprio motu*," issues not raised by the parties, are also dismissed. Rule 59 of the *Rules of Court* gives a judge clear discretion in dealing with costs, and I find nothing manifestly wrong with his award of costs (see *Williams et al. v. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10, [1985] N.B.J. No. 93 (C.A.) (QL); *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. v. Oromocto Property Development Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (C.A.) (QL)).

[50] The notion that, because the respondent was unrepresented, at least partly throughout the proceedings below, no costs should have been awarded to him, is without merit. This Court has awarded costs to unrepresented litigants (see *McNichol v. Co-operators General Insurance Company*, 2006 NBCA 54, 298 N.B.R. (2d) 44).

[51] Finally, the allegation of inappropriate “*proprio motu*” comments of the judge is also without merit. The comments were made within the context of the judge’s assessment of the *Gordon* factor dealing with the views of the child, and none of them were in any way determinative of his ultimate conclusion to deny the mother’s motion.

#### VIII. Conclusion and Disposition

[52] While the judge erred in his assessment of the “material change in circumstances” in the first portion of the *Gordon* test, because he went on to properly apply the best interests component of the test, I find no basis for appellate intervention. I would dismiss the appeal. I would award costs against the appellant in the amount of \$2,000.

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] Le présent appel concerne la liberté d'établissement des parents en droit de la famille. On a qualifié de [TRADUCTION] « tâche herculéenne » pour les tribunaux celle de devoir choisir celui des deux parents qui aura la responsabilité principale de l'enfant lorsqu'un d'eux, plus particulièrement le pourvoyeur principal de soins, prévoit de s'établir ailleurs (*Kassel et al. c. Louie*, 2000 BCSC 1417, [2000] B.C.J. No. 1925 (QL), au par. 23). La tâche est d'autant plus ardue lorsque, comme en l'espèce, la pourvoyeuse principale de soins et le parent ayant l'accès ont tous deux démontré qu'ils sont des parents exemplaires.

[2] Bien que la décision de la cour aura probablement une incidence profonde et défavorable sur l'un des parents, il est clairement établi en droit que, lorsqu'il s'agit de déterminer si un enfant pourra s'établir ailleurs, le seul critère déterminant consiste à décider laquelle des situations (déménager ou non) est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour suprême du Canada a énoncé le critère et les facteurs applicables dans l'arrêt de principe *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL).

[3] Toute affaire mettant en cause la liberté d'établissement doit être tranchée en fonction des faits qui lui sont propres. Bien que cette démarche puisse ne pas être utile aux avocats et aux parties pour assurer la certitude du droit, l'arrêt *Gordon* prescrit que l'intérêt supérieur d'un enfant ne puisse être sacrifié au profit « de l'opportunisme et de la certitude » (par. 20).

[4] L'arrêt *Gordon* définit l'exigence préliminaire servant à déterminer s'il est survenu un changement important dans la situation qui justifie un nouvel examen de l'ordonnance de garde initiale, et énonce les facteurs qui, dans l'affirmative, devront être appliqués pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte du déplacement

proposé de la résidence principale. Notre Cour est chargée de déterminer si l'évaluation menée par le juge de l'instance inférieure a respecté les principes énoncés dans l'arrêt *Gordon*.

## II. Les faits

[5] Les parties se sont mariées le 25 mai 2007 et ont une fille, qui a maintenant 12 ans. Elles se sont séparées le 7 août 2013 et ont signé un contrat domestique le 18 juillet 2014. Ce contrat leur accordait la garde juridique conjointe de leur fille et établissait la résidence principale de cette dernière chez la mère appelante. Le juge a souligné que cet arrangement était mis en place parce que le père insistait pour que la fille ait un seul domicile pendant qu'il continuerait à participer activement aux activités de celle-ci dans le cadre de l'exercice fréquent de son droit d'accès (par. 33).

[6] La mère est professeure permanente. Le père est un fonctionnaire principal dans la fonction publique du Nouveau-Brunswick. Les parents sont tous deux des professionnels hautement scolarisés.

[7] Pour les besoins du présent appel, les articles pertinents du contrat domestique sont reproduits ci-dessous :

[TRADUCTION]  
1. DÉFINITIONS

[...]

d) « *foyer matrimonial* » La résidence occupée en tant que foyer matrimonial par les parties et située au [...], dans la ville de Fredericton, au Nouveau-Brunswick.

[...]

3. INTENTION DU PRÉSENT CONTRAT DOMESTIQUE

[...]

c) Le mari et l'épouse conviennent d'être liés par les dispositions du présent contrat domestique et ils attestent et déclarent que celui-ci est établi en prévision de l'application de la *Loi sur le divorce*, [...]

d) En cas d'obtention par le mari ou l'épouse d'un jugement de divorce en vertu des lois de quelque ressort que ce soit, [...] tous les covenants et toutes les clauses et dispositions du présent contrat domestique demeureront en vigueur et exécutoires, et les parties acceptent que les dispositions du présent contrat domestique feront partie du jugement de divorce [...]

