

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

100-20-CA

T.B. APPELLANT T.B. APPELANTE

- and - - et -

R.G. RESPONDENT R.G. INTIMÉ

T.B. v. R.G., 2021 NBCA 8

T.B. c. R.G., 2021 NBCA 8

CORAM:

The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Baird  
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird  
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
December 23, 2020

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 23 décembre 2020

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard and judgment rendered:  
February 23, 2021

Appel entendu et jugement rendu :  
le 23 février 2021

Reasons delivered:  
September 16, 2021

Motifs déposés :  
le 16 septembre 2021

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Jennifer Lynn Hanson

Pour l'appelante :  
Jennifer Lynn Hanson

For the respondent:  
Tianna L. Gerber

Pour l'intimé :  
Tianna L. Gerber

THE COURT

At the conclusion of the hearing, the Court allowed the appeal, set aside the decision of the motion judge, and issued a new order, with reasons to follow. These are the reasons. Costs in the amount of \$2,500 are awarded to the appellant mother.

LA COUR

Au terme de l'audience, la Cour a accueilli l'appel, annulé la décision du juge saisi de la motion, rendu une nouvelle ordonnance et indiqué que des motifs suivraient. Voici ces motifs. Des dépens de 2 500 \$ sont adjugés à la mère appelante.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] Embedded at the heart of family law is the guiding principle that decisions concerning children are to be determined according to the best interests of the child or children involved. The realities of living in a time of pandemic, with all its risks and restrictions, must necessarily inform, but cannot simply displace, that guiding principle. Obviously, judges are obligated to carefully consider and weigh the impact of COVID-19 on issues such as access and parenting time. While acknowledging that reality, we must not allow this to be the only consideration to the exclusion of all others. Without in any way downplaying the seriousness of the public health risks facing our province and the rest of the world, the present appeal reminds us that, in spite of any challenges that may present themselves, including a pandemic, the right of a child to spend quality time with both her or his parents must continue to be a priority for the courts.

[2] This case came before the Court at an early stage in the litigation process.

[3] At the conclusion of the hearing, the Court allowed the appeal, set aside the decision, and issued a new order. The following disposition and directions were delivered from the Bench:

With leave, the mother appeals an interim decision issued by a motion judge, by which he denied the mother's request that she be allowed to exercise access to the parties' three children in Ontario, while awaiting his decision on an interim motion heard September 3, 2020, to determine the issues of custody and access of the children.

The appeal is allowed. The decision is set aside. Reasons will follow.

### Proportionality and Rule 62

Rule 62.21(1) of the *Rules of Court* authorizes the Court to make the decision or order that ought to have been made in first instance: see *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, at para. 11, where the Court relied on the proportionality rule and decided the issue itself instead of remitting it to the Court of Queen's Bench. In this case, the Court has at its disposition the evidence adduced in the Court of Queen's Bench and is therefore able to make the determination that should have been made in the first instance.

### New Order in the Best Interests of the Children

There is no written agreement or order of a court dealing with the custody of the children. However, as per s. 129(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, in such a situation there is a presumption that where a child has more than one parent, the parents jointly have custody of that child. There is nothing on the record that has displaced this presumption. Therefore, we acknowledge that the parties have joint custody of their children, namely, K.M.L.G. (4 years old), R.M.O.G. (3 years old) and C.G.J.G. (almost 1 year old).

Considering the best interests of the children, the following order is issued pursuant to the *Family Services Act*:

**Scheduled extended access.** The children will be in their father's care, except for the following scheduled access when they will be in their mother's care. The mother may exercise this access in New Brunswick or in Ontario at her residence situated at 113 South Bank Drive, Bracebridge, Ontario. The first access period will be from Saturday, March 6, 2021, at 10 a.m., to Saturday, April 3, 2021, at 7 p.m.; then from Saturday, May 29, 2021, at 10 a.m., to Saturday, June 26, 2021, at 7 p.m., and so on, on a 4-week/8-week/4-week/8-week schedule.

**Pandemic restrictions and safeguards.** During the contemplated four-week periods of extended access, the children may travel between New Brunswick to the mother's residence in Bracebridge, Ontario, to the extent such travel is permitted by all federal and provincial health restrictions associated with the

COVID-19 pandemic. At all times during the extended access visit, the mother shall ensure compliance with applicable and prevailing federal, provincial and/or local public health directives and safety protocols relating to COVID-19, including but not limited to isolation, the wearing of masks, social distancing, and hand-washing.

**Travel information to be provided to the father.**

At least 24 hours before the beginning of each extended access visit, the mother shall provide the father with information concerning her plans for transporting the children from New Brunswick to Ontario (including the specific routes to be used) as well as her plans for the children's return trip from her residence in Ontario to the father's residence in New Brunswick at the end of the visit. The children are not to travel outside Canada.

**Return of the children to the father's residence.**

The mother will be responsible for picking up the children at the father's residence at the beginning of the access visits and shall return the children to the father's residence in New Brunswick at or before the end of each scheduled access. In the event the mother cannot exercise any scheduled access visit, or part thereof, with the children, she shall make all reasonable efforts to provide the father with a minimum 48 hours of notice in that regard.

**Transfer of children's belongings:** The children's car seats, Medicare cards, medications, favourite toys and suitable clothing are to be transported with the children.

**Cost of travel:** The mother alone shall be responsible for the costs associated with the children travelling between New Brunswick and Ontario, and the making of all associated travel arrangements.

**Daily electronic/video access:** While the children are in the care of one parent, the other parent is entitled to a minimum of 20 minutes of daily uninterrupted electronic/video access to take place at 6 p.m. local time, based on the children's residence at the time, and will continue for as long as the children are engaged in the conversation with

the other party. The parent who has the physical care of the children will make the contact with the other parent and will ensure the children's needs are met during the call but will not supervise or control the nature of the call.

