

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

RÉFÉRENCE : O'Brien c. Chuluunbaatar, 2021 ONCA 555

DATE : 20210805

DOSSIER : C68793

Les juges Gillese, Tulloch et Roberts

ENTRE

Jeffrey O'Brien

requérant (intimé)ⁱ

et

Bia Chuluunbaatar

intimée (appelante)

Bia Chuluunbaatar, agissant pour son propre compte

Jeffrey O'Brien, agissant pour son propre compte

Audience tenue le 14 juin 2021 par vidéoconférence

Appel de l'ordonnance rendue le 26 octobre 2020 par le juge James F. Diamond de la Cour supérieure de justice, dont les motifs ont été publiés à 2020 ONSC 6394, et de son ordonnance d'adjudication des dépens du 23 novembre 2020.

La juge Gillese

I. APERÇU

[1] Le présent appel en matière de droit de la famille concerne les nouvelles dispositions de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, chap. C.12 (la LRDE) régissant le déménagement et l'attribution du temps parental.

[2] La mère et le père ont un enfant. Ils se sont séparés lorsque l'enfant avait environ neuf mois. Aux termes d'une ordonnance rendue du consentement des parties, la mère a la garde exclusive de l'enfant et le père a un droit de visite auprès de l'enfant une fin de semaine sur deuxⁱⁱ.

[3] À l'époque où l'enfant avait cinq ans, la mère a déposé une motion en vue d'être autorisée à déménager avec l'enfant en Mongolie. La mère est née, a grandi, a été éduquée et a travaillé en Mongolie avant d'immigrer au Canada. Le père s'est opposé à la motion.

[4] Au terme d'un procès de trois jours tenu devant la Cour de justice de l'Ontario, la juge de première instance a rendu une ordonnance autorisant le déménagement. L'appel interjeté par le père à la Cour supérieure de justice a été accueilli et l'ordonnance autorisant le déménagement a été annulée.

[5] La mère interjette appel devant notre Cour. L'issue de son appel dépend, en partie, de la question de savoir si les récentes modifications apportées à la LRDE concernant le déménagement s'appliquent à une instance introduite avant l'entrée en vigueur des modifications le 1^{er} mars 2021. À mon avis, c'est le cas.

[6] Par ailleurs, comme je l'explique ci-dessous, rien ne justifiait l'annulation de l'ordonnance autorisant le déménagement. La décision que rend un juge de première instance en matière de déménagement est une décision discrétionnaire fondée sur les faits. Pour cette raison, elle doit faire l'objet d'une grande déférence de la part de la juridiction d'appel appelée à la réviser (*Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 11). Les juges de première instance sont mieux placés que les juges d'appel pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant (*Reeves v. Brand*, 2018 ONCA 263, 8 R.F.L. (8th) 1, par. 6). En l'espèce, la juge de première instance a tiré des conclusions factuelles irréprochables, a correctement énoncé les principes juridiques pertinents régissant le déménagement et a appliqué ces principes aux faits tels qu'elle les a constatés, avant de conclure que le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il n'y avait aucune raison pour que le juge d'appel intervienne dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge de première instance.

[7] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir l'ordonnance de première instance, avec la modification demandée par la mère en ce qui concerne la disposition relative au droit de visite en hiver.

II. CONTEXTE

[8] L'appelante (la « mère ») était âgée de 43 ans au moment du procès. Elle est originaire de la Mongolie. Après avoir obtenu un baccalauréat en gestion financière d'une école supérieure de Mongolie, elle a obtenu une maîtrise en économie du Japon. En Mongolie, elle a travaillé comme analyste économique, spécialiste du secteur financier et consultante pour diverses entreprises internationales. Elle a immigré au Canada en janvier 2010. Malheureusement,

malgré ses efforts et ses divers programmes de perfectionnement, elle n'a pas trouvé d'emploi stable au Canada. Elle a exercé sporadiquement divers emplois subalternes et est actuellement au chômage.

[9] L'intimé (le « père ») était également âgé de 43 ans au moment du procès. Il est né et a grandi à Peterborough, en Ontario. Il a un emploi à temps plein. En 2018, son revenu annuel était de 114 876 \$.

[10] Les parties ont commencé à entretenir une relation amoureuse en 2010. En 2013, elles ont commencé à faire vie commune et elles ont eu un enfant. Elles se sont séparées en septembre 2014; l'enfant avait alors environ neuf mois. La mère est la principale responsable des soins de l'enfant depuis sa naissance.