[...]

GARDE :

6.(i)

a) Le mari et l'épouse auront la garde conjointe de l'enfant [...]. La résidence principale de l'enfant sera chez l'épouse. Le mari aura un accès généreux et raisonnable auprès de [la fille] [...]

[...]

**h) Ni [l'une] ni [l'autre partie] ne changera la résidence de l'enfant pour l'établir en dehors du Nouveau-Brunswick sans le consentement de l'autre. Si l'épouse a l'occasion de voyager à l'étranger au cours d'un congé sabbatique auquel elle pourrait avoir droit, elle pourra se rendre à l'étranger avec [la fille] pendant ce congé sabbatique.**

[...]

9. FOYER MATRIMONIAL

a) Le foyer matrimonial situé au [...], à Fredericton, au Nouveau-Brunswick, est actuellement enregistré aux noms du mari et de l'épouse. [...] L'épouse jouira de la propriété et de la possession exclusives de ce foyer matrimonial [...]

[...]

22. APPLICATION CONTINUE DU CONTRAT DOMESTIQUE EN CAS DE DIVORCE :

En cas d'obtention d'un jugement de divorce par le mari ou l'épouse, toutes les clauses du présent contrat demeureront



applicables et exécutoires et pourront être soumises à l'approbation de la Cour.

[Les caractères gras sont de moi.]

[8] Les deux parties reconnaissent qu'elles comprennent pleinement le contrat domestique et elles ont toutes deux reçu des conseils juridiques indépendants avant de le signer.

[9] En 2013, après que les parties se furent séparées, mais avant qu'elles ne signent le contrat domestique, l'épouse s'est engagée dans une relation avec un autre homme. Ils se sont fiancés en novembre 2015 alors qu'il travaillait à Rome, en Italie. L'épouse a décidé de prendre un congé sabbatique de son poste de professeure d'université et, ainsi que le permet la clause 6h) du contrat domestique, reproduite ci-dessus, elle a vécu à Rome avec sa fille et son fiancé pendant les six mois allant de janvier à juillet 2016. Dans cette période, le 5 mai 2016, les parties ont consenti à une ordonnance rendue sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), dans le cadre d'une requête conjointe en divorce. L'ordonnance par consentement prévoyait notamment que, ainsi que le stipulait le contrat domestique, les parties auraient la garde juridique conjointe de leur fille et la résidence de la mère (le foyer matrimonial) continuerait d'être la résidence principale de la fille, et le père aurait le même droit d'accès généreux et raisonnable auprès de sa fille, le tout dans le but de permettre à la fille de poursuivre sa routine quotidienne et ses activités. L'ordonnance par consentement mentionnait particulièrement : [TRADUCTION] « **Cette latitude est exercée depuis la séparation et fonctionne bien pour [la fille]** » (les caractères gras sont de moi). De plus, l'ordonnance par consentement stipulait ce qui suit à sa clause 3 :

[TRADUCTION]

Les parties conviennent, mais il ne leur est pas ordonné, de respecter les modalités de parentage énoncées à l'annexe « A » de la présente ordonnance.

L'annexe « A » consiste en la copie intégrale du contrat domestique signé le 18 juillet 2014.

[10] Malgré le fait que l'épouse était engagée dans une relation sérieuse avec son fiancé au moment où l'ordonnance de divorce par consentement a été signée, celle-ci ne fait nullement mention d'un quelconque changement proposé par lequel la résidence de la fille ne serait plus l'ancien foyer matrimonial. En effet, les parties ont confirmé dans l'ordonnance par consentement qu'il n'y aurait pas de tel changement.

[11] L'épouse et son fiancé sont devenus les parents d'une enfant née le 19 avril 2017. À ce point-là, l'épouse habitait le foyer matrimonial, à Fredericton, depuis son retour d'Italie et l'on ne savait toujours pas au juste où son fiancé et elle finiraient par établir leur résidence. Ce ne fut qu'en mai 2017 que l'épouse a informé le mari que son fiancé, sa seconde fille et elle iraient s'établir à Washington. Elle a demandé au mari de consentir au changement de résidence de leur fille, ainsi que l'exigeait l'ordonnance de divorce par consentement, à laquelle était annexée le contrat domestique. Le mari a refusé de donner son consentement. Il convient de noter que ce n'est en fait qu'en juillet 2017 que le fiancé a obtenu un emploi pour lequel il devait être en poste à Washington.

[12] Le 30 novembre 2017, l'épouse a déposé un avis de motion dans lequel elle sollicitait une ordonnance l'autorisant à amener la fille s'établir à Washington avec elle. Elle a déclaré devant le juge qu'elle ne déménagerait pas sans sa fille. Après avoir pris en compte des témoignages détaillés rendus par affidavit et de vive voix, le juge saisi de la motion a débouté l'épouse.

