

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

99-18-CA

N.A.T.

N.A.T.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

S.A.T.

S.A.T.

RESPONDENT

INTIMÉ

N.A.T. v. S.A.T., 2019 NBCA 87

N.A.T. c. S.A.T., 2019 NBCA 87

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Baird  
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Baird  
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
August 30, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 30 août 2018

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
2018 NBQB 145

Décision frappée d'appel :  
2018 NBBR 145

Preliminary or incidental proceedings:  
None

Procédures préliminaires ou accessoires :  
aucune

Appeal heard:  
September 18, 2019

Appel entendu :  
le 18 septembre 2019

Judgment rendered:  
December 12, 2019

Jugement rendu :  
le 12 décembre 2019

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Baird

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Baird

Concurred in by:  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice LaVigne

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge LaVigne

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Stephen J. Doucet

Pour l'appelante :  
Stephen J. Doucet

For the respondent:  
Mélanie Monique McGrath

Pour l'intimé :  
Mélanie Monique McGrath

THE COURT

LA COUR

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

L'appel est rejeté avec dépens, lesquels sont fixés  
à 2 500 \$.

## Le jugement de la Cour rendu par

### LA JUGE BAIRD

#### I. Introduction

[1] La mère interjette appel d'une décision rendue par la Cour du Banc de la Reine sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.). Elle affirme que la juge a commis une erreur d'une part en rendant une ordonnance de garde partagée de leur enfant, contrairement à l'opinion d'un psychologue qui avait témoigné qu'une telle ordonnance n'était pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et, d'autre part, en condamnant la mère à verser des dépens de 6 000 \$. Elle soutient que la juge a également commis des erreurs manifestes et dominantes dans ses conclusions de fait.

#### II. Contexte

##### A. *L'historique des problèmes d'accès*

[2] Les parents en cause se sont mariés le 10 octobre 2009. Ils se sont séparés le 14 juin 2013. Leur enfant était âgé de cinq ans au moment où le jugement de divorce a été rendu en août 2018. La juge a accordé le divorce pour cause de différences irréconciliables en vertu du par. 8(1) de la *Loi*. Elle a passé beaucoup de temps à décrire minutieusement les antécédents des relations entre les parents tant avant qu'après la séparation.

[3] Il apparaît clairement que les deux parents ont été constamment engagés dans la vie de leur enfant, et ce dès sa naissance, et il ne fait aucun doute qu'ils ont tous deux un attachement et des liens très forts avec lui.

[4] La juge a précisé combien de temps les parents avaient chacun passé avec leur fils depuis sa naissance, et elle s'est rapidement intéressée aux problèmes que le père a eus pour exercer ses droits d'accès. Elle écrit ce qui suit :

Monsieur T. a souvent demandé plus de temps avec l'enfant, mais Madame T. le lui refusait. Au mois de septembre 2013, l'avocat de Monsieur T. a déposé une première motion. [L'enfant] avait cinq mois. [...] [para. 24]

[5] Les antécédents de problèmes entre les parents après cette date font l'objet de plusieurs paragraphes de la décision de la juge et, selon moi, il vaut la peine de les passer en revue étant donné qu'il est clair que la bataille au sujet de la garde de l'enfant a commencé très tôt dans la vie de ce dernier.

[6] À titre de toile de fond pour son analyse, la juge a tiré d'importantes conclusions qui, à mon avis, sont à l'origine de la décision qu'elle a finalement rendue. En voici certaines :

- a) Monsieur T. était bien capable de prendre soin de l'enfant (par. 27).
- b) Quand l'avocat de Monsieur T. a demandé en contre-interrogatoire quelles étaient les lacunes de Monsieur T. par rapport à son habileté parental, Madame T. n'avait aucune réponse à cette question (par. 30).
- c) En mars 2014, la mère est retournée au travail après son congé de maternité. L'enfant allait à la garderie pendant la semaine, du lundi au vendredi, de 8 h 30 à 16 h 30; toutefois, la mère limitait les visites du père à une période de quatre à six heures toutes les deux fins de semaine (par. 32).
- d) Au cours du printemps 2014, la mère a visité Ottawa pendant une fin de semaine en confiant l'enfant à une amie au lieu de permettre au père de s'occuper de son fils en son absence (par. 33).
- e) Il y a eu des problèmes pour organiser un accès modifié pour le père le jour de la fête des Mères en 2014 (par. 34).

- f) En janvier 2015, le père a voulu modifier l'accès en raison d'une tempête de neige et la mère a refusé (par. 37).
- g) En avril 2015, la fin de semaine pendant laquelle le père déménageait à Dieppe, sa demande visant à obtenir le déplacement d'une journée d'accès a été rejetée (par. 38).
- h) Le père a demandé la permission d'amener l'enfant à la garderie entre 9 h et 9 h 30 le matin plutôt qu'entre 8 h et 8 h 30. Cela lui a été refusé; cependant, l'ordonnance judiciaire a été modifiée par la suite pour lui accorder une prolongation jusqu'à 10 h du matin (par. 40).
- i) Les deux parents ont de nouveaux conjoints et l'enfant en cause a tissé des liens avec les enfants de ces derniers (par. 31 et 55).
- j) Les parents vivent à cinq minutes l'un de l'autre et l'école élémentaire se trouve à proximité des deux résidences (par. 42).
- k) Pendant les vacances d'été de 2016, les parents ont chacun passé une semaine complète avec l'enfant. Lorsque le père a demandé une seconde semaine, il a essuyé un refus (par. 45).
- l) En juin 2017, le père a demandé que le droit d'accès qu'il exerçait le vendredi soit déplacé au dimanche soir parce que son travail l'exigeait. Cela lui a été refusé (par. 47).
- m) À l'occasion, le père a demandé plus de temps pour conduire l'enfant à la résidence de sa famille qui se trouve à quatre ou cinq heures de route de Dieppe et pour l'en ramener, et cela lui a été refusé (par. 48).
- n) Pendant le congé du mois de mars 2015, la garderie était fermée. Étant en congé, le père a demandé l'autorisation de passer plus de temps avec son

fil. Il a essuyé un refus. En mars 2016, les parents ont convenu de partager le congé du mois de mars (par. 51).

- o) Pendant le congé de Pâques de 2015, le père a demandé l'accès à partir du dimanche à midi jusqu'au lundi à 16 h. Sa demande a été rejetée. En 2016, l'enfant a passé la fin de semaine de Pâques en compagnie de son père. En 2017, l'accès lui a été refusé. En 2018, il a eu l'enfant à partir du Vendredi saint jusqu'au lundi suivant (par. 52).
- p) Il est parfois arrivé que l'enfant soit ramené cinq à dix minutes en retard, et la mère a exprimé son mécontentement (par. 60).

#### B. *Les ordonnances provisoires*

[7] Plusieurs ordonnances provisoires ont été rendues avant l'audience et en voici la teneur :

- i. Une ordonnance provisoire en vigueur à compter du 28 octobre 2013 accordait au père deux visites de deux heures chacune tous les samedis et dimanches. Les modalités de cet accès devaient être renégociées en avril 2014. Sur consentement, son accès a été prolongé à quatre heures consécutives toutes les deux fins de semaine. En mai 2014, son accès a été porté à une période de six heures. En juillet et en août 2014, le père a obtenu une visite d'une durée de 24 heures une fois par mois. Les visites du père étaient circonscrites à la région de Dieppe en dépit du fait qu'il vivait alors à Fredericton.
- ii. Une ordonnance provisoire en vigueur à compter du 24 septembre 2014 accordait au père un droit d'accès toutes les deux fins de semaine à partir du 27 septembre, les samedis et les dimanches de 8 h à 16 h. À partir du 8 novembre 2014, la période d'accès allait du samedi à 8 h au dimanche à 16 h, et en janvier 2015, elle a été modifiée de façon à commencer le samedi

à 8 h et se terminer le dimanche à 16 h toutes les deux fins de semaine. À partir du mois d'avril 2015, les visites se sont déroulées du vendredi à 16 h jusqu'au dimanche à 16 h, une fin de semaine sur deux.