**Medical information.** Each parent shall immediately inform the other of any medical issues affecting the children that require treatment, including details of the problem, the place where the children are being treated, the name of the physician, and any other pertinent information concerning the medical issue.

**Duration of this Order:** This order will remain in force until the pending decision on the interim motion heard on September 3, 2020, is rendered.

**Variation:** The access provisions of this order can be varied by mutual written consent of the parties. In the event of a material change of circumstances, either party may on motion apply to the Court of Queen's Bench, Family Division, for a variation, in which case that Court will apply the governing legal principles and determine the motion as if this order had been an interim order of the Court of Queen's Bench.

Considering the nature and effect of this decision, we direct, in accordance with s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B 2002, c. O-0.5, that this decision be published in the first instance in English and, thereafter, at the earliest possible time, in French.

[4] As indicated, we advised the parties written reasons would follow. These are the reasons.

II. Factual background and history of legal proceedings

[5] The appellant mother and respondent father have three children who, at the time of the hearing, were aged four years, three years, and one year. The mother also has three children from a previous relationship, who were 15, 14 and 12 years of age. The parties lived in Brampton, Ontario, for the first six years of their relationship. They moved to Oromocto, New Brunswick, in August 2018. While in New Brunswick, the

mother did not work outside the home; she was the caregiver and homemaker while the father was the financial provider.

[6] On March 23, 2020, with the active involvement and support of the Department of Social Development and the RCMP, the mother and the six children boarded a bus and relocated to Ontario, where the mother's family resides. The Department in fact paid the costs associated with the relocation. The father was not advised of the intended move nor informed of the whereabouts of the mother and the children until a few weeks later.

[7] An interim ex parte order issued on March 27, 2020, ordering the children "remain in the Judicial District of Fredericton until further order of the court." By that time, the children were already in Ontario. Due to the travel restrictions from the COVID-19 pandemic, the children were not ordered returned; therefore, they remained in Ontario with their mother pending a hearing.

[8] On August 14, 2020, the father filed a Notice of Motion claiming custody of the children. A motion to determine the issues of interim custody and access was scheduled to be heard on September 3, 2020. An interim interim motion was heard on an abridged basis on August 17, 2020, to deal with the father's request that he be granted, pending the outcome of the September 3, 2020 hearing, access to his children, whom he had not seen in person since their removal from the Province of New Brunswick on March 23, 2020. The Court made an Interim Interim Order granting the father access to the children of the relationship "commencing August 18, 2020 at 5pm." The Order further stated:

The [father] shall travel to the Province of Ontario to pick up the children and will return with them to the Province of New Brunswick. The children shall remain in the care of the [father] until further direction of the court.

The [mother] shall have reasonable telephone and video access with the children while the children are in the care of the [father].

The [mother] shall provide the [father] with the children's car seats, Medicare cards and will provide him with [the infant child's] formula and feeding schedule.

Should the September 3<sup>rd</sup>, 2020 decision of the court direct that the children be returned to the care of their mother in Ontario, the [father] shall facilitate the return of the children from New Brunswick to Ontario forthwith.

[9] The interim motion began on September 3, 2020, but was not concluded. The parties were to return shortly to complete their final submissions; however, the matter was not rescheduled. Therefore, around October 12, 2020, the parties requested the court's permission to file written submissions. Their request was granted, and written submissions were filed on or before October 23, 2020.

[10] The mother asked the father for access to the children in Ontario pending the judge's decision. The mother alleged it was not possible for her to travel to New Brunswick to exercise access to the children, as she stated she did not have a car nor a driver's licence and she has no friends and family, nor any other place in New Brunswick where she could exercise her access. She suggested that members of her family could drive the children to Ontario and then back to New Brunswick.

[11] The father was willing to accommodate and facilitate the children's access to their mother in the Province of New Brunswick but did not agree the children should leave New Brunswick due to health concerns created by the COVID-19 pandemic. He contended the mother did not consider the children's best interests when she unilaterally decided to relocate them to Bracebridge, Ontario, a place situated at a 15-hour car drive away from the family's previous residence.

[12] On December 11, 2020, the mother filed a Notice of Motion seeking access to the children to be exercised in Ontario, pending a decision on the outstanding interim motion heard September 3, 2020. She had not seen the children in person since August 18, 2020. The matter was scheduled for hearing on December 18, 2020. When the documents were returned to the mother, she also found a memo written by the motion judge stating: "Please schedule this for the end of next week. [The mother] should



understand that, pending my decision any access visits will have to be in NB.” The mother served the father with her Notice of Motion, her affidavit and the judge’s memo.

[13] On December 16, 2020, the mother filed a supplemental affidavit. On December 17, 2020, the father filed a responding affidavit. The matter was heard on December 18, 2020. The motion judge rendered an oral decision on December 23, 2020, dismissing the mother’s motion. This is the decision being appealed.

[14] All proceedings in this file were heard by the same judge.

### III. Issues and analysis

#### A. *Grounds of appeal*

[15] The mother submits the motion judge:

1. [...] erred in law by failing to follow the rules of procedural fairness by issuing a Memo dated December 11, 2020, wherein he appeared to make a decision before all of the evidence of the parties had been heard.
2. [...] committed an error of mixed law and fact in determining that it is in the children’s best interest to be prohibited from exercising access with their mother and siblings in Ontario.
3. [...] committed an error of mixed law and fact regarding the implications of the current pandemic on interprovincial access.

#### B. *Standard of review*

[16] The applicable standard of review when it comes to custodial determinations including access rights is set out in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100. Intervention by this Court requires that there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law.

[17] In *J.C.P. v. A.D.P.*, [2018] N.B.J. No. 54 (C.A.) (QL), Richard J.A., as he then was, explained that an interim order for custody and access “will only be reversed on

appeal if it is shown the order is clearly wrong and falls outside the wide ambit of reasonable temporary solutions pending trial” (para. 5). In *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (C.A.) (QL), Richard J.A explained the purpose of an interim order was “to cover a short period of time between the making of the order and trial. By necessity, the order is made on limited evidence: usually by affidavit. It is designed to ‘provide a reasonably acceptable solution to a difficult problem until trial’” (at para. 4, quoting Zuber J.A. in *Sypher v. Sypher*, [1986] O.J. No. 536 (C.A.) (QL)).

