

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

51-18-CA

<u>L.S.</u>		<u>L.S.</u>	
	APPELLANT		APPELANT
- and -		- et -	
<u>M.S.</u>		<u>M.S.</u>	
	RESPONDENT		INTIMÉE
L.S. v. M.S., 2019 NBCA 64		L.S. c. M.S., 2019 NBCA 64	
CORAM: The Honourable Justice Quigg The Honourable Justice Baird The Honourable Justice LeBlond		CORAM : l'honorable juge Quigg l'honorable juge Baird l'honorable juge LeBlond	
Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench: May 8, 2018		Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine : le 8 mai 2018	
History of Case:		Historique de la cause :	
Decision under appeal: 2018 NBQB 088		Décision frappée d'appel : 2018 NBBR 088	
Preliminary or incidental proceedings: None		Procédures préliminaires ou accessoires : aucune	
Appeal heard: June 24, 2019		Appel entendu : le 24 juin 2019	
Judgment rendered: August 29, 2019		Jugement rendu : le 29 août 2019	
Reasons for judgment by: The Honourable Justice LeBlond		Motifs de jugement : l'honorable juge LeBlond	
Concurred in by: The Honourable Justice Quigg The Honourable Justice Baird		Souscrivent aux motifs : l'honorable juge Quigg l'honorable juge Baird	
Counsel at hearing:		Avocats à l'audience :	
For the Appellant: Hugo G. Lavoie		Pour l'appelant : Hugo G. Lavoie	

For the Respondent:
Françoise Aubin

Pour l'intimée :
Françoise Aubin

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$2,500.

L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 \$.

Le jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] Le père interjette appel d'une décision rendue en application de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), lui accordant des droits d'accès auprès de la plus jeune de ses deux filles qu'il estime beaucoup trop restrictifs. Pour les fins de cet appel, seuls ces droits d'accès sont contestés. Au moment du procès, la fille avait presque onze ans. Dans ces motifs, j'y réfère comme « la fille » ou « la plus jeune fille ». Notre Cour doit, par conséquent, passer en revue l'analyse des facteurs considérés par la juge de première instance afin de déterminer si une erreur justifiant l'infirmité de la décision s'y est glissée.

II. Contexte

[2] Les parties se sont mariées le 8 août 1997 et se sont séparées le 4 mars 2015. Deux filles sont nées du mariage et sont présentement âgées de 18 ans et bientôt 12 ans. Suite au dépôt par la mère de la Requête en divorce, le 6 octobre 2015, une juge de la division de la famille signait une ordonnance intérimaire par consentement le 14 décembre 2015, laquelle prévoyait, entre autres :

1. une garde conjointe des enfants avec la résidence principale chez la mère;
2. un horaire d'accès pour le père variant de 2,5 heures à 6,5 heures par semaine pour une période d'environ cinq semaines entre le 22 novembre 2015, et le 3 janvier 2016, et, par la suite, un accès limité à 17h30 le samedi à 17h le dimanche toutes les deux fins de semaine;

3. que le tout soit sujet à révision par la cour s'il advenait que les enfants ne puissent s'adapter à l'horaire d'accès;
4. que le père respecte les horaires d'activités des enfants durant ses périodes d'accès avec ajustements, si nécessaire;
5. que l'accès à la fille aînée dépende strictement des préférences de celle-ci.

[3] Le 22 septembre 2017, une autre juge de la division de la famille signait une deuxième ordonnance intérimaire modifiant ainsi la première par rapport à l'accès du père à la plus jeune fille à trois heures au plus en après-midi toutes les deux fins de semaine, soit le samedi ou le dimanche, sans aucune nuitée. Dans cette deuxième ordonnance, la juge demandait également qu'une évaluation de la « voix de l'enfant » concernant la plus jeune fille soit préparée pour qu'elle soit éventuellement déposée avec la cour. Malgré l'accès plus restreint imposé au père, aucun appel de cette deuxième ordonnance ne fut interjeté.

[4] La deuxième ordonnance suivait le dépôt, entre autres, de deux nouveaux affidavits de la mère datés le 15 août 2017, mais d'aucun affidavit du père en réponse. Lors de l'audience de la requête sous-jacente, la juge, qui était la même qui avait émis la deuxième ordonnance, a pris connaissance de ces affidavits dans l'ensemble de la preuve versée. Je ferais remarquer, en passant, que le certificat de l'appelant prévoit que tous les affidavits déposés en première instance font partie intégrante du dossier d'appel.

III. Décision de la juge de première instance

[5] Les faits saillants pertinents à l'appel, qui ressortent à la fois des affidavits et de la preuve *viva voce*, se résument à ceux-ci :

- 1) la communication entre les parties était non seulement très négative mais était devenue quasi-inexistante. Le père n'avait pas respecté les termes de la

première ordonnance intérimaire, d'où la nécessité de la modifier par rapport à la question de l'accès à la plus jeune fille. Les enfants ne réussissaient pas toujours à pouvoir s'adapter à l'horaire du père lorsque celui-ci exerçait ses droits d'accès.

