

**Ashley Suzanne Barendregt** *Appellant*

v.

**Geoff Bradley Grebliunas** *Respondent*

and

**Office of the Children’s Lawyer, West Coast Legal Education and Action Fund Association and Rise Women’s Legal Centre** *Interveners*

**INDEXED AS: BARENDREGT v. GREBLIUNAS  
2022 SCC 22**

File No.: 39533.

Appeal heard: December 1, 2, 2021.

Judgment rendered: December 2, 2021.

Reasons delivered: May 20, 2022.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Family law — Custody — Change of residence — Best interests of child — Primary residence of children awarded to mother at trial, allowing children to relocate some ten hours away from father’s residence — Father successfully appealing relocation order — Whether trial judge erred in relocation analysis such that appellate intervention was warranted — Framework governing determination as to whether relocation in child’s best interests.*

*Evidence — Additional evidence on appeal — Father appealing relocation order awarding primary residence of children to mother — Court of Appeal admitting new evidence adduced by father about financial situation — Whether Court of Appeal erred in admitting new evidence — Test governing admission of additional evidence on appeal.*

**Ashley Suzanne Barendregt** *Appelante*

c.

**Geoff Bradley Grebliunas** *Intimé*

et

**Bureau de l’avocat des enfants, West Coast Legal Education and Action Fund Association et Rise Women’s Legal Centre** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BARENDREGT c. GREBLIUNAS  
2022 CSC 22**

N° du greffe : 39533.

Appel entendu : 1<sup>er</sup>, 2 décembre 2021.

Jugement rendu : 2 décembre 2021.

Motifs déposés : 20 mai 2022.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit de la famille — Garde — Changement du lieu de résidence — Intérêt de l’enfant — Octroi au procès de la résidence principale des enfants à la mère, les autorisant à déménager à quelque dix heures de route de la résidence du père — Appel formé avec succès par le père contre l’ordonnance relative au déménagement — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son analyse relative au déménagement justifiant l’intervention de la Cour d’appel? — Cadre d’analyse applicable pour déterminer si un déménagement est dans l’intérêt de l’enfant.*

*Preuve — Éléments de preuve supplémentaires en appel — Appel par le père de l’ordonnance relative au déménagement qui a octroyé la résidence principale des enfants à la mère — Admission par la Cour d’appel de nouveaux éléments de preuve présentés par le père quant à sa situation financière — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve? — Test régissant l’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel.*

The mother met the father in northern British Columbia in 2011, and followed him to Kelowna in 2012. Soon after, they got married, bought a house, and had two boys. The home purchase proved to be a project, as significant money was needed to bring it into livable condition. When the relationship ended in 2018, the house remained an ongoing construction project. After the father assaulted the mother during an argument, the mother brought the boys to her parents' home in Telkwa, some 10 hours away from Kelowna. A parenting arrangement emerged, splitting parenting time alternately between Telkwa and Kelowna, before it was agreed that the children would remain in Kelowna with the father. The parents were to alternate weekly parenting time when the mother returned to Kelowna, which never occurred. Rather, the mother applied to the court to relocate the children to Telkwa. She indicated that she was willing to move to Kelowna if her application was unsuccessful, but the father was unwilling to move to Telkwa under any circumstances.

The trial judge awarded primary residence of the children to the mother and allowed them to relocate to Telkwa. He found that two key issues favoured the move: the more significant issue was the parents' acrimonious relationship and its implications for the children; and the less significant issue was the father's financial situation, particularly with respect to his ability to make the Kelowna home habitable. The father appealed and sought to adduce additional evidence about his finances and the renovations he had made to the house since trial. The Court of Appeal characterized this as "new" evidence because it had not existed at the time of trial. The court applied a different test than that set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. In its view, *Palmer* — and in particular, the due diligence criterion — did not strictly govern the admission of new evidence on appeal. The court then admitted the evidence on the basis that it undermined a primary underpinning of the trial decision and the assumptions that the father might not be able to remain in the Kelowna home had been displaced. As one of trial judge's two main considerations no longer applied, the court held that relocation could no longer be justified. The court thus concluded that the children's best interests were best served by staying in Kelowna with both parents.

*Held* (Côté J. dissenting in part): The appeal should be allowed.