### III. Les conclusions tirées par le juge au regard du critère énoncé dans l'arrêt *Gordon*

[13] En se fondant sur toute la preuve qui lui avait été présentée, le juge a estimé que les deux parents étaient exceptionnels à bien des égards. Bien qu'ils aient pu avoir adopté des styles de parentage différents, il n'avait rien à redire sur les aptitudes et la capacité de chacun à être un parent exemplaire pour sa fille. Il lui restait à appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Gordon* et à évaluer les facteurs qui le sous-tendent pour déterminer s'il autoriserait ou non la mère à amener la fille à Washington pour s'y établir. Pour l'essentiel, il a conclu que trois possibilités s'offraient à lui :

- a) accueillir la demande de la mère visant à déplacer la fille et modifier les modalités d'accès prévues pour le père;
- b) rejeter la motion et maintenir le *statu quo*;
- c) faire du père le pourvoyeur principal des soins de la fille dans le cas où la mère déménage malgré tout.

[14] C'est à bon droit que le juge a conclu qu'il n'était pas saisi d'une affaire où, contrairement à l'affaire *Gordon*, l'épouse avait l'intention de s'établir à Washington pour trouver un meilleur emploi ou poursuivre ses études. En effet, la preuve avait établi qu'elle quitterait un poste permanent bien rémunéré de professeure d'université au Nouveau-Brunswick, ainsi que tous les avantages qui s'y rattachaient, pour travailler comme traductrice, une situation de travail qui, du moins au départ, serait imprécise et moins rémunératrice. Le déménagement prévu par la mère était motivé en grande partie par sa volonté de vivre avec son fiancé et sa nouvelle fille et d'intégrer, pouvait-elle l'espérer, la première fille à la nouvelle cellule familiale.

[15] À la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Gordon*, savoir s'il était survenu ou non un changement important dans la situation depuis l'inscription du jugement de divorce, le juge a commencé son analyse en citant les par. 12 et 13 de cet arrêt, qui indiquent pour l'essentiel qu'un changement dans la situation doit, pour être important, modifier fondamentalement les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir. Le changement devrait refléter une situation nettement différente de ce qui pouvait raisonnablement être prévu lorsque la première ordonnance a été rendue. Le tribunal doit prendre en considération les trois volets suivants pour décider s'il est survenu un changement important dans la situation :

- a) un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'enfant ou dans la capacité des parents de pourvoir à ces besoins;

- b) ce changement doit toucher l'enfant de façon importante;
- c) le changement n'a pas été prévu ou ne pouvait pas raisonnablement l'avoir été lorsque l'ordonnance initiale a été rendue.

[16] Le juge a accepté, compte tenu de la preuve qui lui avait été présentée, que les deux premiers volets étaient respectés; toutefois, il a conclu, au par. 71, que puisque l'ordonnance initiale avait été signée après les fiançailles de la mère avec son fiancé qui vivait alors à l'étranger, ils devaient avoir songé à l'endroit où ils finiraient par vivre. Le juge a fait une extrapolation pour déduire que la résidence future de l'épouse [TRADUCTION] « était une question qu'il était raisonnable de prévoir au moment où l'ordonnance a été rendue [...] par consentement. » Pour ce motif, il a conclu que le troisième volet de l'étape du critère afférente à l'importance n'était pas respecté et que l'affaire ne présentait à son avis aucun changement important dans la situation.

[17] Dans l'éventualité où la conclusion exprimée ci-dessus soit erronée, le juge saisi de la motion a ensuite évalué provisoirement les facteurs afférents à l'intérêt supérieur. Bien que les facteurs afférents à l'intérêt supérieur qu'il a analysés sont ceux qui sont énoncés dans la définition de l'« intérêt supérieur de l'enfant » figurant à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, il s'est fondé sur l'arrêt *J.A.D. c. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 200, de notre Cour. En définitive, au par. 93 de ses motifs, il a conclu qu'il y avait un chevauchement entre les facteurs énoncés dans la *Loi sur les services à la famille* et ceux énoncés dans l'arrêt *Gordon*. Il était manifestement conscient de la nécessité d'appliquer les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon*.

[18] Les deux facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon* qui sont absents de l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille* sont, dans un premier temps, l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents et, dans un second temps, la raison pour laquelle le parent gardien veut déménager, dans le cas où celle-ci a un rapport avec la

capacité de ce parent de pourvoir aux besoins de l'enfant. Cela dit, le juge était conscient de l'existence de ces deux facteurs et les a manifestement abordés dans son analyse.