- 2) les messages par texto en provenance du père étaient assortis de langage vulgaire et méprisant à l'endroit de la mère alors qu'il la traitait de « salope », qu'il lui disait de « s'empoisonner » et qu'il lui proposait des comportements sexuels atroces. Le père avait fait preuve, peu après la séparation en 2015, d'un comportement physiquement et verbalement violent à l'endroit de la mère, en présence de la plus jeune fille, et ce, au grand jour devant d'autres individus. Lors de cette altercation, la mère et la fille auraient subi des malaises physiques nécessitant des soins médicaux.
- 3) la jeune fille rapportait que beaucoup de gens restaient tard la nuit à la résidence du père lorsqu'elle y passait la nuit, ce qui la rendait inconfortable au point de communiquer à l'occasion à sa mère son désir de rentrer chez-elle. Le père se fâchait lors des visites de la fille et la mère vivait dans la crainte.

[6] La juge notait, à la lumière de l'évaluation de la « voix de l'enfant », que la fille voulait tout de même maintenir une relation avec son père et le visiter. Elle exprimait une préférence pour des visites les jeudis pour souper, ainsi que tous les deux dimanches mais sans nuitées. Elle rapportait, à l'auteur de l'évaluation, beaucoup de positif avec l'horaire d'accès en vigueur depuis la deuxième ordonnance intérimaire de septembre 2017.

[7] La juge fait l'analyse des faits et du droit reliée à la garde et l'accès aux par. 26 à 49 de sa décision. Elle affirme, d'entrée de jeu, que sa seule considération consistait à déterminer quelles conditions et modalités de garde et d'accès devraient être mises en place de sorte à rejoindre l'intérêt supérieur de la fille.

- [8] Son analyse débute avec un renvoi à la définition de « l'intérêt supérieur de l'enfant » contenue à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, laquelle comporte plusieurs critères d'évaluation. Elle procède ensuite à l'analyse de chacun des critères avec jurisprudence à l'appui.
- [9] L'un des critères, les « vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître, » a fait l'objet d'une analyse ciblée de la juge. Rappelons qu'elle avait ordonné la préparation de l'évaluation de la « voix de l'enfant ». Celle-ci ne constituait aucunement une abdication de son devoir de statuer sur ce critère. La juge se réfère à l'évaluation comme source de la meilleure preuve sur ce critère en particulier. En outre, elle déclare l'importance de respecter les vœux de l'enfant.
- [10] Son analyse porte ensuite sur les autres critères de la définition de l'intérêt supérieur. Par rapport à celui concernant l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin, la juge note, toujours avec preuve à l'appui, que la fille allait bien dans l'encadrement de l'ordonnance de septembre 2017, qu'elle avait des amis, qu'elle participait bien dans ses activités, qu'elle réussissait bien à l'école et qu'elle menait une vie stable et sécuritaire avec sa mère. La juge exprima n'avoir aucun doute que la mère avait toujours été et demeurerait toujours « le parent psychologique de l'enfant » (au par. 32).
- [11] D'autre part, la juge relevait, avec approbation, l'implication positive du père dans la vie de sa fille lors du mariage et elle n'avait aucun doute de son amour profond pour sa fille. Cependant, la preuve établissait que depuis l'ordonnance de septembre 2017, le père s'avérait rigide et réticent à vouloir modifier son horaire pour accommoder les visites de sa fille si l'horaire des activités de celle-ci devait changer. Somme toute, la juge fait état de l'amour, de l'affection et des liens entre la fille et les deux parents, soulignant, cependant, que le lien mère-fille était plus fort que celui père-fille. Quant au critère du besoin d'être en sécurité dans un milieu permettant la pleine

réalisation du potentiel de la fille afin qu'elle devienne utile et productive dans la société, la juge a reconnu l'habileté des deux parents de satisfaire à ce critère.

[12] La juge poursuit son analyse avec un examen du droit pertinent à la question de la détermination des conditions d'accès, toujours dans l'optique de l'intérêt supérieur de la fille. L'article 16 de la *Loi sur le divorce* lui accorde la compétence voulue et la juge fait remarquer que le par. 8 prévoit qu'elle ne doit tenir compte que de l'intérêt de la fille à la lumière de ses ressources, ses besoins et, en général, de la situation dans laquelle elle se retrouve. La juge cite l'arrêt de principe de la Cour suprême en matière de garde et d'accès, *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. N° 112 (QL), et se concentre sur les points saillants suivants :

1. Les droits et préférences des parents ne jouent aucun rôle;
2. Le critère de l'intérêt supérieur est large et peut varier considérablement selon les circonstances. Le législateur a établi un critère juridique souple qui limite l'exercice de la discrétion du juge à la lumière de la preuve examinée sous la lentille de l'objectivité.