[18] In matters of procedural fairness, a deferential standard does not apply. The law requires that the rules of procedural fairness be respected (see *Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Education v. Kennedy et al.*, 2015 NBCA 58, [2015] N.B.J. No. 251 (QL), *per* Drapeau C.J.N.B., as he then was, at para. 14; *Landry v. Attorney General of New Brunswick*, 2020 NBCA 38, [2020] N.B.J. No. 113 (QL), *per* LaVigne J.A., at para. 36).

C. *Procedural fairness, bias and impartiality*

[19] In our view, the first ground of appeal has merit and by itself is sufficient for this Court to intervene. It alleges the motion judge breached the rules of procedural fairness when he issued the memo dated December 11, 2020. The mother contends the memo demonstrates the judge appeared to have decided the case without the benefit of all the evidence and the parties’ submissions. The mother was denied her right to have her additional affidavit considered and to make a meaningful closing submission. Put another way, the mother alleges the motion judge gave the appearance of a closed mind. She submits this conduct meets the high threshold of reasonable apprehension of bias.

[20] The right of all parties to be heard before an independent and impartial judge who considers all relevant evidence and the parties’ arguments is the essence of a fair trial. In *Canadian Union of Public Employees, Local 821 v. Vitalité Health Network (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, 429 N.B.R. (2d) 158, this Court stated: “At common law, natural justice centers on two basic rules: the *audi alteram partem* rule, under which the parties have the right to be heard in order to present their case or their point of view, as the case may be, and the *nemo iudex in sua causa* rule, which recognizes the right of

every party to be treated impartially and without bias [...]” (at para. 39, *per* Drapeau C.J.N.B., as he then was, applied in *Landry v. Attorney General of New Brunswick*, at para. 38).

[21] The onus of demonstrating bias lies with the one alleging it. The law with respect to procedural fairness and reasonable apprehension of bias was examined in *Vautour et al. v. Her Majesty the Queen in right of the Province of New Brunswick et al.*, 2021 NBCA 4, [2021] N.B.J. No. 18 (QL), where this Court stated:

The test for a reasonable apprehension of bias has been broadly accepted as that articulated by de Grandpré J., dissenting, in *Committee for Justice and Liberty*:

[...] “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.” [p. 394]

[...]

The object of the bias test is to ensure not only the reality, but also the appearance of a fair adjudicative process. Judges are required and expected to approach every case with impartiality and an open mind:

Impartiality is “a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome and is open to persuasion by the evidence and submissions”; whereas bias “denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result”: *S. (R.D.)*, at paras. 104-105[.] [*Bossé*, at para. 7(1)] [paras. 41 and 43]

[22] Even though there is a presumption that judges will carry out the duties they have sworn to uphold, the presumption can be displaced: *R. v. Tesky*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, at para. 21.

[23] When it is alleged a decision maker is not impartial, the test to be applied is whether the particular conduct, here the issuance of the memo, gives rise to bias or a

reasonable apprehension of bias. In *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, [1997] S.C.J. No. 33 (QL), the Supreme Court stated:

The right to a trial before an impartial judge is of fundamental importance to our system of justice. Should it be concluded by an appellate court that the words or actions of a trial judge have exhibited bias or demonstrated a reasonable apprehension of bias then a basic right has been breached and the exhibited bias renders the trial unfair. Generally the decision reached and the orders made in the course of a trial that is found by a court of appeal to be unfair as a result of bias are void and unenforceable. [para. 7]

[24] In our respectful view, the memo creates an apprehension of bias, as that term is used in the law. The motion judge breached the rules of procedural fairness by displaying a reasonable apprehension of bias in determining the outcome of the matter before hearing all the evidence and arguments.

[25] When the memo is considered in the context of this case, a reasonable and informed person would be troubled by the words it contains. The reasonable person would undoubtedly conclude the motion judge had already decided how he was going to dispose of the mother's motion seeking access in Ontario; pending his decision on the motion heard on September 3, 2020, any access would have to be exercised in New Brunswick. That was the only issue raised in the mother's December 11 motion. The appearance of injustice to the losing party was there. The reasonable person would undoubtedly conclude the motion judge had not considered the matter fairly and impartially.

[26] The decision has to be set aside.

[27] As noted in the order set out above, since the Court had at its disposition the evidence adduced in the Court of Queen's Bench, we decided to make the determination that should have been made in the first instance.

D. *The new decision based on the best interests of the children*

[28] The mother seeks an order pursuant to the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2. Courts making orders in relation to child custody and/or access are to take into consideration only the “best interests of the child,” as that phrase is defined in the *Family Services Act*, which guides our analysis.

[29] The mother’s ability to care adequately for the children is not a concern. The father’s concern is related to the risks of the children travelling to and remaining in Ontario for access during the COVID-19 pandemic. He feels that any such travel at this time would potentially expose the children to COVID-19, and they should remain in the province during this pandemic. He feels strongly that the mother should be required to travel to New Brunswick to visit the children, because it was she who unilaterally decided to move to Ontario.

[30] In our view, the evidence before us contains little or nothing to rebut the presumption that increased contact between the mother and the children would be in the children’s best interests. The circumstances do not suggest any reason to think the mother is not perfectly capable of looking after the children properly, ensuring the children’s safety, and promoting their happiness, while they are in her care.

[31] It seems to us that the children’s best interests have suffered from their inability to spend in-person time with their mother, for reasons primarily associated with geography and the COVID-19 pandemic health concerns. In our view, it would be in the best interests of the children to have the bond with their mother reinforced and/or restored by periods of extended access pending the decision on the interim motion that was heard on September 3, 2020.