- iii. Sur consentement, en avril 2015, étant donné que les deux parents résidaient à Dieppe, l'accès a été élargi une nouvelle fois pour inclure une nuit supplémentaire le jeudi toutes les deux semaines. Par la suite, au cours du même mois, une nuit additionnelle a été ajoutée du mardi soir au mercredi matin à 8 h. De plus, la période d'accès qui se déroulait une fin de semaine sur deux a été prolongée pour commencer le vendredi à 16 h et se terminer le dimanche à 16 h.
- iv. Grâce à une ordonnance judiciaire datée du mois de janvier 2016 qui faisait suite à une conférence de règlement à l'amiable, la question de l'accès pendant le congé de Noël a été réglée.
- v. La mère a déposé une motion urgente en août 2016 lorsque l'enfant a été ramené avec une journée de retard. Sa demande d'abrégement a été rejetée; toutefois, lorsque la motion a fini par être entendue, la période d'accès du père a été prolongée pour se terminer à 17 h au lieu de 16 h les dimanches. L'accès avec nuitée de milieu de semaine a été prolongé pour se terminer à 10 h plutôt qu'à 8 h 30 le lendemain matin, comme je l'ai indiqué.
- vi. Le 29 décembre 2016, le père a obtenu une autre ordonnance provisoire qui augmentait les arrangements d'accès et de visite.
- vii. La mère a introduit une motion dans laquelle elle demandait à la Cour de lui permettre d'emmener l'enfant en vacances au Mexique et d'obliger le père à signer le formulaire de demande de passeport. La question a été réglée au moyen d'une ordonnance par consentement avant la date de l'audience.

[8] Les instances provisoires ont préparé le terrain pour les neuf jours d'audience qui ont suivi.

C. *Les difficultés associées aux périodes de transition liées aux changements de domicile*

[9] Les parents reconnaissent tous deux que les changements de domicile sont souvent difficiles pour l'enfant, plus particulièrement les dimanches soirs. La juge a accepté que l'enfant pleurait régulièrement et ne voulait pas quitter son père; cependant, une fois arrivé chez sa mère, il y avait aussi des problèmes. Il a été établi que l'enfant éprouvait souvent de la difficulté à dormir et à manger lorsqu'il savait qu'il allait changer de maison, même si la conjointe du père a témoigné qu'à partir du mois de février 2018, il semblait plus calme et plus détendu pendant les changements de domicile.

D. *Le rapport du psychologue*

[10] Robert Doucet a été qualifié d'expert dans les domaines de l'évaluation psychologique et de l'évaluation de la capacité parentale. Lorsqu'il a terminé son évaluation en mai 2016, l'enfant venait d'avoir trois ans. La juge a examiné l'évaluation et en a soigneusement inséré certains passages dans ses motifs. M. Doucet a conclu que l'enfant éprouvait des difficultés à changer de domicile, et il n'a pas recommandé d'arrangements de garde partagée à ce stade.

[11] La juge a observé que lors de son évaluation, M. Doucet avait pensé que la maturité affective de l'enfant n'était pas suffisante pour qu'il vienne passer la nuit chez son père et il s'est dit d'avis que le *statu quo* devrait être maintenu. Il a admis qu'une fois l'enfant plus mature, les difficultés à passer d'un foyer à l'autre s'estomperaient. Selon lui, l'enfant réagirait à ce changement de manière plus positive dans un an ou deux, et il a déclaré qu'il recommanderait alors une augmentation de la fréquence des visites du père. Au moment de l'audience en juin et juillet 2018, ces deux années s'étaient écoulées.



[12] Après avoir procédé à une analyse au sujet de la garde, qui comprenait l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont les facteurs énoncés à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, et avoir tenu compte des facteurs supplémentaires repris par le juge Graser dans l'affaire *Shaw c. Shaw* (1997), 189 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 84, [1997] A.N.-B. n° 211 (C.B.R.) (QL), la juge a rendu une ordonnance de garde partagée qui prévoit une alternance de la garde physique de l'enfant tous les trois jours. Elle a conclu que l'enfant était plus mature en 2018 que lors de son évaluation initiale en 2016.

[13] L'analyse détaillée de la juge fait l'objet des par. 76 à 113 de ses motifs et comprend vingt-cinq conclusions de fait.

### III. Moyens d'appel

[14] La mère allègue que la juge :

- a) a commis, dans son interprétation de la preuve, une erreur de droit et de fait qui a eu une incidence sur sa conclusion;
- b) a commis une erreur de droit en n'exposant pas des motifs suffisants pour expliquer sa décision et en émettant des hypothèses sans preuve à l'appui;
- c) a commis une erreur de droit en n'accordant pas un poids approprié à l'opinion du psychologue;
- d) n'a pas motivé suffisamment sa décision pour en permettre un examen valable en appel;
- e) a commis une erreur mixte de fait et de droit en adjugeant des dépens de 6 000 \$ sans aucune justification.

#### IV. La norme de contrôle

[15] Tout récemment, la juge d'appel Quigg, au nom de la Cour, a réitéré la norme de contrôle applicable aux affaires mettant en cause la garde d'un enfant et l'accès auprès d'un enfant dans l'arrêt *D.G. c. M.G.*, 2019 NBCA 69, [2019] A.N.-B. n° 281 (QL), aux par. 4 et 5.

[16] C'est la norme de la décision correcte qui s'applique au contrôle des erreurs de droit. Manifestement, si l'appelante persuade la Cour que la juge a mal appliqué le droit ou l'a mal interprété, la Cour d'appel interviendra (*M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 313). La mère invoque trois moyens d'appel dans lesquels elle allègue l'existence d'erreurs de droit. Les deux derniers moyens visent des questions mixtes de fait et de droit qui sont susceptibles de contrôle selon une norme appelant la déférence, à moins que des erreurs manifestes et dominantes ne soient décelées.

[17] En résumé, la portée du contrôle en appel est limitée. Voir *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n° 9 (QL), motifs de la juge L'Heureux-Dubé, au par. 10 : « 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 » (voir également *D.G.*, au par. 5).

#### V. Analyse

##### A. *La juge a mal interprété la preuve*

[18] Dans son mémoire, l'appelante fait valoir que la juge n'a pas correctement mené une analyse dans les domaines critiques suivants :

- a) les besoins de l'enfant;
- b) le manque de communication entre les parents;
- c) l'augmentation des périodes d'accès;

d) le pouvoir de décision.

[19] Elle s'élève en particulier contre les par. 80 à 82 des motifs dans lesquels la juge conclut que les deux parents sont capables de répondre aux besoins psychologiques et physiques de l'enfant. Cela tient au fait que l'enfant a eu besoin d'une intervention médicale en raison de sa naissance prématurée; toutefois, à l'époque de l'audience, les professionnels de la santé s'étaient dits d'avis que l'enfant ne souffrait d'aucun problème de santé. Il a toutefois été suggéré qu'il aurait peut-être besoin des services d'un psychologue à l'avenir.

[20] La juge a expressément conclu que les parents étaient tous deux en mesure de répondre aux besoins de leur enfant à ce stade. La mère conteste cette conclusion; elle prétend qu'une preuve a été présentée au procès selon laquelle le père avait parfois formulé des demandes déraisonnables, qu'il n'avait peut-être pas toujours respecté la routine de son fils et qu'il avait régulièrement demandé à la dernière minute que des changements soient apportés aux arrangements d'accès. Elle soutient que le père a refusé d'accepter la recommandation du psychologue qui préconisait le maintien du *statu quo*.

[21] La mère invoque l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, à l'appui de son argument sur ce point. Dans cet arrêt, il s'agissait de déterminer si le juge avait omis de prendre en considération des éléments de preuve déterminants, lesquels, s'il en avait tenu compte, auraient changé sa décision. Le juge Bastarache écrit ce qui suit :

Lorsqu'il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge est censé prendre en considération chacun de ces facteurs à la lumière de la preuve soumise; cependant, cela ne signifie pas qu'il est tenu d'analyser chaque élément de preuve ou d'analyser chacun en détail lorsqu'il explique les raisons d'accorder la garde à une personne plutôt qu'à une autre. Une telle exigence serait à vrai dire déraisonnable après un procès de 26 jours. C'est pourquoi les juges peuvent parfois sembler privilégier un facteur parmi d'autres et, en fait, cela paraît inévitable dans les affaires de garde car elles dépendent fortement des circonstances factuelles particulières. Cette situation

n'ouvre pas la voie à une nouvelle appréciation des faits par la Cour d'appel. [Par. 10]

[22] La mère se plaint que la juge a minimisé le fait que les communications entre les parents se font par écrit et que par conséquent, ils ne communiquent pas bien, contrairement à ce qu'exigent des arrangements de garde partagée. Elle affirme que cela n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon elle, la juge n'a tenu aucun compte du niveau d'hostilité entre les parents. Elle prétend que la juge a passé outre au fait qu'en raison de l'absence de communication orale entre les parents, les visites de l'enfant chez son père augmentent le niveau d'anxiété de la mère. Elle fait valoir que la juge n'a pas pris en considération leur incapacité de prendre ensemble les décisions importantes dans l'intérêt supérieur de l'enfant. À l'appui de sa thèse, elle se fonde sur l'arrêt *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 147, dans lequel la juge d'appel Quigg a conclu que si un juge n'applique pas les critères voulus lorsqu'il rend une ordonnance de garde, sa décision est susceptible de contrôle en tant que question de droit.