[13] Le seul critère que le législateur a choisi de soumettre « expressément » à l'attention du juge, celui du contact maximal, est contenu au par. 16(10) de la *Loi*. Il s'agit de viser un résultat qui va promouvoir, dans la mesure possible du contexte, le contact maximal avec chacun des parents. La juge en a retenu l'importance au par. 42 de sa décision. Elle a reconnu que ce principe est assujéti à la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le contact maximal n'est donc pas un concept absolu et la juge a reconnu que s'il existe un conflit entre les deux concepts, les contacts avec le parent d'accès seront assortis de restrictions.

[14] La juge signale, en particulier, que le contact maximal ne peut se réaliser que s'il existe une certaine coopération entre les parents et une capacité pour eux de communiquer efficacement (*L.R.R. c. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] A.N.-B. n° 2 (QL),

par. 10). Or, elle conclut que ce n'est pas le cas en l'espèce et, qu'au contraire, à la lumière de la relation acrimonieuse que la juge qualifie de « [...] complètement inacceptable et inquiétant(e) [...], » le contact maximal avec le père causerait un préjudice à la fille.

[15] La juge fait remarquer, de plus, le fait très important que les parties n'ont jamais coopéré depuis la séparation et elle attribue cet état de chose largement au manque de respect du père envers la mère.

[16] Elle conclut donc que le régime de garde à privilégier est celui d'une garde exclusive à la mère avec un droit d'accès conditionnel au père selon l'horaire suivant :

1. Tous les jeudis de 17h à 20h;
2. Tous les deux dimanches de 14h à 18h;
3. D'autres accès spécifiques, à savoir le temps des Fêtes de Noël, les journées d'anniversaires de naissance de la fille et du père et le jour de la Fête des Pères.

IV. Moyens d'appel

[17] Les moyens d'appel du père peuvent se résumer à ceci :

1. La juge a commis une erreur de droit en permettant que soit admis en preuve l'évaluation de la « voix de l'enfant » et, advenant son admissibilité, que la juge lui aurait accordé un poids démesuré;

2. La juge a commis une erreur dans son application du principe du contact maximal en transformant une garde conjointe à l'origine en une garde exclusive à la mère sans preuve justificative;
3. La décision du juge n'est pas suffisamment motivée.

V. Norme de contrôle

[18] Dans *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, la Cour suprême a énoncé la norme par rapport aux décisions en matière du droit de la famille en général. Une grande déférence s'impose et l'intervention en appel n'est justifiée que s'il y a une erreur importante ou significative dans l'interprétation de la preuve ou, finalement, une erreur de droit (voir *P.R.H. c. M.E.L.* 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100; et *A.M.K.H. c. K.A.M.* 2003 NBCA 33, 259 R.N.-B. (2^e) 291).

[19] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais l'appel. La juge de première instance n'a commis aucune erreur par rapport aux moyens d'appel invoqués. Je les reprends dans l'analyse qui suit.

VI. Analyse

A. *Admissibilité de l'évaluation de la « voix de l'enfant » et le poids accordé*

[20] Tel qu'énoncé, la préparation de l'évaluation de la « voix de l'enfant » faisait l'objet de l'ordonnance intérimaire de septembre 2017. La compétence du juge à cet égard, en sus de sa juridiction *parens patriae*, se retrouve à l'art. 11.4 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, c. J-2. Le par. 1 de cet *article* permet au juge d'ordonner, de sa propre initiative, la préparation d'une telle évaluation. Or, en l'occurrence, les deux parties avaient consenti autant à sa préparation qu'à son admissibilité en preuve. L'évaluation a été préparée et déposée au bureau du greffier de la cour, en application du par. 11.4(2). Son contenu, nonobstant toutes règles contrares en

matière de preuve, constitue une preuve (en anglais « shall be evidence ») dans la procédure aux termes du par. 11.4(3). La partie du moyen d'appel portant sur son admissibilité est donc sans fondement et doit être rejetée.

[21] En ce qui concerne le moyen portant que la juge aurait accordé une importance démesurée à l'évaluation, la jurisprudence établit clairement qu'il est permis aux tribunaux d'accorder une importance considérable au contenu de ces évaluations, parmi l'ensemble des autres facteurs à considérer. Dans *McPhail c. Mumby*, 2003 NBQB 83, [2003] A.N.-B. n° 81 (QL), le juge Graser cite l'auteur canadien de renom en matière du droit de la famille, Julien D. Payne, dans son ouvrage *Payne on Divorce*, Carswell, 4^e ed. aux pp. 396 et seq. :

[TRADUCTION]

[...] les lois de plusieurs provinces [dont le Nouveau-Brunswick] reconnaissent expressément que les vœux de l'enfant constituent un facteur pertinent pour déterminer « l'intérêt supérieur de l'enfant ». [...]