[19] Les conclusions que le juge a tirées pour ce qui est des facteurs afférents à l'intérêt supérieur peuvent être résumées ainsi :

- a) Les enseignants d'école ayant témoigné étaient impressionnés par les travaux scolaires de la fille et n'avaient aucune inquiétude. Elle s'était bien adaptée à son environnement scolaire et interagissait bien avec ses amis et les membres du personnel (par. 19);
- b) Elle entretenait des liens solides avec sa mère, le fiancé et sa nouvelle demi-sœur (par. 20);
- c) Jusqu'à ce qu'elle ait deux ans et demi, son père était demeuré avec elle à la maison pendant que la mère travaillait et un lien affectif solide s'était développé entre eux (par. 20);
- d) Un tiers a souligné que le père [TRADUCTION] « l'aime énormément » (par. 21);
- e) Le père avait une bonne communication avec les membres de la famille de l'épouse vivant dans la région de Fredericton et encourageait la fille à entretenir des liens avec eux (par. 23);
- f) Encore une fois, l'arrangement de garde initial avait reçu l'appui du père pour les raisons énoncées au par. 5 ci-dessus;
- g) La mère était pleinement consciente de la nécessité pour la fille de demeurer en communication avec les membres de la famille de la mère au Nouveau-Brunswick tandis qu'elle n'avait pas de lien familial important de ce genre à Washington (par. 42, 82 et 87);

- h) La fille a très mal réagi la première fois qu'on lui a parlé de la possibilité de s'établir à Washington. Sa réaction a été marquée par [TRADUCTION] « un état de *choc* suivi immédiatement d'une crise » (par. 46);
- i) La fréquence des voyages aller-retour entre Fredericton et Washington proposée par la mère en vue de l'exercice de l'accès était excessive pour la fille et n'était pas dans son intérêt supérieur (par. 49 et 89);
- j) La fille n'aurait pas, à Washington, un réseau de soutien qui puisse être comparable à celui qui existe à Fredericton. Le père est [TRADUCTION] « bien disposé à répondre aux besoins développementaux et scolaires [de la fille] » (par. 52, 84 et 95);
- k) Le père n'était nullement inquiet de l'aptitude de la mère au parentage. L'inquiétude porte sur la perturbation que le déménagement causerait chez la fille (par. 53 et 83);
- l) Dans le cadre de l'évaluation relative à la parole de l'enfant, la fille a exprimé le besoin de passer plus de temps avec son père; elle était très perturbée par l'éventualité d'un déménagement; elle aimait son école, ses enseignants d'école, ses amis et sa famille élargie; et elle a affirmé très catégoriquement qu'elle ne voulait pas s'établir à Washington (par. 55, 56, 80 et 81);
- m) Le juge ne voyait [TRADUCTION] « [...] aucun avantage particulier pour [la fille] à ce qu'elle déménage. Elle devra abandonner toutes les habitudes de vie qu'elle a ici. [...] Je ne vois simplement aucun avantage pour [la fille] à ce qu'elle vive à Washington sans qu'elle ne paie plus cher du fait que les conditions de la vie qu'elle mène ici seront menacées. Il n'est pas dans son intérêt supérieur qu'elle déménage » (par. 96).

#### IV. Moyens d'appel

[20] Deux principaux moyens d'appel sont invoqués :

- a) Le juge a commis une erreur de droit et de fait lorsqu'il a conclu qu'un changement important dans la situation n'était pas survenu après l'ordonnance de divorce par consentement du 5 mai 2016 et le jugement de divorce conjoint du 5 juin 2016;
- b) Le juge a commis une erreur de droit et de fait en appliquant erronément les principes énoncés dans l'arrêt *Gordon*.

[21] De plus, trois moyens d'appel accessoires portant sur la question des dépens et sur des questions que le juge a soulevées *proprio motu* seront abordés dans la conclusion des présents motifs. Ils n'ont aucune incidence directe sur notre décision.

#### V. Norme de contrôle

[22] Les juges de première instance ou les juges saisis de motions sont toujours les mieux placés pour évaluer la preuve afférente à l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les contextes, dont celui de la liberté d'établissement. Les cours d'appel n'interviendront dans ces conclusions que dans les cas suivants :

- a) les motifs du juge révèlent une erreur manifeste;
- b) le juge s'est livré à une interprétation considérablement erronée de la preuve afférente à « l'intérêt supérieur »;
- c) le juge n'a pas tenu compte d'un élément de preuve pertinent;
- d) le juge a tiré de la preuve des conclusions erronées constituant des erreurs manifestes et dominantes.

(Voir *Vaughan c. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 286; et *K.G. c. K.M.*, 2019 NBCA 45, [2019] A.N.-B. n<sup>o</sup> 145 (QL)).

[23] Bien qu'on puisse soutenir dans de nombreux cas qu'un juge a accordé trop ou pas assez de poids à l'un quelconque des facteurs à prendre en compte, ce seul fait ne change pas la norme de contrôle applicable. Dans le but d'assurer la certitude du droit, il faut faire preuve de déférence, plus particulièrement lorsque le juge explique suffisamment sa décision et, dans l'ensemble, parvient à la bonne conclusion. En définitive, le juge procède à un exercice de son pouvoir discrétionnaire qui mérite une grande déférence (*Young c. Young*, [2003] O.J. No. 67 (C.A.) (QL), le juge d'appel Laskin).