[32] Child access determinations are guided by what is in a child’s best interests, rather than an assessment of parental fault or blame. If continued contact with both parents is in a child’s best interests, and one parent becomes geographically distant from his or her children, the court must focus on how best to address the situation from the child’s perspective, and not on how the situation came about.

[33] The COVID-19 pandemic has been ongoing for well over a year now. Many courts across Canada have had to deal with custody and access claims during this period, which has been a difficult and stressful period for everyone. *Ribeiro v. Wright*, 2020 ONSC 1829, [2020] O.J. No. 1267 (QL), is one of the first cases that dealt with the pandemic and its consequences on custody and access claims. It has been frequently cited across the country. In *Ribeiro*, Pazaratz J. noted:

Parents are understandably confused and worried about what to do. Similarly, this is uncharted territory for our court system. We all have to work together to show flexibility, creativity and common sense – to promote both the physical and emotional well-being of children.

None of us know how long this crisis is going to last. In many respects we are going to have to put our lives “on hold” until COVID-19 is resolved. But children’s lives – and vitally important family relationships – cannot be placed “on hold” indefinitely without risking serious emotional harm and upset. A blanket policy that children should never leave their primary residence – even to visit their other parent – is inconsistent with a comprehensive analysis of the best interests of the child. In troubling and disorienting times, children need the love, guidance and emotional support of *both* parents, now more than ever.

In most situations there should be a presumption that existing parenting arrangements and schedules should continue, subject to whatever modifications may be necessary to ensure that all COVID-19 precautions are adhered to – including strict social distancing.

[...]

But no matter how difficult the challenge, for the sake of the child we have to find ways to maintain important parental relationships – and above all, we have to find ways to do it safely.

[...]

Judges won’t need convincing that COVID-19 is extremely serious, and that meaningful precautions are required to protect children and families. We know there’s a problem. What we’re looking for is realistic solutions. We will be looking to see if parents have made good faith efforts to

communicate; to show mutual respect; and to come up with creative and realistic proposals which demonstrate both parental insight and COVID-19 awareness. [paras. 9-11, 18 and 23]

[Emphasis in original.]

[34] These considerations resonate in this case, where the children had not been able to spend any in-person time with their mother over the previous six months. In the circumstances of this case, the mother's request for in-person access to the children in Ontario was in the children's best interests.

#### IV. Conclusion

[35] These are the reasons why we allowed the appeal, set aside the decision of the motion judge, and issued the order set out above. Costs in the amount of \$2,500 are awarded to the mother.

LA COUR

I. Introduction

[1] Comme le veut le principe directeur inscrit au cœur du droit de la famille, les décisions qui touchent des enfants sont arrêtées en fonction de l'intérêt supérieur de ces enfants. Les réalités de la vie en temps de pandémie, avec son cortège de risques et de restrictions, agissent nécessairement sur ce principe directeur, mais elles ne peuvent pas simplement l'écarter. Les juges sont évidemment tenus d'examiner et d'évaluer avec soin les répercussions de la COVID-19 sur des questions comme l'accès et le temps de parentage. S'il y a lieu de reconnaître cette nécessité, nous ne devons pas permettre cependant que les considérations sanitaires interviennent à l'exclusion de toute autre. Il ne s'agit nullement de minimiser la gravité des risques sanitaires auxquels font face notre province et le monde entier, mais le présent appel nous rappelle que, malgré les obstacles qui peuvent se présenter, et malgré même une pandémie, le droit d'un enfant de passer des moments de qualité avec chacun de ses parents doit demeurer une priorité pour les tribunaux.

[2] Notre Cour a été saisie de l'affaire aux premiers stades des démarches judiciaires.

[3] Au terme de l'audience, nous avons accueilli l'appel, annulé la décision et prononcé une nouvelle ordonnance. Nous avons communiqué aux parties séance tenante la décision et les directives suivantes :

Sur autorisation, la mère fait appel d'une décision provisoire rendue par le juge saisi de la motion, dans laquelle ce dernier rejette la demande de la mère d'exercer en Ontario ses droits d'accès à l'égard des trois enfants des parties, jusqu'à ce qu'il rende sa décision sur une motion provisoire dont l'audition a eu lieu le 3 septembre 2020 sur les questions de garde des enfants et d'accès.



L'appel est accueilli. La décision est annulée. Les motifs suivront.

### Proportionnalité et règle 62

Selon la règle 62.21(1) des *Règles de procédure*, la Cour est autorisée à rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue en première instance : voir *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 388, au par. 11, où la Cour a invoqué la règle de la proportionnalité et tranché elle-même la question en litige plutôt que de la renvoyer à la Cour du Banc de la Reine. En l'espèce, la Cour dispose de la preuve qui a été produite devant la Cour du Banc de la Reine et est donc en mesure de rendre la décision qui aurait dû être rendue en première instance.

### Nouvelle ordonnance dans l'intérêt supérieur des enfants

Il n'existe aucune convention écrite ni aucune ordonnance judiciaire portant sur la garde des enfants. Or, selon le par. 129(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, dans une telle situation, il existe une présomption selon laquelle la garde d'un enfant qui a plus d'un parent revient conjointement à ces parents. Le dossier ne contient aucun élément qui permet de réfuter cette présomption. Par conséquent, nous reconnaissons que les parties partagent la garde de leurs enfants, soit K.M.L.G. (4 ans), R.M.O.G. (3 ans) et C.G.J.G. (presque un an).

Compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants, l'ordonnance qui suit est rendue en application de la *Loi sur les services à la famille* :

**Calendrier des périodes d'accès prolongé.** Les enfants seront à la charge de leur père, à l'exception des périodes d'accès prévues ci-après, lors desquelles les enfants seront à la charge de leur mère. La mère peut exercer ces droits d'accès au Nouveau-Brunswick ou en Ontario à sa résidence dans cette province, sise au 113, promenade South Bank, à Bracebridge. La première période d'accès sera du samedi 6 mars 2021, 10 h, au samedi 3 avril 2021, 19 h, puis du samedi 29 mai 2021, 10 h, au samedi 26 juin 2021, 19 h, et

ainsi de suite, suivant un horaire de 4 semaines/8 semaines/4 semaines/8 semaines.