L'intérêt supérieur de l'enfant ne doit pas être confondu avec les vœux de l'enfant. [...] Les vœux des enfants âgés de dix à treize ans sont en général considérés comme importants, mais non déterminants, dans les litiges concernant la garde. Les vœux des enfants prennent de plus en plus d'importance au fur et à mesure que les enfants grandissent. Une cour peut refuser d'intervenir si les vœux sont formés par un enfant intelligent qui énonce expressément un motif valable pour sa préférence. [...]

[par. 25]

[C'est moi qui souligne.]

[22] Payne écrit également :

Une preuve doit être produite pour établir les vœux de l'enfant. Cette preuve peut être produite et vérifiée en contre-interrogatoire de bien des manières. Un avocat peut [...] appeler des témoins experts à témoigner, ou demander une évaluation indépendante de la part d'un travailleur social [...]. [p. 398]

[C'est moi qui souligne.]

[23] Le résumé de la preuve qu'a fait la juge, tel qu'énoncé ci-dessus, établit sans équivoque qu'elle a accordé beaucoup d'importance à l'évaluation de la « voix de l'enfant » mais qu'elle l'a fait dans un cadre d'analyse de tous les facteurs à être considérés. Il est parfaitement loisible pour un juge d'accorder plus de poids à un critère plutôt qu'un autre, selon les exigences des circonstances et du contexte. En l'occurrence, les préférences de la plus jeune fille étaient clairement étayées dans l'évaluation. Elle reflétait les préférences d'une fille de 10 ans, intelligente, et qui motivait celles-ci avec des explications concrètes, raisonnables et entièrement supportables. Je suis d'avis que la juge a accordé un poids tout à fait justifié dans le cadre de son analyse. Celle-ci était bien ciblée dans le respect des principes de *Young*. Elle n'a commis aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision. Ce moyen d'appel est, à mon avis, sans fondement.

B. *Application du principe du contact maximal*

[24] L'appelant prétend que les droits d'accès accordés par la juge ne cadrent pas avec l'intérêt supérieur de l'enfant et que la décision de la juge à cet égard résulte d'une mauvaise application du principe du contact maximal. Or, comme je l'ai mentionné, la juge a considéré tous les facteurs à tour de rôle et avait amplement raison de ne pas vouloir privilégier ce principe. Sa décision revient, en grande partie, au constat qu'elle a fait sur la conduite passée du père dans la mesure où celle-ci a non seulement influencé son analyse des critères en général, mais a largement guidé sa décision de ne pas accorder un contact maximal avec lui.

[25] Les par. 16(9) et 17(6) de la *Loi sur le divorce* prévoient que les tribunaux ne doivent tenir compte d'une mauvaise conduite passée d'un parent à moins que celle-ci soit pertinente à l'habileté du parent en question d'agir à titre de parent vis-à-vis l'enfant. Dans *Payne on Divorce*, aux pp. 403 et seq., l'auteur commente la pertinence de la mauvaise conduite antérieure :

[TRADUCTION]

Quelques-uns des facteurs qui ont été jugés pertinents pour

l'examen de la conduite antérieure ayant une incidence sur l'aptitude à parenter se rapportent à la personnalité, à la moralité et à la stabilité d'un parent. [...] Même si la faute conjugale n'est pertinente que dans la mesure où elle aide à comprendre les qualités de parentage de chaque conjoint, ce que prescrivent expressément les par. 16(9) et 17(6) de la *Loi sur le divorce*, les observations suivantes que le juge d'appel Matas de la Cour d'appel du Manitoba a faites dans l'arrêt *Kraynyk c. Kraynyk* sont susceptibles de retenir l'attention lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer les dispositions mentionnées précédemment :

[TRADUCTION]

[La] conduite des parties en lien avec les événements ayant mené à leur séparation peut donner un aperçu utile de la moralité d'une personne et de son sens des responsabilités ainsi que de la façon dont elle réagirait aux exigences liées au rôle de parent ayant la garde exclusive. C'est dans ce sens que la faute peut être pertinente dans l'examen du bien-être des enfants.

[...]

Le fait que la faute conjugale soit considérée ou non comme pertinente quant à « l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère » peut, en dernière analyse, dépendre en grande partie des attitudes et du point de vue du juge dans chaque cas particulier. Ce fut vrai dans le passé et le demeurera probablement à l'avenir. Le risque que des litiges âprement disputés portant sur la garde et les droits d'accès reposent sur des allégations de faute conjugale portées de part et d'autre peut donc subsister après l'édiction des par. 16(9) et 17(6) de la *Loi sur le divorce*.

[26] Dans le dossier qui nous occupe, la juge a clairement formé une perspective de l'ordre de celle exprimée par le juge d'appel Matas. Cette citation, à mon sens, illustre très bien la nécessité de déférer à la discrétion exercée par la juge de première instance. Elle était aux prises avec les preuves d'inconduites passées du père énoncées ci-dessus, lesquelles s'avéraient très révélatrices et ne pouvaient être ignorées. Rien ne permettait de conclure que d'autres incidents du genre ne se reproduiraient pas.