[24] Le professeur D.A. Rollie Thompson, éminent spécialiste canadien du droit de la famille, a écrit ce qui suit dans son article intitulé « Ten Years After *Gordon*: No Law, Nowhere » (2007), 35 R.F.L. (6th) 307, après avoir analysé les décisions rendues en appel en matière de liberté d'établissement entre 1996 et 2006 :

[TRADUCTION]

Les termes employés par les cours d'appel pour décrire la déférence sont complètement trompeurs. Les cours d'appel sont très interventionnistes en appel, prêtes à bondir pour remettre des facteurs en équilibre ou se livrer à une nouvelle appréciation de la preuve et à un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire. [P. 312]

[25] Il est évident que ces propos appelaient à porter attention au rappel de la part de la Cour suprême à l'intention des cours d'appel de [TRADUCTION] « faire preuve d'une réelle déférence », ainsi qu'il est énoncé dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, où le juge Bastarache a analysé la norme de contrôle applicable et cité les observations faites par la juge L'Heureux-Dubé dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n<sup>o</sup> 9 (QL) :

[...] Vu sa nature factuelle et discrétionnaire, la décision du juge de première instance doit faire l'objet d'une grande



déférence par la cour d'appel appelée à réviser une telle décision.

[...]

[...] Cette approche est de nature à promouvoir la finalité des affaires en matière familiale et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. [...] il [n']est pas permis [à une cour d'appel] d'infirmier une ordonnance alimentaire pour le seul motif qu'elle aurait rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment. [Par. 11]

[26] Même si cette affaire concernait une ordonnance alimentaire, la justification fournie s'applique également en matière de liberté d'établissement. En effet, le juge Bastarache a écrit ce qui suit dans l'arrêt *Van de Perre* :

La présente affaire fait clairement ressortir la nécessité pour notre Cour d'énoncer explicitement que la portée de l'examen en appel ne varie pas selon le type d'affaire. [...] L'arrêt *Gordon* [...] est compatible avec la portée restreinte de l'examen dont il est question ultérieurement dans l'arrêt *Hickey*, précité. Cet arrêt [*Gordon*] n'indique pas que la révision en appel est appropriée dès lors qu'un juge de première instance omet de mentionner ou d'analyser en profondeur un facteur pertinent.

[...] des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, 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. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve. [Par. 14 et 15]

VI. Les principes énoncés dans l'arrêt *Gordon* et la *Loi sur le divorce*

[27] L'analyse prescrite par l'arrêt *Gordon*, comme je l'ai indiqué précédemment, est une démarche en deux étapes :

- 1) L'exigence préliminaire oblige le parent qui souhaite déménager avec un enfant, et modifier ainsi les modalités de garde et d'accès déjà fixées, à démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant. Afin que cette exigence préliminaire soit satisfaite, un juge doit être convaincu que trois volets sont respectés :
  - i) un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou dans la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins;
  - ii) ce changement doit toucher l'enfant de façon importante;
  - iii) le changement de situation n'était pas prévu ou ne pouvait raisonnablement l'être au moment où l'ordonnance initiale a été prononcée, laquelle doit être tenue pour correcte par le juge qui entend la requête fondée sur la liberté d'établissement.
- 2) Si cette première étape est franchie, le juge doit dès lors déterminer de nouveau l'intérêt supérieur de l'enfant. L'accent n'est pas mis sur l'intérêt ou les droits des parents. L'évaluation de l'intérêt supérieur dépendra nécessairement des circonstances particulières de l'affaire considérées du point de vue d'une analyse contextuelle.

[28] Le paragraphe 17(5) de la *Loi sur le divorce* prescrit que le juge doit prendre en compte l'intérêt de l'enfant défini en fonction des changements importants dans la situation. Afin de déterminer les changements importants susceptibles d'être survenus, le juge doit prendre en compte dans son analyse les circonstances telles qu'elles existaient avant le prononcé de l'ordonnance initiale. À cette fin, bien qu'il n'existe pas

de présomption en faveur du parent gardien, l'opinion de celui-ci mérite d'être traitée avec un grand respect.

[29] L'arrêt *Gordon* signale que le juge devrait (et non doit) prendre en compte les facteurs suivants pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant :

- 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, s'il en est, pour l'enfant que ses contacts avec les deux parents soient maximisés, un principe qui est impératif, sans être absolu, en application des par. 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce*;
- 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.

## VII. Analyse

### A. *Changement important dans la situation de l'enfant*

[30] Afin que l'exigence préliminaire d'un changement important énoncée dans l'arrêt *Gordon* soit satisfaite, le changement doit modifier fondamentalement les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir (par. 10-12). Je suis d'accord avec le juge pour dire qu'il ne fait pas de doute en l'espèce que les deux premiers volets de l'exigence préliminaire sont respectés. Il est évident que le déménagement proposé par l'épouse aurait une incidence importante sur les contacts fréquents et valables que la fille entretient avec son père, le parent ayant l'accès.