**Restrictions et mesures de sécurité liées à la pandémie.** Durant les périodes d'accès prolongé de quatre semaines, les enfants pourront voyager entre le Nouveau-Brunswick et la résidence de leur mère à Bracebridge, en Ontario, dans la mesure où ces déplacements sont permis par l'ensemble des restrictions sanitaires fédérales et provinciales relatives à la pandémie de la COVID-19. En tout temps au cours de ces visites prolongées, la mère doit se conformer aux directives de la santé publique et aux protocoles en matière de sécurité fédéraux, provinciaux ou locaux en lien avec la COVID-19, notamment en ce qui concerne l'isolement, le port du masque, la distanciation sociale et le lavage des mains.

**Renseignements concernant les déplacements devant être fournis au père.** Au moins 24 heures avant le début de chaque visite prolongée, la mère est tenue d'informer le père de la façon dont elle prévoit de transporter les enfants du Nouveau-Brunswick vers l'Ontario (y compris l'itinéraire précis qu'elle entend suivre) et de la façon dont elle prévoit d'organiser le voyage de retour, de sa résidence en Ontario jusqu'à la résidence du père au Nouveau-Brunswick, à la fin de la visite. Les enfants ne sont pas autorisés à voyager à l'extérieur du Canada.

**Retour des enfants à la résidence du père.** Il incombe à la mère d'aller chercher les enfants à la résidence du père au début de la période d'accès et de les retourner à la résidence du père au Nouveau-Brunswick au plus tard à la fin de chaque période d'accès prévue. S'il est impossible pour la mère d'exercer ses droits d'accès, en totalité ou en partie, au moment prévu, elle doit déployer des efforts raisonnables pour en aviser le père au moins 48 heures à l'avance.

**Transport des effets personnels des enfants.** Les enfants doivent voyager avec leurs sièges d'auto, leurs cartes d'assurance-maladie, leurs

médicaments, leurs jouets préférés et des vêtements convenables.

**Frais de voyage.** Les frais associés aux voyages des enfants entre le Nouveau-Brunswick et l'Ontario, ainsi que l'ensemble des préparatifs de voyage qui y sont associés, incombent entièrement à la mère.

**Accès électronique ou vidéo quotidien.** Lorsque les enfants sont à la charge d'un parent, l'autre parent a droit à un accès électronique ou vidéo non interrompu d'au moins 20 minutes par jour, lequel aura lieu à 18 h, heure locale, selon l'endroit où se trouvent les enfants à ce moment. Cet accès se poursuivra tant que les enfants participent à la conversation avec l'autre partie. Le parent qui a la charge physique des enfants établit la communication et s'assure que les besoins des enfants sont satisfaits pendant l'appel, mais il ne peut superviser ou diriger la nature de l'appel.

**Renseignements médicaux.** Chaque parent informe l'autre immédiatement en cas de problème d'ordre médical exigeant un traitement qui touche les enfants; il lui fournit notamment des détails sur la situation et l'informe de l'endroit où les enfants sont soignés, du nom du médecin et de tout autre renseignement pertinent au sujet du problème en question.

**Période de validité de la présente ordonnance.** La présente ordonnance demeure en vigueur jusqu'à ce que soit rendue la décision sur la motion provisoire dont l'audition a eu lieu le 3 septembre 2020.

**Modifications.** Les dispositions de la présente ordonnance portant sur l'accès peuvent être modifiées sur consentement écrit des parties. En cas de changement de situation important, l'une ou l'autre partie peut s'adresser à la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine par voie de motion en modification, auquel cas la Cour appliquera les principes de droit en vigueur et statuera sur cette motion comme si la présente ordonnance était une ordonnance provisoire rendue par la Cour du Banc de la Reine.

Compte tenu de la nature et de l'effet de la présente décision, nous ordonnons, en application du par.24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, qu'elle soit publiée d'abord en anglais puis, dans les meilleurs délais, en français.

[4] Comme nous l'avons indiqué, nous avons informé les parties que des motifs écrits suivraient. Voici ces motifs.

## II. Faits et chronologie des procédures

[5] La mère appelante et le père intimé ont trois enfants qui, au moment de l'audience, avaient respectivement quatre ans, trois ans et un an. La mère a trois autres enfants, issus d'une relation antérieure, qui avaient alors quinze ans, quatorze ans et douze ans. Les parties ont vécu à Brampton, en Ontario, durant les six premières années de leur relation. Elles ont déménagé à Oromocto, au Nouveau-Brunswick, en août 2018. Au Nouveau-Brunswick, l'appelante n'a pas travaillé à l'extérieur. Mère au foyer, elle pourvoyait aux soins des enfants, tandis que le père subvenait aux besoins financiers de la famille.

[6] Le 23 mars 2020, avec la participation et le soutien actifs du ministère du Développement social et de la GRC, la mère et les six enfants ont pris l'autobus pour se réinstaller en Ontario, où habite la famille de la mère. Le Ministère a d'ailleurs acquitté les frais de ce déménagement important. Le père n'avait pas été prévenu du départ projeté, et il n'a été informé de l'endroit où se trouvaient la mère et les enfants que quelques semaines plus tard.

[7] Aux termes d'une ordonnance *ex parte* provisoire rendue le 27 mars 2020, les enfants devaient [TRADUCTION] « demeurer dans la circonscription judiciaire de Fredericton jusqu'à nouvelle ordonnance ». Or, les enfants se trouvaient déjà en Ontario. Vu les restrictions imposées aux déplacements en raison de la pandémie de la COVID-19, le retour des enfants n'a pas été ordonné; ils sont donc demeurés en Ontario, auprès de leur mère, en attendant la tenue d'une audience.