[23] Dans l'arrêt *J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n° 16 (QL), notre Cour a conclu que l'incapacité de communiquer n'était que l'un des facteurs à considérer dans le cadre de l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant. Si, en plus du manque de communication effective, il est clair que les parents sont incapables de collaborer adéquatement, et s'il existe des éléments de preuve montrant que cette situation se répercute négativement sur les enfants, un arrangement de garde partagée pourrait être inapproprié (par. 20). Dans la présente instance, la juge a conclu que les parents étaient en mesure de communiquer au moyen de la technologie, et que cette option fonctionnait dans leur cas, en dépit des préoccupations de la mère. La juge a estimé que les textos, les courriels et le livre de communication étaient adéquats, et ce même si elle a conclu que les communications par écrit avaient diminué depuis 2013. Néanmoins, lorsqu'elle a passé en revue l'intégralité de la preuve, la juge n'a pas conclu que l'incapacité des parents de communiquer oralement influait négativement sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

[24] Dans *D.G.*, la juge d'appel Quigg a examiné la question du manque de communication entre les parents. Elle s'est exprimée en ces termes :

Dire que le juge du procès a rejeté la demande de garde partagée en raison uniquement de problèmes de communication reviendrait à sous-estimer les autres problèmes dont il a tenu compte. Malgré son importance, la communication n'était qu'un des facteurs pris en considération par le juge. Le juge a conclu que le [TRADUCTION] « problème le plus sérieux » entre les parties avait trait à la procédure de test des réponses évoquées auditives du tronc cérébral (ABR) que devait subir leur plus jeune enfant. Deux experts qui ont témoigné lors du procès ont recommandé qu'on fasse passer ce test auditif, mais, malgré cela, le père a refusé d'y consentir. Le juge du procès a conclu qu'il ressortait [TRADUCTION] « clairement de l'exemple apporté par cette longue bataille au sujet d'une procédure jugée valable par deux experts, les risques ou inconvénients étant minimes, que les deux parents ne sont pas en mesure de collaborer dans l'intérêt supérieur de leurs deux enfants » (par. 171). [Par. 9]

[25] La juge d'appel Quigg est arrivée à la conclusion que le juge avait également pris en considération les nombreux incidents de comportement obstructionniste et hostile du père qui militait contre une ordonnance de garde partagée. Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *J.H.* :

Dans les affaires se rapportant à la garde d'enfants où il est clair que les parents ne sont pas capables de communiquer l'un avec l'autre d'une façon efficace, le facteur déterminant consiste, à mon avis, à savoir si la Cour est convaincue que des précautions suffisantes sont prises afin d'isoler les enfants du conflit parental. Tel n'a pas été le cas en l'espèce ainsi que l'a fait observer le juge saisi de la requête. On avait donné aux parents la possibilité de se partager la garde des enfants pendant une période d'environ dix-sept mois et, comme on peut le lire aux paragraphes 15 et 18 des présents motifs, ils n'ont pas su isoler les enfants du conflit qui les oppose. Tout bien considéré, le juge saisi de la requête a fait une évaluation de la crédibilité; il a conclu que la mère était plus crédible que le père et il a pris une décision qu'il lui appartenait de prendre. Il ne s'agissait pas d'un cas où les parents pouvaient prendre conjointement les décisions importantes qui touchent leurs enfants. [...] [Par. 33]

[26] Dans l'arrêt *L.R.R. c. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] A.N.-B. n° 2 (QL), la juge d'appel Larlee, au nom de la Cour, a précisé que la garde conjointe exige une certaine collaboration entre les parents. Elle conclut que les tribunaux ordonnent la garde conjointe, même dans les cas de conflit important, lorsqu'ils sont convaincus que cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant; toutefois, ils reconnaissent que cela est inapproprié si la communication est préjudiciable à son bien-être (par. 11).

[27] Je passe maintenant à l'argument concernant le parent psychologique. Dans l'arrêt *A.G. c. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] A.N.-B. n° 209 (QL), la mère avait interjeté appel de la décision d'un juge d'accorder au père la garde exclusive des enfants. Elle avait affirmé que le juge avait commis une erreur en omettant de prendre en considération le fait que la mère avait été le parent psychologique et en se livrant à des conjectures, qui ne trouvaient pas appui dans la preuve, sur l'aptitude de la mère à prendre soin des enfants. Traitant de l'argument de la mère, la juge Larlee déclare ce qui suit :

L'appelante affirme que le juge du procès a commis une erreur en ne prenant pas en considération le fait que la mère a été le parent affectif et psychologique des enfants. Les tribunaux se sont penchés à maintes reprises sur l'examen du facteur du « parent psychologique ». Dans les motifs concordants qu'elle a rédigés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), la juge L'Heureux-Dubé a confirmé que la relation avec le parent psychologique est un élément essentiel de l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant et elle a invoqué un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada rendues sur ce point. Peu après cette décision, le juge d'appel Bastarache (tel était alors son titre), au nom de notre Cour, a affirmé que la juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Gordon*, avait conclu que la relation entretenue avec le parent psychologique est « fort probablement “le facteur le plus déterminant quant au bien-être à long terme de l'enfant” » (*G.H. c. J.L.* (1996), 177 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 184, [1996] A.N.-B. n° 293 (QL), au par. 18).

[...]

D'autres tribunaux d'appel ont exprimé divers points de vue sur le défaut particulier d'effectuer l'analyse afférente

au « parent psychologique ». Par exemple, dans *R.J.F. c. C.M.F.*, 2014 ABCA 165, [2014] A.J. No. 509 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le juge du procès n'avait pas évalué certains critères, dont celui du parent psychologique (par. 32); la Cour d'appel de la Saskatchewan a fait des observations en ce sens dans *H.S. c. C.S.*, 2006 SKCA 45, [2006] S.J. No. 247 (QL), au par. 24. Dans *Thurston c. Maystrowich*, 2010 SKCA 113, [2010] S.J. No. 538 (QL), la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que, bien qu'il n'ait pas été conclu explicitement qu'un parent était le parent psychologique, [TRADUCTION] « les diverses conclusions de la juge du procès, prises ensemble, équivalaient presque à tirer une telle conclusion » (par. 11). Cette Cour a ensuite précisé : [TRADUCTION] « une fois qu'il est conclu que les circonstances ont changé, il n'existe aucune présomption, telle que le maintien du statu quo, qui guide le juge » (par. 11); par conséquent, le défaut de reconnaître un parent psychologique ne constitue pas une erreur déterminante.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas traité directement de la question du parent psychologique dans ses motifs; il a toutefois traité directement, quoique brièvement, de l'attachement que les enfants éprouvaient pour leurs deux parents et de la stabilité dont ils éprouvaient le besoin. Eu égard à ces circonstances, et compte tenu tant de la décision de notre Cour dans l'affaire *P.R.H.* que de la démarche adoptée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Thurston*, je suis d'avis que, bien qu'il soit préférable de traiter de front de cette question, le défaut d'en traiter explicitement n'élève pas la norme de contrôle applicable à celle de la décision correcte. [Par. 8, 10 et 11]

[28] De la même façon, dans la présente instance, bien que M. Doucet ait qualifié la mère de parent psychologique, la juge ne s'est pas expressément penchée sur la question dans ses motifs; comme je l'ai indiqué, elle a plutôt conclu que l'enfant avait un attachement et des liens avec ses deux parents. Comme la juge Larlee l'a conclu dans l'arrêt *A.G.*, si la juge avait fondé sa décision uniquement sur le fait que la mère était le parent psychologique, cela aurait constitué une erreur fatale. Dans la présente instance, la juge s'est dûment livrée à une évaluation contextuelle des critères pertinents.

[29]               Aucun critère ne l'emporte sur un autre. Le parent psychologique, et l'attachement et les liens qu'un enfant a noués avec son pourvoyeur principal de soins ne sont qu'une considération dont le poids doit être établi en fonction du contexte. À titre d'exemple, dans des affaires dans lesquelles des accusations de violence envers un enfant sont portées contre le parent psychologique, il serait assurément incorrect et déraisonnable d'affirmer que le *statu quo* devrait être maintenu pour cette seule raison. Le paradigme de l'intérêt supérieur de l'enfant tient compte d'une série de facteurs que le juge doit soupeser et équilibrer dans le but de placer l'enfant dans la meilleure situation possible pour qu'il devienne un membre bien portant et productif de la société dans laquelle il est en sécurité. Dans la présente instance, l'ordonnance garantit que l'enfant en cause continuera à avoir une relation significative avec les deux parents, comme l'a conclu la juge.