La mère a rencontré le père en 2011, dans le nord de la Colombie-Britannique, et l'a suivi à Kelowna en 2012. Peu de temps après, ils se sont mariés, ont acheté une maison et ont eu deux garçons. L'achat de la maison constituait une lourde charge, puisqu'il fallait beaucoup d'argent pour la rendre habitable. Lorsque les époux se sont séparés en 2018, la maison était encore un chantier de construction en cours. Après que le père a agressé la mère durant une dispute, cette dernière a emmené les deux garçons chez ses parents à Telkwa, à quelque 10 heures de route de Kelowna. Un arrangement pour la garde a été conclu par la suite répartissant le temps parental entre les parents, alternativement à Telkwa et à Kelowna, avant que ceux-ci s'entendent pour que les enfants restent avec le père, à Kelowna. Il était prévu que les parents auraient du temps parental à tour de rôle une semaine à la fois lorsque la mère retournerait dans cette ville, ce qui ne s'est jamais produit. La mère a plutôt présenté une demande à la cour pour que les enfants déménagent à Telkwa. Elle a indiqué être prête à déménager à Kelowna si sa demande était rejetée, mais le père, lui, ne voulait en aucun cas déménager à Telkwa.

Le juge du procès a accordé la résidence principale des enfants à la mère et leur a permis de déménager à Telkwa. Il a conclu que deux éléments militaient en faveur du déménagement : le plus important était la relation acrimonieuse entre les parents et ses conséquences pour les enfants; et le moins important concernait la situation financière du père, particulièrement en ce qui avait trait à sa capacité de rendre la maison de Kelowna habitable. Le père a interjeté appel et a cherché à produire des éléments de preuve supplémentaires relatifs à sa situation financière et aux rénovations qu'il avait faites dans la maison depuis le procès. La Cour d'appel a qualifié de « nouveaux » ces éléments de preuve, puisqu'ils n'existaient pas au moment du procès. Elle a appliqué un test différent de celui énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Selon elle, cet arrêt — et en particulier le critère de la diligence raisonnable — ne régissait pas strictement l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel. La cour a admis les éléments de preuve au motif qu'ils remettaient en question un des fondements principaux de la décision rendue à l'issue du procès et que les hypothèses selon lesquelles le père pourrait ne pas être en mesure de demeurer dans la maison de Kelowna avaient été réfutées. Comme une des deux principales considérations retenues par le juge de première instance ne s'appliquait plus, la cour a jugé que le déménagement n'était plus justifié. Elle a donc conclu que l'intérêt des enfants serait mieux servi s'ils restaient à Kelowna avec les deux parents.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente en partie) : Le pourvoi est accueilli.

*Per* Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal J.J.: Regardless of whether the evidence relates to facts that occurred before or after trial, the test laid out in *Palmer* governs the admission of additional evidence on appeal when it is adduced for the purpose of reviewing the decision below. The *Palmer* test is sufficiently flexible to respond to any unique concerns that arise with “new” evidence. The Court of Appeal erred by applying a different test and admitting the evidence on appeal. The evidence did not satisfy the *Palmer* test because it could have been available for trial with the exercise of due diligence. In any event, given the availability of a variation procedure designed to address any material change in circumstances, its admission was not in the interests of justice. Moreover, the trial judge did not err in his relocation analysis, which was consonant with the mobility framework set out in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, as refined over the past two decades. His factual findings and the weight he ascribed to factors bearing on the children’s best interests warranted deference on appeal. The Court of Appeal was wrong to intervene.