[11] À l'époque où l'enfant avait environ deux ans, la mère a été autorisée, aux termes d'une ordonnance judiciaire temporaire, à emmener l'enfant avec elle en Mongolie sans la permission du père. Depuis, l'enfant a continué à entretenir une relation avec ses grands-parents maternels, en restant en contact avec eux par l'intermédiaire de Skype. Elle a également gardé le contact avec ses cousins en Mongolie, jouant avec eux chaque semaine sur Skype. Bien que l'anglais soit la langue maternelle de l'enfant, elle peut comprendre le mongol dans l'environnement familial.

[12] Une ordonnance rendue du consentement des parties en août 2016 accordait à la mère la garde exclusive de l'enfant et au père un droit de visite, comme convenu, notamment une fin de semaine sur deux. Même si le droit de visite la fin de semaine était précisé, le droit pour l'enfant de dormir chez le père n'a commencé qu'en janvier 2019.

[13] En juillet 2018, la mère a déposé une motion en vue de faire modifier les modalités de l'ordonnance rendue du consentement des parties pour lui permettre, ainsi qu'à l'enfant, de déménager à Oulan-Bator, en Mongolie (la « motion »). Oulan-Bator est la capitale de la Mongolie, une ville cosmopolite d'environ un million d'habitants. La famille de la mère vit à Oulan-Bator. La mère a demandé que le droit de visite du père soit ajusté et elle a proposé qu'on lui accorde un droit de visite élargi à Noël et pendant les vacances scolaires d'été, ainsi qu'à d'autres moments, tant à Toronto qu'en Mongolie. Le père s'est opposé à la motion et a réclamé une ordonnance de garde conjointe.

[14] La mère voulait déménager en Mongolie avec l'enfant parce qu'elles y auraient une meilleure situation financière et un soutien familial accru, ce qui aiderait la santé mentale de la mère. Au Canada, elle n'a pas réussi à obtenir un emploi correspondant à son niveau d'éducation, à ses capacités et à son expérience. En Mongolie, elle avait travaillé comme consultante en affaires, analyste économique et spécialiste de projets, mais ses emplois les plus récents au Canada ont été ceux de vendeuse itinérante de réservoirs d'eau, barista, interprète et commis à la saisie des données. La mère s'attend à trouver un emploi permanent à temps plein en tant que professionnelle de niveau intermédiaire

auprès d'une organisation internationale ou d'une entreprise étrangère en Mongolie.

[15] En raison de sa situation d'emploi au Canada, la mère a été incapable de subvenir à ses besoins et à ceux de l'enfant de façon autonome. Elle dépend des prestations gouvernementales et de la pension alimentaire pour enfants que lui verse le père. En 2018, son revenu total était de 38 380 \$. La mère et l'enfant vivent dans un petit studio à Toronto, où l'enfant n'a pas sa propre chambre.

[16] La preuve présentée au procès montre que les membres de la famille de la mère leur ont donné, à elle et à l'enfant, de l'amour, du soutien et de l'aide financière depuis la naissance de l'enfant. La grand-mère maternelle était le seul membre de la famille élargie présent à l'hôpital lorsque l'enfant est né. Personne de la grande famille du père à Peterborough ne s'est présenté à l'hôpital. La mère et la sœur de la mère ont aidé celle-ci à prendre soin de l'enfant pendant six mois après sa naissance. Après la séparation des parties, les grands-parents maternels ont déposé 5 000 \$ dans un compte bancaire en Mongolie pour la mère et l'enfant. Ils ont également fait don à l'enfant de leur deuxième appartement le jour de son troisième anniversaire en vue de son utilisation future. La mère a témoigné qu'elle avait également un appartement, détenu en fiducie pour elle, en Mongolie.

[17] Si le déménagement est autorisé, la famille de la mère s'occupera de l'enfant, qui pourra ainsi entretenir des liens plus étroits avec ses grands-parents maternels et ses cousins. En revanche, bien que l'enfant ait participé chaque année à un certain nombre de réunions familiales importantes avec la famille du père, celle-ci a été en grande partie absente de la vie de la mère et de l'enfant depuis la séparation des parties.

[18] La mère a peu d'amis et aucune famille au Canada. Elle est socialement isolée depuis la naissance de l'enfant, malgré le fait qu'elle a demandé de l'aide par l'entremise des services de counseling en santé mentale, de soutien communautaire et de son médecin de famille. L'isolement de la mère a eu des répercussions sur son bien-être psychologique et émotionnel.