Au contraire, la juge était en droit de croire que ce genre d'incident pourrait très bien se reproduire. Quoique le père ne cherche, par le biais de cet appel, que des droits d'accès accrus et non la garde primaire, les mêmes principes s'appliquent et la juge était en droit de conclure que les faits de la cause ne justifiaient pas qu'elle donne une priorité quelconque au principe de la maximisation du contact entre père et fille au-delà des droits d'accès accordés. Je rejeterais donc également ce moyen d'appel.

C. *Suffisance des motifs*

[27] Le prononcé de motifs dans les affaires relevant du droit de la famille, tout comme dans le droit criminel, ne doit jamais prendre la forme de conclusions, mais doit plutôt faire état de l'appréciation de la preuve que la juge apporte aux critères applicables.

[28] Dans *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, la Cour suprême énumère trois raisons principales qui militent en faveur de décisions motivées, à savoir :

1. l'importance de maintenir 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 celle-ci d'exercer valablement son droit d'appel.

[29] Dans *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême résume le droit portant sur la suffisance des motifs des juges de procès de la façon suivante :

- (1) Pour déterminer si des motifs sont suffisants, les cours d'appel doivent adopter une approche fonctionnelle, substantielle et considérer les motifs globalement, dans le

contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du déroulement du procès, en tenant compte des buts et des fonctions de l'expression des motifs [...]

(2) Le fondement du verdict du juge du procès doit être « intelligible », ou pouvoir être discerné. En d'autres termes, il doit être possible de relier logiquement le verdict à son fondement. Il n'est pas nécessaire de décrire en détail le processus suivi par le juge pour arriver au verdict.

(3) Lorsqu'il s'agit de déterminer si le lien logique entre le verdict et son fondement est établi, il faut examiner la preuve, les observations des avocats et le déroulement du procès pour identifier les questions « en litige » telles qu'elles sont ressorties au procès. [par. 35]

[30] Bien que ces lignes directrices relèvent du droit criminel, elles ont également application en droit de la famille (voir *Young; P.R.H.; A.M.K.H.*). Dans *Cojocar u c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357, la Cour suprême, s'adressant cette fois à la suffisance de motifs en matière de litige civil, énonce que les décisions judiciaires bénéficient d'une présomption d'intégrité et d'impartialité, laquelle découle du serment que prête le juge de rendre un verdict impartial entre les parties. C'est le point de départ de l'analyse sur la suffisance des motifs. Cette présomption revêt une grande importance et est difficilement réfutable (par. 20). L'appelant n'a présenté aucune preuve convaincante pour réfuter la présomption.

[31] En l'espèce, la juge s'est bien livrée à son analyse. Elle a bien dressé la liste des critères qui devaient en faire l'objet et a donné son appréciation de chacun de ceux-ci. Elle a tiré des conclusions de fait avec preuve à l'appui et ce, toujours dans l'objectif d'en arriver à son évaluation de l'intérêt supérieur de la fille. Son dispositif traduit une bonne application du droit à la lumière de ses conclusions sur les faits. Ses motifs reliés aux critères pertinents sont suffisants.

[32] Comme notre Cour l'a déjà exprimé dans *S.H. c. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 R.N.-B. (2^e) 314 : « Il n'appartient pas à la juridiction d'appel d'apprécier à nouveau les éléments de preuve et de substituer sa propre appréciation à celle [de la] juge saisie de la requête lorsque la décision de [cette dernière] n'est pas entachée d'une erreur manifeste [...] » (par. 2). Il n'y a, dans la décision portée en appel, aucune erreur de ce genre. Je rejeterais donc ce moyen d'appel.

VII. Dispositif

[33] Par conséquent, je rejeterais l'appel et j'ordonnerais à l'appelant de payer des dépens de 2 500 \$.

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] The father appeals from a decision rendered under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), granting him access, which he considers far too limited, to the younger of his two daughters. For the purposes of this appeal, this access alone is in dispute. At the time of trial, the daughter was almost 11 years old. In these reasons, I refer to her as “the daughter” or “the younger daughter.” This Court must therefore review the analysis of the factors considered by the trial judge in order to determine whether she committed a reversible error.

II. Background

[2] The parties were married on August 8, 1997, and separated on March 4, 2015. Two daughters were born of the marriage; one is now 18 years of age and the other will soon be 12. Further to the Petition for Divorce filed by the mother on October 6, 2015, a judge of the Family Division, on December 14, 2015, signed an interim consent order, which provided in part as follows:

1. joint custody of the children to the parents, the children’s primary residence to be with their mother;
2. scheduled access for the father, first ranging from 2.5 hours to 6.5 hours per week for a period of approximately five weeks between November 22, 2015, and January 3, 2016, and, thereafter, restricted to every other weekend from 5:30 p.m. on Saturday to 5 p.m. on Sunday;

3. review of these arrangements by the court if the children proved unable to adapt to this access schedule;
4. observance by the father, during his access periods, of the children's activities schedules, subject to any required adjustments;
5. access to the eldest daughter to be based solely on her preferences.