[8] Le 14 août 2020, le père a déposé un avis de motion par lequel il sollicitait la garde des enfants. Une motion portant sur la garde provisoire et l'accès a été inscrite au rôle des audiences du 3 septembre 2020. La Cour a entendu une motion en ordonnance provisoire temporaire le 17 août 2020, après abrègement des délais, pour répondre à une demande du père, qui souhaitait que lui soit accordé, en attendant que soit connue l'issue de l'audience du 3 septembre 2020, un accès auprès de ses enfants. Il n'avait pas été en leur compagnie depuis qu'ils avaient été emmenés hors de la province le 23 mars 2020. La Cour a rendu une ordonnance provisoire temporaire accordant au père un accès auprès des enfants nés de l'union [TRADUCTION] « à compter du 18 août 2020 à 17 h ». Cette ordonnance ajoutait ce qui suit :

[TRADUCTION]

[Le père] ira chercher les enfants en Ontario et les ramènera au Nouveau-Brunswick. Les enfants demeureront à la charge [du père] jusqu'à nouvelle ordonnance de la Cour.

Pendant que [le père] en aura la charge, [la mère] aura un accès raisonnable aux enfants par téléphone et par vidéo.

[La mère] remettra [au père] les sièges d'auto des enfants, leurs cartes d'assurance-maladie, ainsi que la préparation [destinée au nourrisson] et l'horaire de ses repas.

Si la décision que la Cour doit rendre le 3 septembre 2020 prescrit le renvoi des enfants à la charge de leur mère en Ontario, [le père] facilitera leur retour immédiat en Ontario depuis le Nouveau-Brunswick.

[9] L'audition de la motion en ordonnance provisoire, bien qu'elle ait débuté le 3 septembre 2020, n'est pas parvenue à sa conclusion ce jour-là. Les parties devaient revenir sous peu achever la présentation de leurs observations finales, mais l'affaire n'a pas été réinscrite au rôle. Vers le 12 octobre 2020, les parties ont donc demandé à la Cour la permission de déposer des mémoires. Leur demande a été accueillie et des mémoires ont été déposés le 23 octobre 2020, ou avant cette date.

[10] La mère a demandé au père un accès auprès des enfants en Ontario en attendant la décision du juge. Elle affirmait qu'il lui était impossible de se rendre au Nouveau-Brunswick pour exercer ses droits d'accès, puisqu'elle ne possédait ni voiture ni permis de conduire. Elle faisait valoir également qu'elle n'avait nulle part où exercer ces droits au Nouveau-Brunswick, que ce soit chez des membres de la famille, chez des amis ou ailleurs. Elle a suggéré le transport des enfants par des membres de sa famille, qui les conduirait d'abord en Ontario pour les ramener ensuite au Nouveau-Brunswick.

[11] Le père était disposé à ménager et à faciliter aux enfants un accès auprès de leur mère au Nouveau-Brunswick, mais, en raison des craintes que la pandémie de COVID-19 suscitait en matière de santé, il ne consentait pas à ce qu'ils quittent la province. Il soutenait que la mère n'avait pas songé à l'intérêt supérieur des enfants lorsqu'elle avait décidé seule de les emmener à Bracebridge, en Ontario, à quinze heures de route de leur résidence d'alors.

[12] Le 11 décembre 2020, la mère a déposé un avis de motion par lequel elle demandait l'exercice de ses droits d'accès auprès des enfants en Ontario en attendant une décision sur la motion en ordonnance provisoire entendue le 3 septembre 2020. Elle ne s'était pas trouvée en leur compagnie depuis le 18 août 2020. Cette motion devait être entendue le 18 décembre 2020. Lorsqu'elle a reçu les documents, la mère y a découvert une note rédigée par le juge : [TRADUCTION] « Prière d'inscrire au rôle des audiences de la fin de la semaine prochaine. [La mère] devra comprendre que, d'ici ma décision, les visites devront avoir lieu au N.-B. » La mère a signifié au père son avis de motion, son affidavit et la note du juge.

[13] Le 16 décembre 2020, la mère a déposé un affidavit supplémentaire. Le 17 décembre 2020, le père a déposé un affidavit en réponse. La motion a été entendue le 18 décembre 2020. Le juge a rendu une décision orale le 23 décembre 2020 et rejeté la motion de la mère. Cette décision est celle que la mère porte en appel.

[14] Le même juge a été saisi de toutes les procédures au dossier.

III. Questions en litige et analyse

A. *Moyens d'appel*

[15] La mère avance que le juge saisi de la motion :

1. [...] a commis une erreur de droit en dérogeant aux règles de l'équité procédurale par la communication d'une note, datée du 11 décembre 2020, qui paraissait indiquer qu'il avait pris une décision avant d'avoir entendu toute la preuve des parties;
2. [...] a commis une erreur mixte de droit et de fait en concluant qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants qu'il leur soit interdit d'exercer en Ontario leurs droits d'accès auprès de leur mère et de leur fratrie;
3. [...] a commis une erreur mixte de droit et de fait en ce qui concerne les conséquences de la pandémie actuelle sur l'accès interprovincial.

B. *Norme de contrôle*

[16] La norme de contrôle applicable aux décisions prononcées en matière de garde, y compris de droits d'accès, est énoncée dans *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 100. L'intervention de notre Cour n'est justifiée que s'il y a eu erreur importante, erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou erreur de droit.