[19] La motion a été entendue au cours d'une instruction de trois jours pendant laquelle les parties ont été contre-interrogées au sujet de leur affidavit. Dans son témoignage, la mère a notamment exposé un plan expliquant en détail comment la vie de l'enfant serait améliorée en Mongolie (le « plan de prise en charge »). Le plan montre comment l'enfant bénéficiera de liens étroits avec sa famille maternelle élargie, de la possibilité de participer à de nombreuses activités parascolaires et du développement des liens avec son héritage et ses traditions mongols. La mère a également témoigné que l'enfant bénéficierait de meilleures conditions de vie, notamment qu'elle aurait sa propre chambre pour la première fois. La mère a l'intention de vendre l'appartement d'Oulan-Bator que ses parents ont offert à l'enfant. Avec le produit de la vente, elle entend acheter un appartement de deux chambres et n'aura donc pas à payer de loyer. Elle prévoit d'inscrire l'enfant dans une école privée offrant un programme d'études internationales

rigoureux, où l'enfant continuera ses études en anglais et parlera plus couramment le mongol.

[20] La juge de première instance a estimé que le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, malgré les modifications apportées au droit de visite du père. Aux termes d'une ordonnance datée du 5 juillet 2019 (l'« ordonnance »), elle a autorisé la mère à déménager avec l'enfant en Mongolie, a accordé au père un droit de visite élargi, a rejeté la demande de garde conjointe du père et enjoint au père de payer une pension alimentaire pour enfants conformément aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, D.O.R.S./97-175. Elle a également ajusté la pension alimentaire pour enfants pour tenir compte du montant prévu dans la table pour les années 2016, 2017 et 2018 en fonction du revenu du père pour chacune des années en question. L'ordonnance précisait que le droit de visite hivernale aurait lieu au Canada ou à un autre endroit choisi par le père. La mère s'est vu adjuger les dépens du procès, qui s'élevaient à 25 000 \$.

[21] Le père a fait appel à la Cour supérieure de justice. Dans ses motifs de décision datés du 26 octobre 2020 (la « première décision rendue en appel »), le juge d'appel a infirmé la décision rendue en première instance au sujet du déménagement. Il a déclaré que la juge de première instance avait commis une erreur en se concentrant sur les raisons invoquées par la mère pour justifier le déménagement plutôt que sur la question de savoir si le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a également déclaré qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves au dossier pour montrer en quoi le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a également conclu que la juge de première instance n'avait pas dûment tenu compte du principe du « contact maximal ».

[22] Le 23 novembre 2020, le juge d'appel a condamné la mère à payer au père les dépens du procès et du premier appel, fixés à 37 500 \$ (la « décision relative aux dépens du premier appel »).

III. LA DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

[23] La juge de première instance a exposé des motifs détaillés et approfondis à l'appui de sa décision. Sur la question du déménagement, elle a commencé en rappelant les principes juridiques énoncés dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, 1996 CanLII 191 (CSC), [1996] 2 R.C.S. 27, ainsi que d'autres facteurs dont les tribunaux ont depuis tenu compte pour appliquer ces principes. Elle a expliqué que, même si la motion était présentée en vertu de la LRDE, et non de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), les principes juridiques de l'arrêt *Gordon* s'appliquaient néanmoins.

[24] La juge de première instance a ensuite examiné les éléments de preuve relatifs à la demande de déménagement et a appliqué les principes de l'arrêt *Gordon* et d'autres facteurs pour tirer ses conclusions factuelles. Tout au long de ses motifs, la juge de première instance a souligné à plusieurs reprises que la question à trancher était celle de savoir si le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

[25] Voici les motifs pour lesquels la juge de première instance a conclu que le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant :

- La famille de la mère en Mongolie entretient depuis longtemps une relation solide avec la mère et l'enfant; les membres de la famille en ont fait une priorité dans leur vie, contrairement à la famille du père. La famille de la mère continuera de les soutenir, surtout maintenant que la mère a particulièrement besoin de leur aide;
- La mère se débat pour subvenir à ses besoins et à ceux de l'enfant à Toronto en tant que mère célibataire vivant seule, et elle se sent isolée et peu sûre d'elle. Elle bénéficierait du soutien de sa famille et de ses amis en Mongolie;
- La mère et l'enfant auront une vie meilleure en Mongolie : les perspectives d'emploi de la mère sont meilleures, elle sera plus en sécurité financière et elle bénéficiera de l'aide financière de sa famille et des services de garde tant qu'elle en aura besoin;
- La mère retrouvera sa confiance et son bien-être émotionnel, psychologique, social et économique, ce qui profitera à l'enfant et est donc dans l'intérêt supérieur de ce dernier;
- L'enfant bénéficiera d'un lien étroit avec la famille élargie de la mère, de la possibilité de participer à de nombreuses activités parascolaires, de meilleures conditions de vie dans un appartement plus spacieux, en plus de développer des liens avec son héritage et ses traditions mongols.