[31] Selon le troisième volet de l'exigence préliminaire (*Gordon*, au par. 13), le changement doit refléter une situation différente de ce que le tribunal pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a rendu l'ordonnance précédente pour ce qui est de facteurs qui étaient susceptibles d'intervenir au moment de l'instance initiale. Cet élément lié à la [TRADUCTION] « prévision raisonnable » a fait l'objet d'un intense débat judiciaire. En l'espèce, le juge a conclu qu'il était raisonnable de prévoir un déménagement, tel que l'emménagement dans une nouvelle résidence à Washington, au moment où l'ordonnance par consentement initiale a été signée. Par conséquent, il a conclu que le troisième volet de l'exigence préliminaire n'était pas respecté et qu'il n'était survenu aucun changement important dans la situation de l'enfant.

[32] Avec égard, le juge a mal appliqué le troisième volet de l'exigence préliminaire et a ainsi commis une erreur susceptible de révision. Il ressort clairement de la preuve que les parties s'étaient mises d'accord, au moment de signer l'ordonnance par consentement, qu'il n'y aurait pas de changement de résidence pour leur fille. Par conséquent, on ne peut dire qu'un changement était raisonnablement prévu à ce moment-là. Cela étaye la thèse de la mère selon laquelle le déménagement proposé constituait un changement important manifeste dans la situation. Le juge a mal orienté son analyse en traitant de la question de la prévisibilité au moment de l'ordonnance de départ comme se posant entre l'épouse et son fiancé plutôt qu'entre les parties visées par l'ordonnance.

[33] Dans l'arrêt *Thie c. Thie*, 2014 ABCA 249, [2014] A.J. No. 792 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a examiné cette question dans une affaire mettant en cause la liberté de déplacement dont de nombreux faits étaient semblables à ceux de l'espèce. Plus particulièrement, les parties à l'affaire *Thie* avaient conclu une convention de règlement qui prévoyait notamment qu'elles auraient la garde conjointe de leurs enfants, dont la résidence principale serait établie chez leur mère. Les conjoints en instance de séparation avaient consenti à se consulter si l'un ou l'autre parent souhaitait changer le lieu de résidence des enfants. Lorsque les parties ont signé cette convention de règlement, l'épouse était déjà engagée dans une relation avec un autre homme, qui vivait dans une

autre province. Lorsque les parties ont obtenu le jugement de divorce, l'épouse a témoigné qu'il avait déjà été question de son déménagement pour s'établir dans la province de résidence du nouveau conjoint, mais qu'aucun plan n'était encore défini. Cela reflète la preuve qui a été présentée au juge en l'espèce.

[34] Pour ce qui est de la demande que l'épouse avait présentée dans l'affaire *Thie* en vue d'aller s'établir dans l'autre province avec les enfants, le juge a conclu que ce déménagement constituait un changement important dans la situation des enfants.

[35] Pour ce qui est de la preuve devant être présentée au juge pour qu'il détermine si un déménagement était prévisible ou raisonnablement prévu au moment où la convention de règlement a été conclue ou le jugement de divorce a été rendu, le juge d'appel Wakeling a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Premièrement, rien de moins qu'une **conclusion arrêtée** de déplacer des enfants n'aura d'incidence sur eux. C'est la décision de changer la résidence des enfants dans un délai raisonnable qui a une incidence sur eux. Deuxièmement, il est difficile pour un tribunal d'évaluer une assertion selon laquelle une personne a pensé qu'une chose pourrait être faite à l'avenir. Pourquoi choisir une norme en fonction de laquelle il est si difficile de statuer sur une demande? Bien qu'il puisse être plus facile d'évaluer des pensées reposant sur des probabilités, la première raison rend une intention qui n'est pas ferme inconséquente pour les enfants. Troisièmement, le droit ne devrait pas forcer la divulgation d'une idée qui n'équivaut pas à une intention ferme dans une période critique suivant la fin d'une union où il est encore plus nécessaire d'atténuer les différends.

[...]

Je suis fermement convaincu que la décision d'un parent de déménager avec ses enfants pour s'établir dans un autre ressort dans un délai raisonnable diffère fondamentalement d'un cas où l'éventualité d'un déménagement est moins que certaine. [...] tout change pour un enfant lorsqu'un parent décide de déménager. Il y aura un nouveau foyer, une nouvelle école, de nouveaux amis et de nouvelles

activités. [...] Ces changements possibles constituent un changement important dans la situation des enfants.

[Par. 54 et 65]

[Les caractères gras sont de moi.]

[36] En l'espèce, la question correcte ou opportune est de savoir si les parties avaient véritablement convenu de l'établissement à Washington au moment où l'ordonnance par consentement a été signée.

[37] Dans l'arrêt *Thie*, comme en l'espèce, il n'existait aucune preuve permettant de prévoir la probabilité d'un déménagement avec les enfants dans la mesure où la question aurait dû être tranchée dans l'ordonnance initiale. Pour paraphraser les propos du juge d'appel Wakeling, la simple possibilité qu'un événement se produise ne signifie pas qu'il convient qu'un juge examine celui-ci.