[17] Dans *J.C.P. c A.D.P.*, [2018] A.N.-B. n° 54 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) a expliqué que les ordonnances provisoires de garde et d'accès « ne sont infirmées que s'il est démontré qu'elles sont manifestement erronées et qu'elles débordent le vaste éventail des solutions temporaires raisonnables pouvant être adoptées en attendant le procès » (par. 5). Au paragraphe 4 de *Legault c. Rattray*, [2003] A.N.-B. n° 442 (C.A.) (QL), il avait fait observer qu'une ordonnance provisoire vise [TRADUCTION] « à couvrir une courte période se situant entre le moment où l'ordonnance est rendue et le procès. Par nécessité, l'ordonnance est rendue sur le fondement d'une preuve limitée, habituellement par affidavit. L'objet de l'ordonnance

[...] est de [TRADUCTION] “fournir, jusqu’au procès, une solution raisonnablement acceptable à un problème difficile” » (le juge Richard citait le juge Zuber dans *Sypher c. Sypher*, [1986] O.J. No. 536 (C.A.) (QL)).

[18] La question de l’équité procédurale ne fait intervenir aucune norme de contrôle exigeant la retenue. La loi exige que les règles de l’équité procédurale soient respectées (*Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l’Éducation c. Kennedy et autres*, 2015 NBCA 58, [2015] A.N.-B. n° 251 (QL), le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre), par. 14; *Landry c. Procureure générale du Nouveau-Brunswick*, 2020 NBCA 38, [2020] A.N.-B. n° 113 (QL), la juge LaVigne, par. 36).

C. *Équité procédurale, partialité et impartialité*

[19] À notre avis, le premier moyen d’appel est fondé et suffit, en soi, pour que notre Cour intervienne. Ce moyen avance que le juge saisi de la motion a manqué aux règles de l’équité procédurale par la communication de la note du 11 décembre 2020. La mère soutient qu’il ressort de cette note que le juge avait, selon toute apparence, pris une décision sans disposer de l’ensemble de la preuve et des observations des parties. La mère n’a pu profiter de son droit à ce qu’il soit tenu compte de son affidavit supplémentaire et de son droit de présenter ses observations finales. En d’autres termes, elle soutient que le juge saisi de la motion a donné l’apparence d’une fermeture d’esprit. Elle fait valoir que cette conduite répond au critère rigoureux qui doit être rempli pour qu’on puisse conclure à une crainte raisonnable de partialité.

[20] Le droit de toutes les parties d’être entendues par un juge indépendant et impartial qui tiendra compte de la totalité de la preuve pertinente et des arguments des parties est l’essence même d’un procès équitable. Dans l’arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 821 c. Réseau de santé Vitalité (Zone 1B)*, 2015 NBCA 3, 429 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 158, notre Cour a écrit : « Selon la common law, la justice naturelle s’articule autour de deux règles de base : la règle *audi alteram partem*, suivant laquelle les parties ont le droit d’être entendues pour faire valoir, selon le cas,



leurs moyens de défense ou leur point de vue, et la règle *nemo judex in sua causa*, selon laquelle chaque partie a le droit d'être traitée avec impartialité et sans préjugé [...] » (par. 39, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre); passage appliqué dans *Landry c. Procureure générale du Nouveau-Brunswick*, au par. 38).

[21] La charge d'établir la partialité incombe à celui qui formule l'allégation de partialité. Dans l'arrêt *Vautour et autre c. Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick et autre*, 2021 NBCA 4, [2021] A.N.-B. n° 18 (QL), notre Cour s'est penchée sur le droit applicable en matière d'équité procédurale et de crainte raisonnable de partialité :

Le critère à appliquer dans le cas d'une crainte raisonnable de partialité est accepté, de façon générale, comme celui décrit par le juge de Grandpré, juge dissident dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty* :

[...] « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? » [P. 394]

[...]

Le critère permettant d'établir la partialité a pour but d'assurer non seulement l'existence, mais aussi l'apparence d'un processus décisionnel juste. Les juges doivent et sont censés aborder toute affaire avec impartialité et ouverture d'esprit :

L'impartialité est « l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis », alors que la partialité « dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions » : *S. (R.D.)*, aux par. 104 et 105[.] [*Bossé*, par. 7(1)]

[par. 41 et 43]

[22] La présomption que les juges s’acquitteront des obligations qu’ils se sont engagés sous la foi du serment à remplir peut néanmoins être réfutée (*R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267, par. 21).

[23] S’agissant d’une allégation de partialité de la part d’un décideur, le critère applicable est celui de déterminer si la conduite particulière – la communication de la note, ici – soulève une question de partialité ou une crainte raisonnable de partialité. Dans *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, [1997] A.C.S. n° 33 (QL), la Cour suprême a indiqué ce qui suit :

Le droit à un procès devant un juge impartial est d’une importance fondamentale pour notre système de justice. Si une cour d’appel conclut que les paroles ou les actes du juge qui a présidé le procès révèlent l’existence de partialité ou d’une crainte raisonnable de partialité, il y a alors eu violation d’un droit fondamental et la partialité dont il a été fait montre rend le procès inéquitable. Généralement, la décision rendue et les ordonnances prononcées au cours d’un procès déclaré inéquitable par une cour d’appel pour cause de partialité sont nulles et inexécutables. [par. 7]

[24] À notre respectueux avis, la note amène une crainte de partialité, au sens donné à ce terme en droit. Le juge saisi de la motion a manqué aux règles de l’équité procédurale du fait qu’il a suscité une crainte raisonnable de partialité en arrêtant l’issue de la motion avant d’avoir entendu toute la preuve et tous les arguments.

[25] Considérée dans le contexte de la présente cause, la note porte un texte qui préoccuperait une personne raisonnable et bien renseignée. La personne raisonnable conclurait sans aucun doute que le juge saisi de la motion avait déjà arrêté la décision qu’il rendrait sur la motion de la mère sollicitant l’exercice de droits d’accès en Ontario : jusqu’à ce qu’il ait statué sur la motion entendue le 3 septembre 2020, les droits d’accès devraient être exercés au Nouveau-Brunswick. La mère avait soulevé cette seule question dans sa motion du 11 décembre. Il y avait apparence d’injustice envers la partie perdante. La personne raisonnable conclurait sans aucun doute que le juge saisi de la motion n’avait pas examiné l’affaire de manière juste et impartiale.

[26] La décision doit être annulée.