[26] La juge de première instance a conclu que, même après le déménagement, la mère faciliterait la relation entre l'enfant et le père, ce que la mère a reconnu comme étant important. Selon les conclusions de la juge de première instance, la mère a toujours respecté les ordonnances du tribunal en matière de droit de visite, s'est montrée généreuse en accordant un droit de visite supplémentaire au père, a encouragé les entretiens téléphoniques entre le père et l'enfant même lorsque la mère et l'enfant se trouvaient en Mongolie, et a permis au père de venir chez elle pour exercer son droit de visite lorsque ce dernier a eu des problèmes de santé mentale.

[27] La juge de première instance a tenu compte de la relation entre le père et l'enfant ainsi que des perturbations qui résulteraient du déménagement. Elle a reconnu que le père avait une bonne relation avec l'enfant et a noté le témoignage de la mère suivant lequel l'enfant avait forgé des liens solides avec son père et aimait passer du temps avec lui. Elle a conclu que les avantages que comportait le déménagement pour la mère et pour l'enfant l'emportaient sur les inconvénients d'une réduction possible des contacts entre le père et l'enfant. Elle a accordé un large droit de visite au père, notamment dix semaines en été, de trois à quatre semaines en hiver et, en Mongolie, à tout moment pendant les vacances scolaires, jusqu'à deux semaines, moyennant un préavis d'un mois.

IV. LA PREMIÈRE DÉCISION RENDUE EN APPEL

[28] Le juge d'appel a reconnu que la juge de première instance avait bien énoncé les grands principes en matière de déménagement de l'arrêt *Gordon*. Il a également accepté les conclusions de la juge de première instance sur la santé mentale, l'isolement et la solitude de la mère. Toutefois, le juge d'appel a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en [TRADUCTION] « se concentrant exclusivement sur les raisons de déménager de [la mère] », expliquant que les raisons de déménager des parents ne sauraient constituer le seul motif sur lequel fonder une demande de déménagement.

[29] Le juge d'appel a déclaré que le tribunal devait respecter le principe du contact maximum dans la mesure où le contact est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a fait observer que la juge de première instance avait conclu que le père était un bon parent, mais qu'elle avait [TRADUCTION] « peu analysé » les répercussions négatives que le déménagement en Mongolie aurait sur la relation entre le père et l'enfant.

[30] Le juge d'appel a également estimé que la preuve versée au dossier était insuffisante pour permettre à la juge de première instance de conclure que le déménagement proposé était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a qualifié de [TRADUCTION] « spéculatif » le plan de prise en charge de la mère, affirmant qu'il avait été élaboré [TRADUCTION] « sans aucune preuve indépendante et corroborante provenant d'une source admissible ». Il s'est par ailleurs dit surpris qu'aucun des membres de la famille, ami ou collègue d'affaires de la mère en Mongolie n'avait témoigné et que la mère n'avait pas fourni de preuves à l'appui des qualifications de l'école privée où elle entendait inscrire l'enfant ou confirmant les conditions d'admission. Il a également mis en doute le témoignage de la mère au sujet de ses perspectives financières et professionnelles en Mongolie et lui a reproché de ne pas avoir fourni au tribunal plus d'informations sur la Mongolie.

V. LES QUESTIONS À TRANCHER

[31] La mère affirme que le juge d'appel a commis des erreurs :

1. en concluant que la juge de première instance avait mal appliqué le critère du déménagement;
2. en appréciant à nouveau l'évaluation que la juge de première instance avait faite du principe du contact maximum;
3. en intervenant en raison de la présumée insuffisance de la preuve justifiant le déménagement.

[32] La mère demande que, si l'appel est accueilli, les dispositions relatives aux droits de visite hivernale soient modifiées. À ce sujet, elle souhaite présenter de nouveaux éléments de preuve portant sur le lieu approprié pour l'exercice, par le père, de son droit de visite pendant les vacances hivernales. Les nouveaux éléments de preuve consistent en deux affidavits : un affidavit souscrit par la mère et un autre affidavit souscrit par le médecin de l'enfant.

PREMIÈRE QUESTION – LA JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE N'A PAS COMMIS D'ERREUR EN APPLIQUANT LE CRITÈRE DU DÉMÉNAGEMENT

[33] Au paragraphe 67 de sa décision, le juge d'appel invoque deux raisons pour conclure que la juge de première instance a commis une erreur en appliquant le critère du déménagement. Il affirme tout d'abord qu'au lieu de déterminer si le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la juge de première instance a autorisé ce déménagement parce que la mère aurait une meilleure vie en Mongolie. Il explique ensuite que la juge de première instance a commis une erreur en tenant compte des raisons de déménager de la mère, car ces raisons ne doivent être prises en considération que dans des situations exceptionnelles, lorsqu'elles sont pertinentes pour se prononcer sur la capacité du parent à répondre aux besoins de l'enfant. À mon avis, le juge d'appel a tort sur ces deux points. La juge de première instance n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère du déménagement.