[30]               La mère attire notre attention sur certains passages des motifs dans lesquels elle affirme que la juge a commis des erreurs de fait. On peut les résumer comme suit :

- a)   par. 87 – la juge a affirmé que le père avait un emploi alors qu'il était sans travail au moment de l'audience;
- b)   par. 88 – la juge a conclu que les deux parents maîtrisaient bien la langue française alors qu'il n'existe aucune preuve que c'était le cas;
- c)   par. 126 – la première motion a été entendue en octobre 2013, et non en octobre 2014 comme elle l'a indiqué;
- d)   par. 93 – la juge a conclu que les parties s'étaient séparées en 2014 alors qu'en réalité, leur séparation remonte à 2013;
- e)   par. 98 – la juge a conclu que l'enfant était âgé de cinq ans et demi à la date du procès alors qu'il avait effectivement cinq ans;



- f) par. 21 – la juge s’est trompée au sujet du changement d’emploi du père après la naissance de l’enfant;
- g) par. 22 – il y avait une erreur au sujet de l’accès après la naissance de l’enfant;
- h) par. 31 – l’âge de l’enfant du nouveau conjoint de la mère était inexact;
- i) par. 47 – la juge a commis une erreur en concluant que l’appelante avait accepté de modifier l’accès en 2017 alors que c’était en fait en 2015.

[31] Elle fait également valoir que la juge s’est livrée à des conjectures lorsqu’elle a conclu que l’enfant avait de bonnes relations avec la nouvelle conjointe du père et ses enfants; toutefois, en toute déférence, je ne suis pas d’accord avec cette allégation. La conjointe du père a témoigné que l’enfant aimait leur rendre visite et qu’elle avait aménagé à son intention un centre de jeux dans la maison. Le père et sa conjointe cohabitaient depuis huit mois avant la tenue de l’audience.

[32] La mère affirme qu’il n’existait aucune preuve permettant à la juge de conclure que l’enfant était plus mature que l’on s’y attendrait à son âge (par. 74 des motifs) et elle renvoie au rapport de M. Doucet à cet égard. Cependant, comme je l’ai indiqué, l’enfant était âgé de trois ans lorsque M. Doucet a fait ses observations. La juge a conclu qu’il était beaucoup plus mature qu’à cette époque. Je suis d’accord avec l’assertion de l’appelante selon laquelle un juge ne devrait pas se livrer à des conjectures et que ses conclusions doivent découler d’un fondement de preuve. Dans la présente instance, toutefois, une abondance de preuve permettait à la juge de tirer ses conclusions.

[33] Dans *D.G.*, la juge Quigg se penchait sur l’effet cumulatif allégué des erreurs de fait. Elle a cité l’arrêt *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. n° 348 (C.A.) (QL), dans lequel le juge d’appel Richard (tel était alors son titre) avait réitéré qu’une cour d’appel n’est pas habilitée à juger de nouveau une affaire et ne peut infirmer une conclusion de fait du juge du procès que si celle-ci résulte d’une erreur manifeste et dominante, et qu’elle ne peut par ailleurs modifier une ordonnance discrétionnaire que si celle-ci est

fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve.

[34] Comme la Cour l'a déclaré dans *S.H. c. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 314, après avoir cité l'arrêt *Van de Perre*, 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 du juge saisi de la requête lorsque la décision de ce dernier n'est pas entachée d'une erreur manifeste. En fin de compte, dans l'arrêt *D.G.*, il y avait 19 erreurs de fait alléguées, mais trois seulement ont été retenues comme étant valides; cependant, la juge d'appel Quigg n'a pas convenu que ces erreurs de fait, considérées individuellement ou cumulativement, constituaient une erreur manifeste et dominante.

[35] Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est global et nécessite un examen de toute une série de facteurs. Comme cela a été démontré dans l'affaire *Shaw*, une décision en matière de garde n'est pas limitée par l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*. Il s'agit de décisions discrétionnaires qui ont pour objet de faire en sorte que les enfants aient accès à leurs deux parents autant qu'il est possible, à condition que cela soit dans leur intérêt supérieur. Il ne sera pas facile de contester une décision selon laquelle un enfant devrait partager également son temps entre ses deux parents, si la décision est bien raisonnée et fondée sur une analyse de la preuve. C'est au parent qui veut obtenir l'infirmité de cette décision de démontrer l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

[36] En toute déférence, et comme je l'ai indiqué, la juge a appliqué le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant et élargi son analyse en prenant en considération les critères supplémentaires énoncés dans *Shaw*. Le critère juridique pertinent a donc été appliqué. À mon avis, la juge a tiré ses conclusions après avoir soigneusement examiné la preuve pertinente. Elle était sensible aux préoccupations exprimées par la mère; elle a cependant tiré des conclusions définitives. Il est possible que des erreurs de dates et des erreurs mineures au sujet de certains faits aient été commises, mais, à moins que l'appelante ne soulève une erreur manifeste et tellement dominante qu'elle justifie l'infirmité de la décision rendue par la juge, cette décision commande la déférence. Les

erreurs mineures qui ne vont pas au cœur même de la décision sont sans conséquence. L'appelante ne m'a pas convaincue que la juge avait commis une erreur manifeste et dominante ou avait mal interprété les faits au point de vicier la décision. Je suis donc d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *La suffisance des motifs*

[37] Dans l'arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, la Cour suprême énonce les lignes directrices qui doivent être suivies lorsqu'un tribunal rend une décision. Au paragraphe 98, le juge Rothstein cite l'arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, et le juge Binnie dans *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, qui écrit que la nécessité de donner des motifs suffisants est fondée sur l'obligation de justifier et d'expliquer le résultat, d'indiquer à la partie qui n'a pas eu gain de cause pourquoi elle a perdu, de permettre un examen éclairé des moyens d'appel et de convaincre le public que justice a été rendue.

[38] La mère fait valoir que les motifs donnés étaient insuffisants pour justifier le résultat, ce qui ne permettait donc pas un examen valable. Ces assertions doivent être examinées dans leur contexte. Le juge du procès n'est pas tenu de régurgiter les faits dans les moindres détails. L'appelante doit démontrer que le juge n'a fait aucun cas d'importants éléments de preuve, ou encore que ses motifs sont tellement squelettiques qu'il n'est pas possible de déterminer quel est le fondement de la décision qu'elle a rendue.

[39] Les principes susmentionnés ont été adoptés par notre Cour (voir *T.L. c. A.C.*, 2013 NBCA 24, 402 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 373). En résumé, les parties ont le droit de savoir pourquoi le juge est parvenu à sa conclusion. Dans l'arrêt *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 388, la juge d'appel Larlee a réitéré ce qu'elle avait écrit dans *P.R.H.* :

[...] Les règles de droit relatives à l'insuffisance des motifs dans une décision de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine ont été examinées dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.* :

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

Dans l'arrêt *Young c. Young* (2003), 63 O.R. (3d) 112 (C.A.), [2003] O.J. No. 67 (QL), le juge d'appel Laskin a fait une mise en garde contre le prononcé de motifs en forme de conclusions dans les affaires ressortissant au droit de la famille. Il a statué que les trois raisons principales militent en faveur de la motivation des décisions qui sont mentionnées dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, [2002] A.C.S. n° 30 (QL), 2002 CSC 26, s'appliquaient aussi en matière de droit de la famille. Ces trois raisons principales sont (1) la confiance du public dans l'administration de la justice, (2) l'importance d'informer la partie perdante des raisons pour lesquelles elle n'a pas eu gain de cause et (3) la nécessité de permettre à cette partie d'exercer valablement son droit d'appel.

Notre Cour d'appel a elle aussi réaffirmé l'importance de motifs qui soient suffisants dans les arrêts *A.M.K.H. c. K.A.M.* (2003), 259 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 291, [2003] A.N.-B. n<sup>o</sup> 171 (QL), 2003 NBCA 33 et *Blanchard c. Légère*, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 2 (QL), 2009 NBCA 2. Voir aussi l'arrêt *Petrowski c. Waskul* (2003), 173 Man. R. (2d) 237, [2003] M.J. No. 151 (QL), 2003 MBCA 65, au par. 13.

Dans l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] A.C.S. n<sup>o</sup> 34 (QL), 2008 CSC 34, la Cour a insisté sur le fait que les parties ont le droit de savoir pourquoi le juge en est arrivé à sa décision et que les motifs donnés doivent être suffisants pour permettre une révision en appel. Toutefois, le tribunal d'appel n'est pas habilité à intervenir simplement parce qu'il estime que le tribunal de première instance s'est mal exprimé. La Cour a statué que les motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige. Les questions en litige doivent être examinées et tranchées et le fondement de la décision doit être clair.