[3] On September 22, 2017, another judge of the Family Division signed a second interim order, thus varying the first one by restricting the father's access to the younger daughter to three hours maximum every Saturday or Sunday afternoon, without an overnight stay. In this second order, the judge also requested a "Voice of the Child" assessment of the younger daughter to be ultimately filed with the court. Despite restricted access being imposed on the father, this second order was not appealed from.

[4] The second order was issued after the filing of, *inter alia*, two new affidavits of the mother dated August 15, 2017, but in the absence of any affidavit of the father in response. At the hearing of the underlying application, the judge, who had also issued the second order, read these affidavits as part of the complete evidence on file. I note, incidentally, that the Certificate of Appellant provides that all affidavit evidence filed with the court below forms part of the appeal record.

III. Trial Judge's Decision

[5] The salient facts, emerging from both the affidavits and oral evidence, that are relevant to the appeal may be summarized as follows:

- (1) Not only were the communications between the parties negative, but they had become virtually non-existent. The father had not complied with the terms of the first interim order, making it necessary to vary the terms of the order relating to access to the younger daughter. The children were not

always able to adapt to the father's schedule when he exercised his access rights.

- (2) The father's text messages contained vulgar and condescending words towards the mother, as he called her a [TRANSLATION] "bitch", told her to [TRADUCTION] "poison herself" and suggested that she engage in horrible sexual conduct. Shortly after the separation in 2015, the father, in the presence of the younger daughter and openly in front of other individuals, was physically and verbally abusive towards the mother. During this altercation, the mother and daughter experienced physical discomfort requiring medical treatment.
- (3) The young girl reported that many people were staying late at night at the father's residence when she spent the night there, which made her uncomfortable to the point that she occasionally would contact her mother to advise she wanted to go back home. The father would become angry during the daughter's visits and the mother lived in fear.

[6] The judge notes, based on the "Voice of the Child" assessment, that the daughter still wanted to maintain a relationship with her father and to visit him. The daughter expressed a preference for having visits on Thursdays for dinner, and every other Sunday, but without overnight stays. She had many positive things to say to the author of the assessment report about the access schedule that had been in place since the second interim order of September 2017.

[7] The judge conducts an analysis of the facts and the law pertaining to custody and access at paras. 26 to 49 of her decision. She states, at the outset, that her sole consideration is to determine which terms and conditions relating to custody and access should be imposed in order to serve the best interests of the daughter.

[8] She begins her analysis by referring to the definition of “best interests of the child” contained in s. 1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, which definition includes several factors for evaluation. She then analyzes each of the factors, citing case law in support.

[9] One of the factors, the “views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained,” was specifically analyzed by the judge. Recall that she had ordered the “Voice of the Child” assessment to be made. This was in no way an evasion of her duty to deal with this factor. The judge refers to the assessment as a source of the best evidence available with respect to this particular factor. In addition, she states the importance of abiding by the wishes of the child.

[10] She then focuses her analysis on the other factors in the definition of best interests. As to the factor pertaining to the effect upon the child of any disruption of the child’s sense of continuity, the judge observes, again with supporting evidence, that the daughter was doing well within the framework established by the September 2017 order, that she had friends, that she participated well in her activities, that she was doing well in school and that she led a safe and stable life with her mother. The judge expresses having no doubt that the mother was, and remained, [TRANSLATION] “the psychological parent of the child” (at para. 32).

[11] Furthermore, the judge mentions with approval the positive role played by the father in his daughter’s life during the marriage, and she is convinced of the father’s profound love for his daughter. However, the evidence established that, since the September 2017 order, the father had been strict and hesitant to change his schedule to accommodate visits with his daughter if her activities schedule changed. In sum, the judge mentions the love, affection and ties that existed between the daughter and both parents; however, she highlights the stronger bond that the daughter had with the mother than with the father. As to the factor consisting of the need to provide a secure environment that would permit the daughter to become a useful and productive member

of society through the achievement of her full potential, the judge recognizes that both parents are able to satisfy this requirement.

[12] The judge continues her analysis by considering the relevant law for determining the terms of access, always with a view to ensuring the best interests of the daughter. Section 16 of the *Divorce Act* confers the required jurisdiction on the judge, and she observes that she is required under s. 16(8) to take into consideration only the best interests of the daughter in light of her condition, means, needs and other circumstances. The judge cites the leading decision of the Supreme Court on custody and access, *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL), and focuses on the following key points:

1. Parental preferences and rights play no role.
2. The best interests test is broad and may vary considerably depending on circumstances. Parliament has established a flexible legal test that limits the exercise of the judge's discretion based on the evidence, viewed objectively.

[13] The only factor which Parliament has seen fit to "specifically" require the judge to consider is contained in s. 16(10) of the *Divorce Act*. This factor consists in striving for a result that promotes, whenever possible in the circumstances, maximum contact with each parent. The judge points out the importance of this principle at para. 42 of her decision. She recognizes that this principle is subject to the paramountcy of the best interests of the child. The concept of maximum contact is therefore not absolute, and the judge recognized that, if the two concepts are in conflict, contact with the access parent will be restricted.