[34] En ce qui concerne le premier motif, il est tout simplement inexact de dire que la juge de première instance s'est concentrée exclusivement sur les raisons de déménager de la mère. Tout au long du procès, la juge de première instance s'est concentrée sur la question de savoir si le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle l'a souligné à plusieurs reprises (voir par. 15-16, 28-29, 32-34, 36, 39, 121, 123, 125, 128-30, 132, 136-37, 139 et 141-146). De plus, la façon dont la juge de première instance a soupesé les divers facteurs montre bien son attachement à cet objectif. Trois exemples suffisent à le démontrer.

[35] Au paragraphe 39 de ses motifs, la juge de première instance écrit :

[TRADUCTION]

Obliger un parent à demeurer dans une collectivité où il est isolé de sa famille et des personnes sur lesquelles il peut compter, en plus d'avoir à composer avec une situation financière difficile, aura des impacts négatifs sur l'enfant. **Pour déterminer si le déménagement est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, on peut régulièrement tenir compte des avantages économiques et financiers qu'offrirait un déménagement dans une collectivité où le parent bénéficiera du soutien**, de la sécurité financière et de la capacité de poursuivre ses études et sa carrière [...]
[Non souligné dans l'original.]

[36] Au paragraphe 137, elle écrit :

[TRADUCTION]

Le tribunal a tenu compte de tous les facteurs suivants : la mère se sent isolée et peu sûre d'elle au Canada; elle

bénéficierait du soutien de sa famille et de ses amis là-bas; les perspectives d'emploi de la mère y sont meilleures; **l'enfant en bénéficiera si la mère peut devenir indépendante et vivre dans un environnement stable, et l'enfant souffrira si la mère est soumise à des restrictions et ne retrouve pas confiance en elle.** [Non souligné dans l'original.]

Il s'ensuit que l'amélioration de la situation sociale, émotionnelle et financière de la mère est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

[37] Et, aux paragraphes 141 et 142 de ses motifs, la juge de première instance écrit :

[TRADUCTION]

Il y a aussi une composante psychologique, sociale et émotionnelle au désir de déménager [de la mère], qui souhaite retrouver la stabilité générale et le contrôle de sa vie qui lui échappent depuis la rupture de sa relation avec le père en septembre 2014. Il existe un lien entre la qualité du bien-être émotionnel, psychologique, social et économique d'un parent et la qualité des soins que reçoit l'enfant de la part de la personne principalement chargée de s'en occuper.

L'amélioration de la situation physique, émotionnelle et financière de la mère ne peut que profiter à l'enfant et, par conséquent, être dans son intérêt supérieur.

[Non souligné dans l'original.]

[38] Le second motif invoqué par le juge d'appel pour conclure que la juge de première instance avait commis une erreur en appliquant le critère du déménagement, en l'occurrence que la juge de première instance avait commis une erreur parce qu'elle avait tenu compte des raisons de déménager de la mère, ne tient plus par suite des récentes modifications apportées aux dispositions de la LRDE en ce qui concerne le déménagement.

[39] Les modifications apportées à la LRDE correspondent en grande partie à celles apportées à la *Loi sur le divorce*. L'alinéa 16.92(1)a) de la *Loi sur le divorce* oblige explicitement le tribunal appelé à décider s'il autorise ou non un déménagement à tenir compte des raisons du déménagement. En voici le libellé :

16.92(1) Le tribunal appelé à décider s'il autorise ou non un déménagement important visant un enfant à charge tient compte,

pour déterminer l'intérêt de celui-ci, en sus des facteurs mentionnés à l'article 16, des facteurs suivants :

a) les raisons du déménagement;

[40] Les modifications à la *Loi sur le divorce* sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2021. La disposition transitoire que l'on trouve à l'art. 35.3 de la *Loi sur le divorce* indique clairement que la nouvelle disposition sur le déménagement figurant à l'al. 16.92(1)a) s'applique, à compter de cette date, à toute instance en cours :

35.3 Toute action engagée sous le régime de la présente loi avant la date d'entrée en vigueur du présent article et sur laquelle il n'a pas été définitivement statué avant cette date est instruite, et il en est décidé, conformément à la présente loi dans sa version à cette date ou après celle-ci.