[38] Par conséquent, je conclus que la décision du juge sur l'application de l'exigence préliminaire était incorrecte et que le troisième volet de cette exigence a été respecté. Le déplacement proposé de la fille vers Washington avec la mère constituait un changement important dans la situation de la fille.

B. *Intérêt supérieur de l'enfant*

[39] Malgré l'erreur soulignée ci-dessus, je suis d'avis que la conclusion du juge au regard du second volet de l'analyse prescrite par l'arrêt *Gordon* était correcte pour ce qui est de son évaluation des facteurs applicables. Pour ce motif, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[40] Dans l'arrêt *Gordon*, la juge McLachlin (tel était alors son titre) a souscrit à l'observation du juge Morden, juge en chef adjoint de l'Ontario, selon laquelle le juge doit, lorsqu'il évalue les facteurs énumérés ci-dessus, soupeser et pondérer ceux qui sont pertinents eu égard aux circonstances particulières de l'affaire « [...] sans aucune notion préconçue rigide quant au poids de chacun d'eux » (par. 42). De plus, elle a conclu que « [...] la seule et unique norme en fonction de laquelle on doit évaluer la preuve est l'intérêt

de l'enfant » (par. 32). Une « analyse complète et sensible de l'intérêt de l'enfant [est requise par] l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* » (par. 52).

[41] La jurisprudence confirme que l'évaluation ouverte de l'intérêt supérieur que requiert l'arrêt *Gordon* produit des résultats qui peuvent dans certains cas sembler incompatibles d'une affaire à l'autre. Toutefois, c'est la réalité que les tribunaux doivent accepter lorsqu'ils sont confrontés à l'expérience humaine de l'échec d'un mariage en présence d'enfants. Chaque affaire doit être tranchée en fonction des faits qui lui sont propres et bien peu d'affaires, s'il en est, auront suffisamment d'éléments en commun pour avoir une valeur absolue de précédent. Voilà pourquoi, comme je l'ai indiqué ci-dessus dans mon analyse de la norme de contrôle applicable, les cours d'appel sont contraintes à faire preuve d'une grande déférence envers les juges de première instance et les juges saisis de motions et à éviter de sacrifier la déférence sur l'autel de la prévisibilité, des précédents et des tendances.

[42] La meilleure façon d'illustrer cette remarque peut être d'examiner la tendance naturelle à ordonner un changement de la résidence principale de l'enfant lorsque le pourvoyeur principal de soins souhaite déménager. Le lien affectif étroit s'étant établi entre eux pèsera beaucoup dans l'esprit du juge qui considère la possibilité de rendre une ordonnance modifiant l'arrangement déjà conclu. Malgré que le pourvoyeur principal de soins l'emporte dans bien des cas en obtenant l'ordonnance sollicitée, celle-ci ne repose aucunement sur une présomption ou une « tendance » juridique. Comme il se doit bien, les tribunaux ont rendu de nombreuses décisions qui vont contre le fait qu'ils « hésitent en général » à décider en ce sens. Chaque décision doit être le produit d'une analyse contextuelle, qui soit tributaire des faits et de portée générale, des facteurs entrant dans l'évaluation de l'intérêt supérieur d'un enfant. « Chaque enfant est unique, comme l'est sa relation avec ses parents, ses frères et sœurs, ses amis et son milieu en général » (*Gordon*, au par. 44).

[43] En effet, l'arrêt *Gordon* fait clairement ressortir qu'il faut procéder à la nouvelle analyse sans s'en tenir à l'arrangement déjà conclu. Le pourvoyeur principal de soins n'est plus tenu pour être la meilleure personne pour le demeurer parce que, lorsque

l'analyse franchit l'étape de l'intérêt supérieur, un changement important a été constaté (*Gordon*, au par. 40). Cela suppose que l'ordonnance initiale ait pu être différente pour ce qui est de la garde principale. « En d'autres termes, le changement important met l'ordonnance initiale en question [...] » (*Gordon*, au par. 18). Le juge doit alors décider s'il faut modifier l'arrangement déjà conclu une fois l'analyse de l'intérêt supérieur terminée à la lumière de la situation qui existe à ce moment-là.

[44] Les circonstances qui reviennent le plus souvent dans les affaires où les tribunaux n'ont pas permis à un pourvoyeur principal de soins de s'établir ailleurs avec ses enfants sont celles où les enfants s'épanouissent, sont en sécurité et entretiennent un lien affectif significatif avec le parent ayant l'accès; ils ont tissé des liens qui les rendent heureux avec leur famille élargie; ils fréquentent l'école et réussissent bien; et ils ont des amitiés et participent à des activités qu'ils aiment et qui contribuent à leur développement (*Cameron c. Cameron*, 2006 NSCA 76, [2006] N.S.J. No. 247 (QL); et *Howe c. Lorette*, 2017 NBBR 119, [2017] A.N.-B. n° 153 (QL)).