[14] The judge mentions in particular that maximum contact may occur only if there is a degree of cooperation between the parents and if they are able to effectively communicate with each other (*L.R.R. v. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] N.B.J. No. 2 (QL), para. 10). However, she concludes that this is not the case here and that, on the contrary,

in light of the acrimonious relationship described by the judge as [TRANSLATION] “[...] totally unacceptable and worrisome [...],” maximum contact with the father would be prejudicial to the daughter.

[15] In addition, the judge points out the very important fact that the parties have never cooperated since separation and she largely attributes this state of affairs to the father’s lack of respect for the mother.

[16] She therefore concludes that the custody regime to be preferred is that of sole custody in favour of the mother, with conditional access to the father in accordance with the following schedule:

1. Every Thursday between 5 p.m. and 8 p.m.
2. Every other Sunday between 2 p.m. and 6 p.m.
3. Other specific access periods, being the Christmas holiday season, the daughter’s and the father’s birthdays and Father’s Day.

IV. Grounds of Appeal

[17] The father’s grounds of appeal may be summarized as follows:

1. The judge erred in law in permitting that the “Voice of the Child” assessment be admitted into evidence and, if it was admissible, in attaching inordinate weight to it.
2. The judge erred in applying the principle of maximum contact by turning what was initially a joint custody arrangement into sole custody in favour of the mother, without supporting evidence.

3. The judge's decision is not sufficiently reasoned.

V. Standard of Review

[18] In *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, the Supreme Court sets out the standard generally applicable in family law cases. A high degree of deference is owed and intervention on appeal requires that there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence or, finally, an error of law (see *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100; and *A.M.K.H. v. K.A.M.*, 2003 NBCA 33, 259 N.B.R. (2d) 291).

[19] For the following reasons, I would dismiss the appeal. The trial judge committed no error in relation to the grounds of appeal relied upon. I will set them out again in the following analysis.

VI. Analysis

A. *Admissibility of the "Voice of the Child" assessment and weight given*

[20] As stated, the "Voice of the Child" assessment was specifically addressed in the interim order of September 2017. A judge's jurisdiction in this regard, in addition to her *parens patriae* jurisdiction, is found in s.11.4 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2. Under s. 11.4(1), a judge may, on her/his own motion, direct such an assessment to be made. However, in this instance, both parties had consented to both the assessment being made and its admissibility into evidence. The assessment was made and the report was filed with the office of the clerk of the Court, in compliance with s. 11.4(2). The contents of the report, despite any rule of evidence to the contrary, constitute evidence ("shall be evidence") in the proceeding under s. 11.4(3). The portion of the ground of appeal pertaining to the admissibility of the report is therefore without merit and must be dismissed.

[21] As to the ground alleging that the judge attached inordinate weight to the assessment, the case law clearly establishes that courts may attach considerable weight to the contents of these assessments, among other factors to be considered. In *McPhail v. Mumby*, 2003 NBQB 83, [2003] N.B.J. No. 81 (QL), Graser, J. quotes Julien D. Payne, renowned Canadian author in the area of family law, in *Payne on Divorce*, Carswell (4th ed.), at p. 396ff.:

[...] statutes in several provinces [including New Brunswick] expressly acknowledge that the wishes of the child are a relevant factor to be considered in determining the “best interests of the child”. [...]

The best interests of the child are not to be confused with the wishes of the child. [...] The wishes of children age ten to thirteen are commonly regarded as an important, though not a decisive, factor in parental custody disputes. The wishes of the children increase in significance as they grow older. A court may refuse to interfere with the wishes of a child who is intelligent and who has developed an express valid reason for any preference. [para. 25]

[Emphasis added.]

[22] Payne further writes:

[...] Evidence must be adduced to establish the wishes of the child. There are many ways in which such evidence can be adduced and tested by cross-examination. Counsel may (...) call expert witnesses, or request an independent assessment by a social worker [...]. [p. 398]

[Emphasis added.]

[23] The summary of the evidence provided by the judge, as stated above, unequivocally shows that she attached a great deal of weight to the “Voice of the Child” assessment, albeit in the context of an analysis of all factors to be considered. It is perfectly open to a judge to attach more weight to one factor than to another, depending on the circumstances and context. In this instance, the younger daughter’s preferences were clearly supported in the assessment. The assessment reflected the preferences of a 10-year-old girl, who is intelligent and who gave reasons for these preferences through

concrete, reasonable and fully justifiable explanations. In my view, the weight attached by the judge to the assessment in carrying out her analysis was totally justified. This analysis was appropriately focused in accordance with the principles set out in *Young*. The judge made no reversible error. In my view, this ground of appeal is without merit.