[41] Le paragraphe 39.4 (3) de la LRDE prescrit désormais au tribunal de tenir compte des raisons du déménagement :

39.4 (3) Le tribunal appelé à décider s'il y a lieu d'autoriser le déménagement d'un enfant tient compte de l'intérêt véritable de celui-ci conformément à l'article 24 ainsi que des facteurs suivants :

a) les raisons du déménagement;

[42] Contrairement à la *Loi sur le divorce*, la LRDE ne contient pas de dispositions transitoires explicites régissant les modifications. Toutefois, à mon avis, les modifications apportées à la LRDE doivent également s'appliquer à toute instance en cours lors de leur entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2021. Le bon sens veut que les modifications parallèles à la *Loi sur le divorce* qui concernent les ordonnances parentales visant les enfants des conjoints mariés et celles de la LRDE qui visent les ordonnances parentales visant les enfants de conjoints non mariés s'appliquent de la même façon.

[43] Par conséquent, dans le présent appel, il y a lieu de tenir compte des raisons du déménagement, et l'erreur qu'aurait commise la juge de première instance à cet égard devient caduque.

[44] J'estime, pour ces motifs, que la mère obtient gain de cause sur ce moyen d'appel.

DEUXIÈME QUESTION — LA JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE N'A PAS COMMIS D'ERREUR EN CE QUI CONCERNE LE PRINCIPE DU CONTACT MAXIMUM

[45] Le juge d'appel a trouvé à redire sur la façon dont la juge de première instance avait appliqué le principe du contact maximum, lui reprochant d'avoir [TRADUCTION] « peu analysé » les répercussions négatives que le déménagement

aurait sur la relation entre le père et l'enfant. Je ne suis pas d'accord, et ce, pour deux raisons.

[46] Tout d'abord, compte tenu de l'état du droit en vigueur au moment où la motion a été tranchée, la juge de première instance n'a commis aucune erreur. S'agissant de déterminer si le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, elle était pleinement consciente du principe du contact maximum et de son importance. La décision qu'elle a rendue au sujet du déménagement découlait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui impliquait la pondération de considérations concurrentes, y compris celles découlant du principe du contact maximum. Cette décision commande la déférence. Ce n'est pas la juge de première instance qui a commis une erreur, mais plutôt le juge d'appel, qui s'est fourvoyé en examinant de nouveau les considérations concurrentes en se fondant sur son opinion de la valeur à accorder au principe du contact maximum.

[47] Aux paragraphes 84 à 91 de ses motifs, la juge de première instance aborde le principe du contact maximum sous la rubrique [TRADUCTION] « De l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et ses deux parents ». Elle mentionne le plan détaillé proposé par la mère, qui prévoyait notamment des contacts réguliers entre le père et l'enfant et comportait des dispositions prévoyant un droit d'accès élargi et d'autres encourageant l'enfant à avoir des conversations vidéo régulières avec son père le plus souvent possible. Au paragraphe 91, la juge de première instance conclut expressément que la mère a toujours favorisé la relation du père avec l'enfant. D'autres conclusions tirées par la juge de première instance montrent que la mère a favorisé et préservé cette relation. Toutefois, la juge de première instance conclut, au par. 145 de ses motifs, que l'importance que revêtaient les contacts entre le père et l'enfant ne pouvait l'emporter sur les effets positifs du déménagement pour l'enfant : [TRADUCTION] « [L]es avantages que comporte le déménagement pour la mère et pour l'enfant l'emportent sur les inconvénients d'une réduction possible des contacts entre le père et l'enfant. »

[48] Le juge d'appel est intervenu pour modifier la décision de la juge de première instance sur le déménagement parce qu'à son avis, elle n'avait pas accordé suffisamment de poids au principe du contact maximum. En agissant ainsi, le juge d'appel a commis une erreur de droit. Le rôle d'un tribunal d'appel ne consiste pas à soupeser à nouveau les facteurs pertinents. Le juge d'appel n'aurait été justifié d'intervenir au sujet de la façon dont la juge de première instance avait exercé son pouvoir discrétionnaire que s'il était convaincu qu'elle était déraisonnable (*Reeves*, par. 23). Le juge d'appel n'a pas laissé entendre que la décision de la juge de première instance au sujet du déménagement était déraisonnable, et le dossier ne permettait pas non plus de le penser.

[49] Ensuite, le principe du contact maximum a été remplacé par le par. 24 (6) de la LRDE, une autre nouvelle dispositionⁱⁱⁱ. Comme je l'ai expliqué, puisque le présent appel a été entendu après le 1^{er} mars 2021, le par. 24 (6) s'applique.

[50] Le paragraphe 24 (6) insiste sur l'importance pour l'enfant de passer du temps avec chaque parent tout en déclarant explicitement que l'attribution du temps parental doit être compatible avec l'intérêt véritable de l'enfant. Il dispose :

Lors de l'attribution du temps parental, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque parent autant de temps que ce qui est compatible avec son intérêt véritable.