[45] Dans l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant, les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon* ne doivent être évalués que dans la mesure où leur application est conforme à cet intérêt supérieur. Par exemple, le principe du contact maximum ne l'emporte pas et n'a pas non plus un effet prédominant sur les autres facteurs afférents à l'intérêt supérieur (*J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n° 16 (QL); et *J.A.D. c. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 200).

[46] Les opinions exprimées dans la jurisprudence divergent quant au poids à accorder aux facteurs afférents à l'intérêt supérieur qui sont énoncés dans l'arrêt *Gordon*. À mon avis, ces opinions divergentes découlent, du moins en partie, du défaut de faire preuve de déférence lorsque la déférence s'impose. La démarche prescrite dans l'arrêt *Gordon* est de nature suffisamment contextuelle pour laisser aux tribunaux inférieurs la latitude dont ils ont besoin pour appliquer les facteurs comme ils le jugent opportun dans un contexte empreint de circonstances en elles-mêmes difficiles. Dans *S.L.C. c. K.G.C.*, 2010 BCSC 349, [2010] B.C.J. No. 476 (QL), le juge Rogers a fait remarquer que les juges sont appelés à faire des [TRADUCTION] « prévisions



éclairées » sur l'intérêt supérieur des enfants. À moins que le résultat ne soit manifestement erroné, il ne devrait pas être modifié en appel.

[47] En l'espèce, le juge a bien exercé son pouvoir discrétionnaire et a examiné à fond, de la manière contextuelle requise, tous les facteurs pertinents. L'épouse s'est dite inquiète du poids excessif que le juge a accordé au rapport sur l'opinion de l'enfant qui a été admis en preuve. La jurisprudence a montré que, lorsqu'une preuve d'expert de ce genre a été présentée à la cour, les vœux des enfants qui approchent l'adolescence, comme l'enfant en l'espèce, prennent de l'importance dans la plupart des cas. Leurs liens avec l'école, le milieu, les membres de la famille élargie et leurs pairs deviennent plus significatifs (*Kaplanis c. Kaplanis*, [2005] O.J. No. 275 (C.A.) (QL)). Lorsque ces facteurs sont ajoutés à la capacité d'un enfant plus âgé de passer de longues périodes avec un parent qui a déménagé, la relation avec ce parent peut être plus facilement maintenue en personne ou à l'aide de moyens techniques.

[48] Cela dit, la façon dont le juge a traité de la preuve afférente à l'opinion de l'enfant en l'espèce n'a rien de répréhensible. Un argument fondé sur le défaut reproché de bien analyser un facteur ou une situation ne constitue pas nécessairement une erreur justifiant l'infirmité de la décision (*Olfert c. Olfert*, 2013 SKCA 89, [2013] S.J. No. 503 (QL)). En l'espèce, le juge a bien évalué les facteurs afférents à l'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue de l'enfant en tenant pleinement compte de la capacité de chaque parent de répondre aux besoins de sa fille dans le contexte de sa relation avec elle et des liens qu'elle entretient avec son école, son milieu, ses pairs et les membres de sa famille élargie. Je ne vois aucune raison de modifier la décision que le juge a prise en définitive de débouter l'épouse de sa motion.

### C. *Dépens et questions soulevées proprio motu*

[49] Les trois derniers moyens d'appel, portant sur les dépens et l'allégation selon laquelle le juge a traité, *proprio motu*, de questions que les parties n'avaient pas soulevées, sont aussi rejetés. La règle 59 des *Règles de procédure* investit le juge du pouvoir discrétionnaire évident de régler la question des dépens, et je ne vois aucune

erreur manifeste dans son adjudication des dépens (*Williams et al. c. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 10, [1985] A.N.-B. n<sup>o</sup> 93 (C.A.) (QL); et *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. c. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 358, [1998] A.N.-B. n<sup>o</sup> 412 (C.A.) (QL)).

[50] Il n’y a aucun fondement à la ligne de pensée selon laquelle les dépens n’auraient pas dû être adjugés à l’intimé parce qu’il n’était pas représenté, du moins pendant une partie de l’instance s’étant déroulée devant le tribunal inférieur. Notre Cour a adjugé les dépens à des plaideurs non représentés (*McNichol c. Compagnie d’Assurance Générale Co-operators*, 2006 NBCA 54, 298 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 44).

[51] Finalement, il n’y a aucun fondement non plus à l’allégation d’observations faites *proprio motu* par le juge. Le juge a fait ces observations au cours de son évaluation du facteur énoncé dans l’arrêt *Gordon* qui porte sur l’opinion de l’enfant, et aucune des observations ne l’a amené de quelque manière que ce soit à conclure en définitive de débouter la mère de sa motion.

#### VIII. Conclusion et dispositif

[52] Bien que le juge ait commis une erreur dans son évaluation du « changement important dans la situation » à la première étape du critère énoncé dans l’arrêt *Gordon*, parce qu’il a ensuite bien appliqué le volet du critère qui porte sur l’intérêt supérieur, rien ne me paraît justifier une intervention en appel. Je suis d’avis de rejeter l’appel. Je condamnerais l’appelante à des dépens de 2 000 \$.