La décision la plus récente de la Cour suprême concernant la question des motifs de jugement suffisants est l'arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, [2008] A.C.S. n<sup>o</sup> 52 (QL), 2008 CSC 51, dans lequel la juge McLachlin, juge en chef du Canada, préconise une démarche fonctionnelle et contextuelle pour l'appréciation du caractère suffisant des motifs. Le tribunal d'appel qui examine les motifs pour déterminer s'ils sont suffisants doit les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès, en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs. Les motifs ont pour fonction de dire aux parties visées pourquoi la décision a été prise, de rendre compte devant le public et de permettre un examen efficace en appel. Les motifs doivent indiquer le raisonnement que le juge a suivi à partir de la preuve pour en arriver aux conclusions factuelles puis aux conclusions de droit. Notre Cour a suivi cette démarche dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (ministre des Services familiaux et*

*communautaires) c. T.L.M. (tutrice d'instance de), [2009] A.N.-B. n° 19 (QL), 2009 NBCA 8, où le juge d'appel Richard examine la question des principes régissant le caractère suffisant ou non des motifs qui sont applicables en matière de protection de l'enfance. [Par. 10-13]*

[Par. 4]

[Souligné dans l'original.]

[40] Un appel fondé sur l'insuffisance des motifs sera accueilli s'il n'existe aucune trace visible permettant un examen valable en appel. Comme je l'ai fait observer, dans la présente instance, la juge a soigneusement passé la preuve en revue. Il s'agissait d'une analyse complète qui traitait des antécédents des relations entre les parents, relatait l'historique du litige, passait la preuve en revue en tirant des conclusions de fait pertinentes et arrivait à des conclusions fondées sur cette preuve.

[41] Comme je l'ai indiqué, il n'est pas nécessaire que le juge revienne sur chaque élément de preuve, aussi infime soit-il. En l'espèce, les motifs révèlent que la juge a examiné la preuve de façon globale et tiré de cette preuve des conclusions qui étayaient sa décision. Selon moi, dans la présente instance, les motifs étaient suffisants pour appuyer la conclusion, et je rejetterais donc ce moyen d'appel.

### C. *Le rapport du psychologue*

[42] Comme je l'ai mentionné, la mère allègue que la juge a commis une erreur fatale en omettant de prendre en considération la conclusion de M. Doucet selon laquelle elle est le parent psychologique; par ailleurs, aux par. 77c) et 84 de ses motifs, elle aurait omis de tenir compte de la stabilité émotionnelle de l'enfant et de l'incidence qu'aurait sur lui toute modification de la garde. M. Doucet a en effet observé que depuis la naissance de l'enfant, la mère en est le parent psychologique. Il a précisé que l'enfant était né prématurément, avait nécessité des soins médicaux et avait éprouvé des difficultés chaque fois qu'il devait changer de foyer. Elle soutient que la juge a ignoré ces conclusions définitives.

[43] Le rapport de M. Doucet était daté du 10 mai 2016 alors que l'enfant était âgé de trois ans, comme je l'ai dit plus haut. Il a certes recommandé le maintien du *statu quo*, mais il a également fait les observations suivantes :

- i) les deux parents ont la capacité de répondre aux besoins de l'enfant;
- ii) le stress associé aux changements de l'accès diminuera à mesure que l'enfant gagnera en maturité;
- iii) compte tenu de l'évolution du développement de l'enfant, lorsqu'un an ou deux se seront écoulés depuis la rédaction du rapport, il le modifiera pour accorder un plus grand accès au père.

[44] La juge a repris ces recommandations aux par. 72 à 74 de ses motifs. À mon avis, la considération la plus importante était le fait que le rapport avait été rédigé plus de deux ans plus tôt et qu'il existait des preuves que la situation personnelle des deux parents avait considérablement changé depuis lors, comme l'avait noté la juge. L'enfant était plus vieux et l'accès auprès de l'enfant avait régulièrement augmenté depuis 2016.

[45] Nous savons que le fait de s'en tenir uniquement aux recommandations d'un pédopsychologue lorsqu'un tribunal rend une ordonnance relative à la garde et à l'accès constitue une erreur (voir *P.R.H.*, motifs de la juge d'appel Larlee, aux par. 15 et 16). Cela constitue une erreur de droit. Dans la présente instance, il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour que la juge ait compétence pour exercer son pouvoir judiciaire discrétionnaire indépendant et accorder le poids voulu au rapport de M. Doucet. Selon moi, ce moyen d'appel est dénué de fondement et je suis d'avis de le rejeter.

#### D. *Les dépens*

[46] Comme je l'ai indiqué, la juge a accordé des dépens de 6 000 \$ au père. La mère affirme que la juge n'a pas pris en considération le fait qu'elle avait elle aussi

engagé des dépenses et que les demandes de garde partagée formulées par le père en 2013 et 2014 étaient déraisonnables. Elle avance qu'elle a été obligée de déposer une motion en 2018 pour pouvoir aller au Mexique avec l'enfant parce que le père ne voulait pas lui en donner l'autorisation et refusait de communiquer avec elle.

[47] Elle fait valoir que son comportement n'avait rien de répréhensible ou de vexatoire pour justifier une telle ordonnance. À l'appui de son argumentation, elle cite l'arrêt *Rademaker c. Rademaker*, 2002 NBCA 47, 251 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 177, motifs de la juge d'appel Larlee. Dans cette affaire, la Cour avait conclu qu'une adjudication des dépens sous le régime de la règle 59 [TRADUCTION] « n'est généralement pas appropriée »; toutefois, l'application du tarif prévu à la règle 59 pouvait se justifier dans les cas où un partage des biens matrimoniaux était ordonné et pouvait être quantifié.

[48] L'adjudication d'un montant global de dépens est discrétionnaire (règle 59.01). Dans la présente instance, le procès a duré neuf jours et plusieurs témoins, dont le psychologue, ont été appelés à la barre. La juge devait statuer sur un certain nombre de questions, dont la garde qui était la plus importante. Elle consacre quatre paragraphes de sa décision à justifier l'adjudication de dépens de 6 000 \$ plus les débours et la TVH, paragraphes dans lesquels elle fait l'historique des différentes comparutions et ordonnances judiciaires provisoires entre l'année 2014 et la date de sa décision. Dans ces comparutions, il était prévu que les dépens suivaient l'issue de la cause. La juge a conclu que des deux parties, c'était le père qui avait obtenu le plus de succès.

[49] Il s'agissait d'une décision discrétionnaire fondée sur les faits et les circonstances de l'affaire en cause. Elle était raisonnable compte tenu non seulement du nombre de jours qu'a duré le procès, mais également de la quantité de motions provisoires dans lesquelles il était prévu que les dépens suivaient l'issue de la cause. Je ne modifierais pas cette décision et je rejetterais ce moyen d'appel.



VI. Dispositif

[50] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens de 2 500 \$.

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] The mother appeals a decision of the Court of Queen’s Bench, made under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2<sup>nd</sup> Supp.). She asserts the judge erred when she made a shared custody order with respect to their child, contrary to the opinion of a psychologist who testified that a shared custody order was not in the best interests of the child, and also erred in assessing costs against the mother in the amount of \$6,000. She contends the judge made errors in her findings of fact which were palpable and overriding.

II. Background

A. *History of access problems*

[2] These parents were married on October 10, 2009. They separated on June 14, 2013. Their child was five years old at the time the divorce judgment issued in August 2018. The judge granted the divorce on the grounds of irreconcilable differences under s. 8(1) of the *Act*. She spent a considerable period of time carefully chronicling the history of the relationship of the parents both before and after the separation.

[3] Readily apparent is the fact that both parents have consistently been involved in the life of their child, starting from his birth, and there is no question that both parents have a strong bond and attachment with him.

[4] The judge identified the amount of time each parent spent with their son following his birth, and she quickly zeroed in on the problems the father had obtaining regular access. She writes:

[TRANSLATION TO ENGLISH]

Mr. T. often requested more time with the child, but Ms. T. refused. In September 2013, Mr. T.'s counsel filed a first motion. X was five months old. [...] [para. 24]

[5] The history of problems between the parents thereafter was the focus of the judge's attention for several paragraphs in the decision and, in my view, they bear reviewing, as it is clear the battleground over custody was set early on in this child's life.