B. *Application of the maximum contact principle*

[24] The appellant argues that the access rights granted by the judge are inconsistent with the best interests of the child and that the judge's decision on this issue resulted from a misapplication of the maximum contact principle. However, as I previously mentioned, the judge considered all factors individually and had every reason not to want to favour this principle. To a large extent, her decision comes down to the observation she made on the father's past conduct as this conduct not only influenced her analysis of the factors in general, but also guided her in her decision not to grant maximum contact with him.

[25] Subsections 16(9) and 17(6) of the *Divorce Act* provide that courts must not take into consideration a parent's past misconduct unless it is relevant to the parent's ability to act as a parent of the child. In *Payne on Divorce*, at p. 403ff., the author comments on the relevance of past misconduct:

Some factors that have been deemed relevant to past conduct that reflects on parenting ability relate to the personality, character and stability of a parent. [...] Even if the spousal misconduct is relevant only in so far as it provides insight into the parenting qualities of the respective spouses, and this is expressly mandated by sections 16(9) and 17(6) of the *Divorce Act*, the following observations of Matas, J.A. of the Manitoba Court of Appeal in *Kraynyk v. Kraynyk* are likely to attract attention in the interpretation and application of the aforementioned sections:

[The] conduct of the parties in relation to the events leading up to a separation can provide a valuable insight into a person's character and sense of

responsibility and how he or she would respond to the exigencies of being the sole custodial parent. It is in that sense that fault may be of relevance in considering the welfare of the children.

[...]

Whether spousal misconduct is perceived as relevant or irrelevant to “the ability of that person to act as a parent of the child” may, in the final analysis, depend largely on the attitudes and perspective of the presiding judge in the particular case. This has been true in the past and is likely to remain true in the future. The threat of bitterly contested custody and access disputes based on allegations and counter allegations of spousal misconduct may, therefore, survive the enactment of sections 16(9) and 17(6) of the *Divorce Act*.

[26] In the matter before us, the judge clearly adopted the same position as that expressed by Matas, J.A. In my view, the above excerpt illustrates very well the need to defer to the trial judge’s exercise of discretion. She was faced with evidence of the father’s past misconduct set out above, which proved very revealing and could not be ignored. There was no indication that incidents of this nature would not reoccur. On the contrary, the judge was entitled to believe that incidents of this nature could very well reoccur. Although the father seeks, through this appeal, only expanded access rather than primary custody, the same principles apply and the judge was entitled to conclude that the facts of the case did not warrant that she give any priority to the principle of maximum contact between the father and the daughter beyond the access granted. Therefore, I would also dismiss this ground of appeal.

C. *Sufficiency of reasons*

[27] Conclusory reasons are always inappropriate in family law cases, as in a criminal law context; reasons must instead reflect the judge’s weighing of the evidence in relation to the relevant factors.

[28] In *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, the Supreme Court sets out three main rationales for reasoned decisions:

1. the importance of maintaining public confidence in the administration of the justice system;
2. the importance of telling the losing party the reasons for having lost;
3. the need to allow such party to meaningfully exercise his or her right of appeal.

[29] In *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, the Supreme Court summarizes the law on the sufficiency of a trial judge's reasons as follows:

(1) Appellate courts are to take a functional, substantive approach to sufficiency of reasons, reading 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 [...].

(2) The basis for the trial judge's verdict must be "intelligible", or capable of being made out. In other words, a logical connection between the verdict and the basis for the verdict must be apparent. A detailed description of the judge's process in arriving at the verdict is unnecessary.

(3) In determining whether the logical connection between the verdict and the basis for the verdict is established, one looks to the evidence, the submissions of counsel and the history of the trial to determine the "live" issues as they emerged during the trial. [para. 35]

[30] Although these are criminal law guidelines, they also apply to family law cases (see *Young*; *P.R.H.*; and *A.M.K.H.*). In *Cojocarv v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357, the Supreme Court, this time addressing the sufficiency of reasons in civil litigation cases, states that judicial decisions benefit from a presumption of integrity and impartiality, which ensues from the

oath taken by the judge to deliver an impartial verdict between the parties. This is the starting point to the analysis on the sufficiency of reasons. This presumption carries considerable weight and is hard to rebut (para. 20). The appellant did not adduce any compelling evidence to rebut the presumption.

[31] The judge conducted a proper analysis in this matter. She enumerated the proper factors to be addressed in her analysis and provided her assessment of each of these factors. She made findings of fact that were supported by the evidence, always with a view to performing her assessment of the best interests of the daughter. The disposition she set out reflects a proper application of the law based on her findings of fact. Her reasons relating to the relevant factors are sufficient.

[32] As previously stated by this Court in *S.H. v. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 N.B.R. (2d) 314: “It is not the function of an appellate court to re-assess the evidence and substitute its own discretionary judgment for that of the application judge, where there is no manifest error in the decision” (para. 2). The decision under appeal contains no such error. I would therefore dismiss this ground of appeal.

VII. Disposition

[33] As a result, I would dismiss the appeal and order the appellant to pay costs in the amount of \$2,500.