[51] Les motifs de la juge de première instance démontrent qu'elle était consciente de l'importance pour l'enfant de passer du temps avec chaque parent dès lors que l'attribution du temps parental était compatible avec l'intérêt véritable de l'enfant. J'estime donc que la décision de la juge de première instance sur le déménagement et l'ordonnance accordant un droit de visite sont pleinement conformes au par. 24 (6).

[52] Pour ces motifs, à mon avis, la mère obtient également gain de cause sur ce moyen d'appel.

TROISIÈME QUESTION — LA PREUVE PRÉSENTÉE AU PROCÈS ÉTAIT SUFFISANTE

[53] Le juge d'appel a déclaré qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] « suffisamment de preuves au dossier » pour appuyer la conclusion de la juge de première instance suivant laquelle le déménagement proposé en Mongolie était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. À mon avis, il a commis une erreur. La mère a présenté sa preuve sous forme d'affidavits et cette preuve a été mise à l'épreuve par l'intermédiaire d'un contre-interrogatoire devant la juge de première instance. Cette dernière était la personne la mieux placée pour déterminer si la preuve était suffisante. De plus, elle avait le droit d'accepter le témoignage de la mère, et c'est ce qu'elle a fait.

[54] Dans sa preuve sous forme d'affidavits, la mère a donné des renseignements détaillés au sujet du déménagement proposé et de l'effet qu'il aurait sur l'enfant. Par exemple, au par. 50 de son affidavit du 4 avril 2019, la mère déclare ceci :

[TRADUCTION]

À la suite du déménagement en Mongolie, le niveau de vie [de l'enfant] s'améliorera en raison de l'appartement que je possède en Mongolie. Elle habitera dans un logement de type classe moyenne où, pour la première fois, elle aura sa propre chambre et son propre lit. Les revenus que je compte tirer de mon emploi de consultante, la pension alimentaire qu'elle recevra [du père] et l'aide de mes parents permettront de couvrir les frais de scolarité de l'école privée [de l'enfant], un coût que je n'aurais autrement pu assumer ici au Canada. Je

pourrai également l'inscrire à de nombreuses activités parascolaires, ainsi qu'il est indiqué dans le plan de prise en charge [de l'enfant] en Mongolie. Je m'attends à ce [l'enfant] et moi ayons un style de vie similaire à celui de ma sœur, avec ses deux enfants, y compris des vacances [...]

[55] Et, dans son plan de prise en charge, la mère fait état de ses projets concernant l'éducation, la scolarité, les soins de santé et les activités parascolaires de l'enfant, du rôle que la famille maternelle jouera à l'égard de l'enfant et en tant que soutien de la mère, de la gestion des transitions linguistiques et émotionnelles de l'enfant, des mesures prises pour s'assurer que le père reste en contact avec l'enfant pendant qu'elle se trouve en Mongolie, et de la possibilité pour l'enfant de parler plus couramment le mongol et d'apprendre à connaître son héritage mongol, tout en conservant l'anglais.

[56] Dans son témoignage, la mère a également parlé de ces perspectives professionnelles, de ses relations et réseaux professionnels en Mongolie, et a donné des exemples d'offres d'emploi en Mongolie, avec les salaires prévus ou potentiels.

[57] Le juge d'appel s'est interrogé sur le fait qu'aucun membre de la famille de la mère en Mongolie n'avait témoigné. Des obstacles linguistiques, financiers et techniques à la comparution de témoins provenant de la Mongolie, ajoutés aux moyens financiers limités de la mère, expliquent en grande partie pourquoi le tribunal de première instance n'a pas été en mesure d'entendre des témoignages directs provenant de la Mongolie. En tout état de cause, la véracité des informations fournies par la mère au sujet de sa formation et de son expérience professionnelle en Mongolie n'a pas été mise en doute. Les éléments de preuve concernant l'aide émotionnelle, financière et physique que la famille de la mère lui a déjà apportée, ainsi qu'à son enfant, n'ont pas été contestés. La volonté de la mère de favoriser la relation du père avec l'enfant et les nombreuses mesures qu'elle a prises en ce sens n'ont pas non plus été contestées. Je ne répéterai pas les éléments de preuve relatifs à ces questions, dont les détails ont déjà été fournis. Le fait est que ces éléments de preuve non contestés ont fourni le contexte dans lequel la juge de première instance a examiné le témoignage de la mère et est parvenue à la conclusion que le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Rien ne permet de remettre en question l'acceptation de ces éléments de preuve par la juge de première instance, et encore moins d'intervenir pour modifier sa décision d'autoriser le déménagement.

[58] En affirmant que la preuve versée au dossier était insuffisante pour permettre à la juge de première instance de rendre sa décision, on méconnaît le fait que les affidavits produits par la mère et le témoignage qu'elle a donné au procès constituaient des éléments de preuve que la juge de première instance avait le droit d'accepter. Ces éléments de preuve renfermaient des renseignements

détaillés sur tous les aspects du déménagement et des incidences qu'il aurait sur l'enfant.