[27] Comme l'indique l'ordonnance énoncée ci-dessus, puisque nous disposons de la preuve qui avait été produite devant la Cour du Banc de la Reine, nous avons choisi de rendre la décision qui aurait dû être rendue en première instance.

D. *Nouvelle décision rendue dans l'intérêt supérieur des enfants*

[28] La mère prie la Cour de prononcer une ordonnance en vertu de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. Les tribunaux qui rendent des ordonnances en matière de garde ou d'accès doivent prendre en considération le seul « intérêt supérieur de l'enfant », terme défini dans la *Loi sur les services à la famille*, qui oriente notre analyse.

[29] La capacité de la mère de bien pourvoir aux soins des enfants n'est pas mise en doute. Les craintes du père sont liées aux risques d'un voyage et d'un séjour des enfants en Ontario en vue de l'accès en pleine pandémie de la COVID-19. Il estime que faire ce voyage maintenant pourrait les exposer au virus et qu'il vaut mieux qu'ils demeurent dans la province pendant la pandémie. Il est du ferme avis que la mère, parce qu'elle est celle qui a décidé seule le déménagement en Ontario, devrait être tenue de faire le voyage au Nouveau-Brunswick pour rendre visite aux enfants.

[30] À notre avis, la preuve dont nous disposons ne contient rien ou peu qui soit de nature à réfuter la présomption qu'un contact accru entre la mère et les enfants servirait l'intérêt supérieur de ces enfants. Rien dans les circonstances ne donne à penser que la mère n'est pas parfaitement capable de s'occuper correctement des enfants, de garantir leur sécurité et de veiller à leur bonheur pendant qu'elle en a la charge.

[31] Il nous semble que le fait de ne pas pouvoir passer de temps en compagnie de leur mère, pour des raisons liées surtout à l'éloignement géographique et aux craintes que la pandémie de la COVID-19 suscite pour la santé, a desservi l'intérêt supérieur des

enfants. À notre avis, il serait dans leur intérêt supérieur que le lien avec leur mère soit renforcé, ou rétabli, par des périodes d'accès prolongé en attendant qu'une décision soit rendue sur la motion en ordonnance provisoire entendue le 3 septembre 2020.

[32] Les décisions rendues en matière d'accès sont déterminées par ce qui sert l'intérêt supérieur des enfants plutôt que par l'imputation d'une faute ou d'un blâme au parent. Si le maintien du contact avec chacun des parents est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et qu'un éloignement géographique vienne séparer de l'enfant l'un des parents, l'attention de la cour devra se porter sur la meilleure façon de résoudre la situation du point de vue de l'enfant, et non sur ce qui est à l'origine de la situation.

[33] La pandémie de la COVID-19 dure maintenant depuis plus d'un an. Nombre de tribunaux au Canada ont été saisis de demandes de garde et d'accès au cours de cette période qui s'est avérée difficile et éprouvante pour tous. Le jugement *Ribeiro c. Wright*, 2020 ONSC 1829, [2020] O.J. No. 1267 (QL), est l'un des premiers qui ait traité de la pandémie et de ses conséquences sur les demandes de garde et d'accès. Les tribunaux du pays l'ont abondamment cité. Dans *Ribeiro*, le juge Pazaratz a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION]

Naturellement, les parents s'y perdent et s'inquiètent de ce qu'ils doivent faire. De même, le système judiciaire avance en terrain inconnu. Il nous faudra, de concert, faire preuve de souplesse, d'inventivité et de bon sens – par souci du bien-être tant physique qu'affectif des enfants.

Nul ne sait jusqu'à quand va durer la crise de la COVID-19. À bien des égards, nous devons mettre nos vies [TRADUCTION] « en suspens » jusqu'à la fin de la pandémie. Cependant, les vies des enfants – et les relations familiales si essentielles – ne peuvent pas être [TRADUCTION] « en suspens » indéfiniment sans que de graves perturbations et torts affectifs ne risquent de survenir. Une politique générale empêchant les enfants de quitter leur résidence principale dans tous les cas – même pour visiter l'autre parent – ne peut s'accorder avec une analyse approfondie de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans les temps troubles et confus, plus que jamais, les enfants

ont besoin de l'amour, des conseils et du soutien affectif de leurs *deux* parents.

Dans la plupart des cas, il conviendra de présumer que les arrangements et les horaires de parentage existants devraient être maintenus, sous réserve des modifications nécessaires pour garantir que soient observées toutes les précautions qu'impose la COVID-19 – dont une distanciation sociale rigoureuse.

[...]

Mais quelle que soit la taille du défi qui nous attend, il nous faudra trouver des moyens de maintenir, pour le bien de l'enfant, d'essentielles relations parentales – et surtout, il nous faudra trouver des moyens de les maintenir en toute sécurité.

[...]

Persuader les juges de la gravité immense de la COVID-19 et du besoin de précautions sérieuses pour protéger enfants et familles ne sera pas nécessaire. Nous savons que se pose un problème. Ce que nous cherchons, ce sont des solutions réalistes. Nous chercherons à voir si les parents se sont appliqués de bonne foi à communiquer, à faire montre de respect mutuel et à avancer des propositions innovatrices et réalistes qui témoignent à la fois de sagacité parentale et de sensibilisation à la COVID-19. [par. 9 à 11, 18 et 23]

[Italique et soulignement dans l'original.]

[34] Ces considérations trouvent un écho en l'espèce. Il y avait six mois que les enfants n'avaient pu passer de temps en compagnie de leur mère. Dans les circonstances, la demande de la mère, qui sollicitait un accès direct aux enfants en Ontario, allait dans le sens de l'intérêt supérieur des enfants.

#### IV. Conclusion

[35] Pour ces motifs, nous avons accueilli l'appel, annulé la décision du juge saisi de la motion et rendu l'ordonnance énoncée ci-dessus. Des dépens de 2 500 \$ sont adjugés à la mère.