[6] As background to her analysis, the judge made significant findings which, in my view, animated her ultimate decision. They include the following:

[TRANSLATION TO ENGLISH]

- a) [...] Mr. T. was quite capable of taking care of the child (para. 27);
- b) When Mr. T.'s counsel asked on cross-examination what Mr. T.'s shortcomings were in terms of his parenting skills, Ms. T. had no answer to the question (para. 30);
- a) In March 2014, the mother returned to work following maternity leave. The child attended daycare during the week from Monday to Friday from 8:30 a.m. to 4:30 p.m.; however, the mother restricted the father's visits to four to six hours every second weekend (para. 32);
- b) In the spring of 2014, the mother visited Ottawa for a weekend, leaving the child with a friend rather than allowing the father to care for him in her absence (para. 33);
- c) There were problems arranging alternate access to the father on Mother's Day 2014 (para. 34);

- d) In January 2015, the father wanted to change the access due to a snow storm, and the mother refused (para. 37);
- e) In April 2015, the weekend the father moved to Dieppe, his request to change one day of access was refused (para. 38);
- f) The father asked for permission to deliver the child to daycare between 9:00-9:30 in the morning instead of 8:00-8:30 a.m. He was refused; however, the court order was later amended granting him an extension to 10:00 a.m. (para. 40);
- g) Both parents have re-partnered and this child has a relationship with the new partners' children (paras. 31, 55);
- h) The parents live five minutes away from each other and the elementary school is close to both residences (para. 42);
- i) During the summer vacation in 2016, the parents each spent one full week with the child. When the father asked for a second week, he was refused (para. 45);
- j) In June 2017, the father asked to change the Friday access to Sunday night due to a work commitment. He was refused (para. 47);
- k) On some occasions, the father asked for additional time to accommodate for driving the child to and from the residence of his family, a four to five hour drive from Dieppe, and he was refused (para. 48);
- l) During March break in 2015, the daycare was closed. The father requested more time with the child because he was on vacation. He was refused. In March 2016, the parents agreed to share March break (para. 51);

- m) During Easter vacation in 2015, the father requested access from Sunday noon until Monday at 4:00 p.m. He was refused. In 2016, the child celebrated the Easter weekend with the father. In 2017, he was denied access. In 2018, he had the child from Good Friday until Monday (para. 52);
- n) On occasion the child was returned five to ten minutes late, and the mother complained (para. 60).

B. *Interim Court Orders*

[7] There had been several interim court orders prior to the hearing as follows:

- i. An interim order effective October 28, 2013, granted the father two visits of two hours each on Saturday and Sunday of every week. The terms of access were to be renegotiated in April 2014. By consent, his access was extended to four hours consecutive every second weekend. In May 2014, his access was expanded to six hours. In July and August 2014, the father was granted one visit of 24 hours duration, once per month. The father's visits were limited to the Dieppe area, in spite of the fact he lived in Fredericton at the time;
- ii. An interim order, effective September 24, 2014, granted the father access every second weekend commencing September 27, from 8:00 a.m. Saturday to 4:00 p.m. and on Sunday from 8:00 a.m. to 4:00 p.m. Commencing November 8, 2014, access was from 8:00 a.m. Saturday to Sunday at 4:00 p.m., and in January 2015, access was changed from 8:00 a.m. Saturday to 4:00 p.m. Sunday every alternate weekend. Starting April 2015, the visits occurred every alternate Friday from 4:00 p.m. to Sunday at 4:00 p.m.;

- iii. By consent, in April 2015, because both parents were living in Dieppe, access was expanded again to include one extra night on Thursday every second week. Later that month, one extra overnight was added on Tuesdays until 8:00 a.m. on Wednesdays. In addition, access every second weekend was expanded from Friday at 4:00 p.m. until Sunday at 4:00 p.m.;
- iv. By court order, dated January 2016, following a settlement conference, Christmas access was resolved;
- v. The mother filed an emergency motion in August 2016 when the child was returned one day late. Her request for abridgement was refused; however, when the motion was finally heard, the father's access was increased from 4:00 p.m. to 5:00 p.m. on Sundays and overnight mid-week access was extended from 8:30 a.m. to 10:00 a.m. the following day, as noted;
- vi. A further interim order was granted December 29, 2016, in which the access and visitation arrangements were expanded;
- vii. The mother filed a motion seeking an order permitting her to take the child to Mexico for vacation and requiring that the father sign the passport application. The matter was resolved prior to the hearing date by consent order.

[8] The interim proceedings set the stage for the nine-day hearing which followed.

C. *Difficulties with transition*

[9] Both parents acknowledge the child often experiences difficulties with the transition between households, specifically on Sunday evenings. The judge accepted the child would often cry and did not want to leave his father's care; however, when he

arrived at his mother's home, there were also problems. There was evidence this child often has difficulty sleeping and eating when he knows he is changing houses, although the father's partner testified that starting February 2018, he seemed calmer and more relaxed during the transitions.

D. *The psychological report*

[10] Robert Doucet was qualified as an expert in psychological evaluations and parental capacity assessments. When he completed his evaluation in May 2016, the child had just turned three years old. The judge reviewed the evaluation, carefully inserting extracts from it in her reasons. Mr. Doucet concluded the child was experiencing difficulties with transition, and he did not recommend a shared custody arrangement at that time.

[11] The judge observed that at the time of the evaluation, Mr. Doucet thought the child was not emotionally mature enough to incorporate overnight visits with his father and he opined the *status quo* should be maintained. He acknowledged that with maturity, the problems with the exchange between households would diminish. It was his opinion the child would react more positively to the transition in one or two years, and he would recommend increased access to the father at that time. By the time of the hearing in June and July 2018, those two years had passed.

[12] Following an analysis concerning custody, which included a review of the best interests of the child, including the factors set out in s. 1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, and in consideration of the additional factors iterated by Graser J. in *Shaw v. Shaw* (1997), 189 N.B.R. (2d) 84, [1997] N.B.J. No. 211 (Q.B.) (QL), the judge granted a shared custody order in which the physical care of the child rotates every three days. She concluded the child was more mature in 2018 than when he was evaluated in 2016.

[13] The judge's detailed analysis spans paras. 76 to 113 of the reasons and it includes twenty-five findings of fact.

### III. Grounds of Appeal

[14] The mother argues the judge:

- a) committed an error of law and fact in her interpretation of the evidence that affected her conclusion;
- b) committed an error of law when she provided inadequate reasons for her decision and speculated without having proof;
- c) committed an error in law by not giving the appropriate weight to the opinion of the psychologist;
- d) did not provide significant enough reasons to allow for meaningful appellate review;
- e) committed an error in mixed fact and law when she awarded costs of \$6,000 without justification.

### IV. Standard of Review

[15] Recently, Quigg J.A., writing for the Court, reiterated the standard of review applicable in cases involving child custody and access in *D.G. v. M.G.*, 2019 NBCA 69, [2019] N.B.J. No. 281 (QL), at paras. 4-5.

[16] Errors of law are reviewed on the standard of correctness. Obviously, should the appellant persuade the Court the judge misapplied the law, or misinterpreted it, appellate correction will result (*M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 N.B.R. (2d) 313). The mother advances three grounds of appeal in which errors of law are asserted.



The latter two grounds are issues reviewable on the basis of mixed fact and law which attract more of a deferential standard, unless palpable and overriding errors are identified.

[17] In summary, the scope of appellate review is narrow. See *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL), per L’Heureux-Dubé J., at para. 10: “Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed” (see also *D.G.*, at para. 5).

V. Analysis

A. *The judge misinterpreted the evidence*

[18] In her brief, the appellant argues the judge failed to properly conduct an analysis in the following critical areas:

- a) The needs of the child;
- b) The lack of communication between the parents;
- c) The increase in access;
- d) The decision-making authority.

[19] She specifically takes issue with paras. 80-82 of the reasons in which the judge concludes that both parents are capable of responding to the mental and physical needs of the child. This relates to the fact the child required medical intervention following his premature birth; however, by the time of the hearing, medical professionals had advised he did not have health issues. There was a suggestion, however, that he might require the services of a psychologist in the future.

[20] The judge specifically found that both parents were able to meet the needs of this child at this time. The mother disagrees with this conclusion, asserting there was evidence during the trial the father may have made unreasonable demands and may not

have respected the child's routine, and that he regularly requested changes to his access at the last minute. She submits the father refused to accept the recommendation of the psychologist that the *status quo* be maintained.