[59] La juge de première instance a vu et entendu les parties. Ainsi qu'il ressort clairement de l'arrêt *Van de Perre*, elle était la personne la mieux placée pour déterminer si le déménagement était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle a conclu que c'était le cas et a exercé son pouvoir discrétionnaire en conséquence. Le premier tribunal d'appel n'était aucunement justifié d'intervenir en l'espèce.

[60] J'estime, pour ces motifs, que la mère obtient gain de cause sur ce moyen d'appel.

VI. LA DEMANDE DE PRODUCTION DE NOUVEAUX ÉLÉMENTS DE PREUVE

[61] La juge de première instance a ordonné que le droit de visite estival et hivernal soit exercé au Canada ou à un autre endroit choisi par le père. Toutefois, au procès, la mère et le père avaient convenu que si le déménagement était autorisé, le droit de visite hivernal devrait avoir lieu en Mongolie jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 12 ans.

[62] La mère cherche à présenter de nouveaux éléments de preuve pour démontrer les difficultés que cause à l'enfant l'exercice du droit de visite hivernal au Canada. Ces éléments de preuve montrent notamment que l'enfant devra voyager en avion pendant plus de 25 heures et franchir 12 fuseaux horaires sur une période de trois semaines à un coût financier extraordinaire pour les parties. Les nouveaux éléments de preuve comprennent également une lettre non contestée du médecin de l'enfant, qui estime qu'un tel voyage pourrait entraîner des problèmes de santé pour l'enfant, des interruptions de ses études et des problèmes de comportement découlant de la perte de sommeil et de la fatigue.

[63] Je suis d'avis d'admettre les nouveaux éléments de preuve et d'apporter les modifications demandées au droit de visite hivernal. Je félicite les parties de faire passer l'intérêt supérieur de l'enfant avant leur propre intérêt, comme en témoigne le fait qu'elles sont toujours d'accord pour que le droit de visite hivernal soit exercé en Mongolie jusqu'à ce que l'enfant ait 12 ans et, par la suite, en alternance avec une période de visite hivernale à Toronto et la suivante en Mongolie.

VII. DISPOSITIF

[64] Pour ces motifs, je suis d'avis :

- a. d'accueillir l'appel;
- b. d'annuler la première décision rendue en appel et la décision relative aux dépens du premier appel;
- c. de rétablir l'ordonnance de la juge de première instance, à cette réserve près que je modifierais l'alinéa 3b) pour que le droit de visite hivernal auprès de l'enfant soit exercé en Mongolie

- jusqu'en 2026 inclusivement et, par la suite, en alternance entre le Canada et la Mongolie, la visite de 2027 devant avoir lieu au Canada;
- d. de rétablir la décision relative aux dépens rendue en première instance;
 - e. de remplacer la décision relative aux dépens du premier appel par une adjudication de dépens de 12 500 \$, tout compris, en faveur de la mère.

[65] Étant donné que les parties ont toutes les deux déclaré à l'audience du présent appel qu'elles ne demanderaient pas les dépens du présent appel, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens en ce qui concerne le présent appel ou la motion entendue par le juge Sossin le 19 janvier 2021.

Décision rendue le 5 août 2021

« E.E.G. »
La juge E.E. Gillese

« Je suis du même avis »
Le juge M. Tulloch J.A.

« Je suis du même avis »
Le juge L.B. Roberts

ⁱ La mère a demandé qu'on utilise des initiales seulement dans l'intitulé de la cause. À défaut d'une interdiction d'identification imposée par une loi ou un tribunal, la pratique générale de la Cour dans les litiges privés en matière de droit de la famille consiste à conserver le nom intégral des parties dans l'intitulé de la cause tout en protégeant la vie privée de l'enfant dans toute la mesure du possible.

ⁱⁱ Conformément aux modifications à la LRDE qui sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2021, les termes « garde » et « droit de visite » ont été remplacés par les termes « responsabilité décisionnelle » et « temps parental ». Les paragraphes 76 (2) et (3) de la LRDC prévoient que les mentions de la garde ou du droit de visite dans les ordonnances antérieures au 1^{er} mars 2021 « valent mention de la responsabilité décisionnelle [et du] droit au temps parental » respectivement. Toutefois, pour éviter toute confusion, j'utilise le libellé original des ordonnances existantes.

ⁱⁱⁱ La *Loi sur le divorce* contient également une disposition semblable au par. 16(6) : « [l]orsqu'il attribue du temps parental, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque époux le plus de temps compatible avec son propre intérêt ».