[21] The mother refers to *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, as authority for her argument on this point. The question in *Van de Perre* was whether the judge ignored key evidence which, had it been properly addressed, would have changed the decision. Bastarache J. writes:

In preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of these factors in light of the evidence adduced at trial; however, this is not to say that he or she is obligated to discuss every piece of evidence in detail, or at all, when explaining his or her reasons for awarding custody to one person over another. This would indeed be an unreasonable requirement at the end of a 26-day trial. Because of this, trial judges might sometimes appear to stress one factor over another and, in fact, it may be said that this is inevitable in custody cases which are heavily dependant on the particular factual circumstances at issue. This situation does not open the door to a redetermination of the facts by the Court of Appeal.

[para. 10]

[22] The mother complains the judge downplayed the fact their communication is in writing, and therefore, they do not have a good level of communication, which would be needed in a shared custody arrangement. She asserts this is not in the best interests of the child. The level of hostility between the parents, she states, was overlooked by the judge. She argues the judge ignored the fact that, because of the lack of oral communication between them, the anxiety level of the mother is raised about the child's visits with his father. She submits their inability to make major decisions together in the best interests of the child was not considered. She relies on *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147, in support, where Quigg J.A. concluded that if a judge does not apply the proper criteria when making a custody order, his or her decision will be reviewable as a question of law.

[23] In *J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL), this Court concluded the inability to communicate was but one factor to be considered as part of the best interests of the child analysis. If in addition to the lack of effective communication, it is clear the parents are not able to cooperate in any meaningful way, and there is evidence their failure to do so negatively affects the children, a shared custody arrangement may not be appropriate (para. 20). In this case, the judge found that the parents were able to communicate through technology, and this was working for them, despite the mother's concerns. The judge considered that the text messages, emails and the communication book were adequate, despite finding that written communication had diminished since 2013. But when the evidence was reviewed in its entirety, the judge did not find the child's best interests were negatively affected by the parents' inability to verbally communicate.

[24] In *D.G.*, the issue of the lack of communication between parents was discussed by Quigg, J.A. She writes:

To say that the trial judge denied the request for shared custody based solely on communication issues would be to underemphasize the other issues he took into consideration. Communication was just one of the considerations, albeit a significant one. The judge found the "most significant issue" between the parties related to the Auditory Brainstem Response procedure to be performed upon the younger child. This auditory test was recommended by two experts who testified at trial, yet the father refused to consent. The trial judge found that "[t]he example of this protracted battle over what the two experts identify as a valuable procedure with minimal risk or downside makes it clear that these two parents are not capable of working together in the best interests of their two children" (para. 171). [para. 9]

[25] Quigg J.A. concluded that the judge had also considered the many incidents of obstructionist and hostile behaviour of the father which militated against a shared custody order. As this Court stated in *J.H.*:

In child custody cases where it is clear the parents are not able to effectively communicate with each other, the pivotal factor, in my opinion, is whether the court is satisfied sufficient safeguards are in place so as to insulate the children from the parental conflict. Such has not been the case in these proceedings as the application judge observed. The parents were given the opportunity to share the custodial care of their children over a period of approximately seventeen months, and as stated in paras. 15 and 18 of these reasons, they were not able to insulate their children from their conflict. On balance, the application judge made an assessment of credibility, finding the mother more credible than the father, and he made a judgment call which was his to make. This was not a case where the parents could share the major decisions that affect their children. [...] [para. 33]

[26] In *L.R.R. v. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] N.B.J. No. 2 (QL), Larlee J.A., writing for the Court, stated that joint custody requires a degree of cooperation between the parents. She concluded that courts will order joint custody, even in high conflict cases, when they are satisfied it is in the best interests of the child; however, it will not be appropriate when the communication is detrimental to the well-being of a child (para. 11).

[27] I turn now to the argument concerning the psychological parent. In *A.G. v. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] N.B.J. No. 209 (QL), the mother appealed the decision of a judge in which sole custody of the children was awarded to the father. She argued the judge erred in failing to consider that the mother had been the psychological parent and that he speculated, without evidence, concerning her ability to care for the children. In addressing the mother's argument, Larlee J.A. writes:

The appellant asserts the trial judge erred in failing to consider the mother has been the emotional and psychological parent of the children. The consideration of the "psychological parent" has been addressed by the courts numerous times. In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), L'Heureux-Dubé J., in her concurring reasons, affirmed the relationship with the psychological parent as an element to be addressed in

considering the child's best interests, pointing to a number of Supreme Court of Canada cases on the matter. Soon after that decision, Bastarache J.A. (as he then was), writing for this Court, asserted that L'Heureux-Dubé J. in *Gordon* found the relationship with the psychological parent to be "probably the determining factor in the child's welfare on the long term" (*G.H. v. J.L.* (1996), 177 N.B.R. (2d) 184, [1996] N.B.J. No. 293 (QL) at para. 18).

[...]

Other courts of appeal have dealt with the specific exclusion of the "psychological parent" analysis in varying ways. For instance, in *R.J.F. v. C.M.F.*, 2014 ABCA 165, [2014] A.J. No. 509 (QL), the Alberta Court of Appeal found the trial judge had failed to assess certain criteria, including the psychological parent (para. 32); similar comments were made by the Saskatchewan Court of Appeal in *H.S. v. C.S.*, 2006 SKCA 45, [2006] S.J. No. 247 (QL), at para. 24. In *Thurston v. Maystrowich*, 2010 SKCA 113, [2010] S.J. No. 538 (QL), the Saskatchewan Court of Appeal found that, although no explicit finding of a psychological parent was made, "the combination of the trial judge's various findings virtually amount to that" (para. 11). The Court then went on to elaborate "once a change of circumstance is found, there is no presumptive rule to guide the judge such as maintenance of the status quo" (para. 11), and thus a failure to determine psychological parent is not fatal.

In this case, the issue of the psychological parent was not addressed directly in the trial judge's reasons; he did, however, directly address the attachment the children had to both of their parents and their sense of continuity, albeit briefly. In these circumstances, and given both this Court's decision in *P.R.H.*, and the approach of the Saskatchewan Court of Appeal in *Thurston*, I am of the view that, although it is preferable to address this issue head on, the failure to address it explicitly does not raise the standard of review to one of correctness. [paras. 8, 10-11]

[28]

Similarly, in this case, although Mr. Doucet characterized the mother as the psychological parent, the judge did not specifically address this in her reasons; rather, as noted, she found the child was bonded and attached to both parents. As Larlee J.A.

concluded in *A.G.*, had the judge based her decision solely on the fact the mother was the psychological parent, this would have been a fatal error. The judge, in this case, did a proper, contextual assessment of the relevant criteria.

[29] No one criterion takes precedence over another. The psychological parent, and the bond and attachment a child has with his or her primary caregiver is but one consideration, to be weighed in context. As an example, in cases where there are allegations of child abuse against the psychological parent, surely it would be incorrect and unreasonable to say that the *status quo* should remain for that reason alone. The best interests of the child paradigm takes a variety of factors into consideration, to be weighed and balanced by a judge with the view of placing a child in the best position possible to become a healthy, secure and productive member of society. In this case, the order ensures that this child will continue to have a meaningful relationship with both parents, as found by the judge.

[30] The mother draws our attention to areas in the reasons where she asserts the judge made errors of fact. They are summarized as follows:

- a) Para. 87 – the judge stated the father was employed; however, he was unemployed at the time of the hearing;
- b) Para. 88 – the judge found that both parents were competent in the French language; however, there was no evidence this was the case;
- c) Para. 126 – the first motion was heard October 2013, not October 2014 as found;
- d) Para. 93 – the judge found the parties separated in 2014, when in fact, they separated in 2013;

- e) Para. 98 – the judge found the child was five- and one-half years of age on the date of the trial, when he was, in fact, five;
- f) Para. 21 – the judge incorrectly characterized the father’s change in employment following the child’s birth;
- g) Para. 22 – access following the child’s birth was mischaracterized;
- h) Para. 31 – the age of the mother’s partner’s child was wrong;
- i) Para. 47 – the judge erred when she found the appellant agreed to change access in 2017, when, in fact, it was in 2015.

[31] She also argues the judge speculated when she found the child had a good relationship with the father’s partner and her children; however, I respectfully disagree. The father’s partner testified the child enjoyed his visits and that she had created a play centre for him in the home. The father and his partner had resided together for eight months prior to the hearing.

[32] The mother states there was no evidence to support the judge’s conclusion the child was more mature than his age (para. 74 of the reasons) and refers to the report of Mr. Doucet on this point. However, as noted, when Mr. Doucet made his observations, the child was three years old. The judge found there was evidence that he had since matured. I agree with the appellant’s contention that a judge should not speculate, and that conclusory findings must flow from an evidentiary foundation. In this case, however, there was an abundance of evidence from which the judge could make her findings.

[33] In *D.G.*, Quigg J.A. dealt with the issue concerning alleged cumulative errors of fact. She referred to *Lang v. Lang*, [2007] N.B.J. No. 348 (C.A.) (QL), where Richard J.A. (as he then was) reiterated that a Court of Appeal cannot retry a case and may only overturn a trial judge’s findings of fact if they are the result of palpable and overriding error, and may only interfere with a discretionary order if it is founded upon

an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence.

[34] As stated in *S.H. v. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 N.B.R. (2d) 314, citing *Van de Perre*, 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 in the absence of manifest error. Ultimately, in *D.G.*, although there were 19 alleged errors of fact, only three were conceded to be valid; however, Quigg J.A. did not agree that these, individually or cumulatively, resulted in palpable and overriding error.

[35] The best interests of the child test is holistic and invites consideration of a whole range of factors. As was shown in *Shaw*, a custody decision is not limited by s. 1 of the *Family Services Act*. These decisions are discretionary and carry with them the mandate to ensure that children have as much access as they can to both parents, provided it is in their best interests. A determination that a child should share his or her time equally with both parents, provided it is well reasoned and based on a review of the evidence, will not be easy to challenge. The onus is on the parent who seeks to overturn it to establish palpable and overriding error.

[36] With respect, and as noted, the judge applied the best interests of the child test and expanded her analysis to include the additional criteria set out in *Shaw*. The proper legal test was therefore applied. In my view, the judge drew her conclusions following a careful review of pertinent evidence. She was alive to the concerns expressed by the mother; however, she made conclusory findings. There may have been errors in dates and minor errors in some of the facts, but, unless the appellant can point to an error that was palpable and so overriding the decision cannot stand, the judge's decision is entitled to deference. Minor errors that do not go to the heart of the decision are of no consequence. The appellant has failed to persuade me the judge committed a palpable and overriding error or misapprehended the facts so as to taint the decision. Therefore, I would dismiss this ground of appeal.



B. *Sufficiency of reasons*

[37] In *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, the Supreme Court set out the guidelines to be followed when rendering a decision. At para. 98, Rothstein J. cites *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, and Binnie J. in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, who writes that the duty to give adequate reasons is based on the imperative to justify and to explain the result, to tell the losing party why he or she lost, to provide for informed consideration of the grounds of appeal and to satisfy the public that justice has been done.

[38] The mother submits there were insufficient reasons given to support the result, therefore, precluding meaningful review. These assertions must be viewed in context. A trial judge is not obliged to minutely regurgitate every fact. An appellant must show that the judge ignored material evidence, or that the reasons are so skeletal, it is not possible to discern on what basis the judge reached his or her decision.

[39] The above principles have been adopted by the Court (see *T.L. v. A.C.*, 2013 NBCA 24, 402 N.B.R. (2d) 373). Simply put, the parties are entitled to know why the judge reached his or her conclusion. In *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, Larlee J.A. reiterated what she wrote in *P.R.H.*:

[...] The law with respect to the sufficiency of reasons in a decision from the Family Division of the Court of Queen's Bench is examined in *P.R.H. v. M.E.L.*:

In *Van de Perre*, Bastarache J. noted that in preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of the factors outlined in *Gordon v. Goertz*. However, he went on to state it would be unreasonable to require a judge to discuss every piece of evidence when explaining his or her reasons. Thus, while a trial judge is not compelled by *Van de Perre* to discuss each of the factors enumerated in *Gordon v. Goertz* when evaluating the best interests of the child in a custody or mobility case, it nevertheless remains prudent to

refer to the relevant criteria. In *Karpodinis v. Kantas* (2006) 227 B.C.A.C. 192, [2006] B.C.J. No. 1209 (QL), 2006 BCCA 272 at para. 26, the Court observed that mobility cases vary infinitely in their fact patterns and no case can provide a complete template for another. Furthermore, in custody cases, wherein the governing consideration is the best interests of the child, the judicial inquiry is heavily fact-dependent and the decision is ultimately discretionary, the scope of appellate review is strictly limited. An appellate court will only interfere if the trial judge acted on some wrong principle or significantly misapprehended the evidence.

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

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

the substance of what was in issue. The live issues of the case must be dealt with, and the basis for the ruling must be clear.

The Supreme Court's most recent pronouncement concerning the issue of adequate reasons for judgment is found in the decision of *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, [2008] S.C.J. No. 52 (QL), 2008 SCC 51, in which McLachlin C.J.C. advocates a functional context-specific approach to the consideration of adequacy of reasons. Courts of Appeal which are considering the sufficiency of reasons should read them as a whole, in the context of the evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered. The function of the reasons is to tell the affected parties why the decision was made, to provide public accountability and to permit effective appellate review. The reasons need to show the path the judge followed from the evidence to the factual findings to the legal conclusions. This approach was followed by this Court in *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. T.L.M. (Litigation guardian of)*, [2009] N.B.J. No. 19 (QL), 2009 NBCA 8, in which Richard J.A. discusses the question of sufficiency of reasons to be applied in child protection matters.

[paras. 10-13]

[para. 4]

[Emphasis in original.]

[40] An appeal based on the insufficiency of reasons will succeed if there is no discernable path which permits for meaningful appellate review. As noted, the judge in this case carefully reviewed the evidence. This was a fulsome analysis which dealt with the background of the parents' relationship, tracked the history of the litigation, reviewed the evidence during which cogent findings of fact were made, and drew conclusions based on that evidence.

[41] As stated, it is not necessary for a judge to recite every minute piece of evidence. The reasons in this case reveal the judge considered the evidence in a holistic way and she drew conclusions from that evidence to support her decision. In my view,

the reasons in this case were sufficient to support the conclusion and I would dismiss this ground of appeal.

C. *Psychological Report*

[42] As noted, the mother submits the judge fatally ignored Mr. Doucet's finding that she is the psychological parent and, at paras. 77(c) and 84 of the reasons, the judge failed to consider the emotional stability of the child and the impact a change in custody would have on him. Mr. Doucet observed that since his birth, the mother had been the psychological parent. He reported the child was born prematurely, had required medical care and had experienced problems with the transition between the two households. She argues the judge ignored these key findings.

[43] Mr. Doucet's report was dated May 10, 2016, at a time when the child was three years of age as noted. He recommended the *status quo* be maintained; however, he also observed:

- i) The two parents have the capacity to meet the needs of the child;
- ii) The stress associated with access changes would diminish as the child matured;
- iii) Given the change in development of the child, following one or two years from the date of his report, he would modify the report to grant the father more access.

[44] The judge repeated these recommendations in her reasons at paras. 72 to 74. In my view, the most important consideration was the fact the report was authored more than two years earlier, and there was evidence of significant changes in the personal circumstances of both parents since that time, as were observed by the judge. The child was older, and access had steadily increased since 2016.

[45] We know that it is an error to default to the recommendations of a child psychologist when making custody and access orders (see *P.R.H.*, per Larlee J.A., at paras. 15-16). To do so constitutes an error of law. In this case, there was sufficient evidence from which the judge could competently exercise her independent judicial discretion and place the appropriate weight on the report of Mr. Doucet. In my view there is no merit to this ground of appeal, and I would dismiss it.

D. *Costs*

[46] As observed, the judge ordered \$6,000 in costs to the father. The mother contends the judge did not take into consideration the fact that she too incurred costs and that the father's requests for shared custody in 2013 and 2014 were unreasonable. She submits she was required to file a motion in 2018 to obtain approval to travel with the child to Mexico because he would not grant permission and would not communicate with her.

[47] She argues there was no reprehensible or vexatious conduct on her part to support such an order. In support, she refers to *Rademaker v. Rademaker*, 2002 NBCA 47, 251 N.B.R. (2d) 177, per Larlee J.A. In that case, the Court concluded that cost awards under Rule 59 "may" not be appropriate; however, applying the tariff under Rule 59 would be appropriate in cases where a division of marital property was ordered and could be quantified.

[48] A global award of costs is discretionary (Rule 59.01). In this case, there were nine days of trial, with several witnesses, including the testimony of a psychologist. The judge was required to rule on a number of issues of which custody was predominant. Her justification for ordering \$6,000 in costs plus disbursements and H.S.T. spans four paragraphs in the reasons, in which she recites the various interim appearances and court orders which issued from 2014 to the date of her decision. In those appearances, costs were in the cause. The judge concluded that, of the two parties, the father was more successful.

[49] This was a discretionary decision based on the facts and circumstances of the case. It was reasonable, when one weighs not only the number of days of trial, but also, the number of interim motions where costs were in the cause. I would not disturb it and I would dismiss this ground of appeal.

VI. Disposition

[50] I would dismiss the appeal with costs of \$2,500.