Appellate courts have the discretion to admit additional evidence to supplement the record on appeal. When parties seek to adduce such evidence, the four criteria in *Palmer* typically apply: (a) the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been available for the trial; (b) the evidence is relevant in that it bears upon a decisive or potentially decisive issue; (c) the evidence is credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and (d) the evidence is such that, if believed, it could have affected the result at trial. This framework applies when evidence is adduced on appeal for the purpose of asking the court to review the proceedings in the court below. The test is purposive, fact-specific, and driven by an overarching concern for the interests of justice. It ensures that the admission of additional evidence on appeal will be rare, such that the matters in issue between the parties narrow rather than expand as a case proceeds up the appellate ladder. The test strikes a balance between two foundational principles: finality and order in the justice system, and reaching a just result in the context of the proceedings.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal : Peu importe que les éléments de preuve se rapportent à des faits qui sont survenus avant ou après le procès, le test de l’arrêt *Palmer* régit l’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel lorsqu’ils sont produits dans le but de faire réviser la décision de première instance. Le test de l’arrêt *Palmer* est suffisamment souple pour répondre aux préoccupations particulières qui se posent quant aux « nouveaux » éléments de preuve. La Cour d’appel a commis une erreur en appliquant un test différent et en admettant les éléments de preuve en cause en appel. Ces éléments de preuve ne satisfaisaient pas au test de l’arrêt *Palmer* parce que, si le père avait fait preuve de diligence raisonnable, ils auraient pu être disponibles au procès. En tout état de cause, considérant l’existence d’une procédure en modification conçue pour traiter tout changement de situation important, l’admission de ces éléments de preuve n’était pas dans l’intérêt de la justice. Qui plus est, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur dans son analyse relative au déménagement, qui était conforme au cadre applicable à un déménagement important établi par l’arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, et précisé depuis plus d’une vingtaine d’années. Ses conclusions de fait et le poids qu’il a accordé aux facteurs ayant une incidence sur l’intérêt des enfants commandaient la déférence en appel. La Cour d’appel a eu tort d’intervenir.

Les juridictions d’appel ont le pouvoir discrétionnaire d’admettre des éléments de preuve supplémentaires pour compléter le dossier d’appel. Lorsque les parties cherchent à présenter de tels éléments de preuve, ce sont généralement les quatre critères énoncés dans l’arrêt *Palmer* qui s’appliquent : a) la preuve n’aurait pas pu, même avec diligence raisonnable, être obtenue pour le procès; b) la preuve doit être pertinente, en ce sens qu’elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive; c) la preuve doit être plausible, en ce sens qu’on peut raisonnablement y ajouter foi; d) la preuve doit être telle que, si l’on y ajoute foi, elle aurait influé sur le résultat. Ce cadre d’analyse s’applique lorsque des éléments de preuve sont présentés en appel dans le but de demander à la juridiction d’appel de contrôler les procédures qui se sont déroulées devant la juridiction inférieure. Le test est téléologique, il est tributaire des faits et il est motivé par un souci primordial pour l’intérêt de la justice. Il garantit la rareté de l’admission en appel d’éléments de preuve supplémentaires, de sorte que les questions en litige entre les parties devraient être davantage circonscrites au fur et à mesure que l’affaire progresse devant les tribunaux jusqu’au stade de l’appel. Le test établit un équilibre entre deux principes fondamentaux : le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice, et l’atteinte d’un résultat juste dans le contexte de l’instance.

The first *Palmer* criterion — that the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been available for the trial — focuses on the conduct of the party seeking to adduce the evidence. It requires litigants to take all reasonable steps to present their best case at trial, which ensures finality and order for the parties and the integrity of the judicial system. On an individual level, the principle of finality speaks to the profound unfairness in providing a party the opportunity to make up for deficiencies in his or her case at trial. On a systemic level, it preserves the distinction between the roles of trial and appellate courts: evaluating evidence and making factual findings are the responsibilities of trial judges, while appellate courts are designed to review trial decisions for errors. The admission of additional evidence on appeal blurs this critical distinction. Accordingly, evidence that could, by the exercise of due diligence, have been available for trial should generally not be admitted on appeal. With respect to post-trial evidence, the reason why the evidence was unavailable for trial may very well have its roots in the parties' pre-trial conduct. Courts should accordingly consider whether the party's conduct could have influenced the timing of the fact they seek to prove.

The last three *Palmer* criteria require courts to only admit evidence on appeal when it is relevant, credible, and could have affected the result at trial. Unlike the due diligence criterion, which focuses on the conduct of the party, these three criteria focus on the evidence adduced and are conditions precedent to the evidence being adduced. Evidence that falls short of any of them cannot be admitted on appeal. These criteria reflect the importance of reaching a just result in the context of the proceedings, a principle that is directly linked to the correctness of the trial decision and the truth-seeking function of the trial process.

In the family law context, evidence that does not satisfy the due diligence criterion should generally not be admitted on an appeal of a best interests of the child determination. Finality and order are particularly important in such cases. Children should be afforded the comfort of knowing, with some degree of certainty, where they will live and with whom. Certainty in a trial outcome can ensure an end to a period of immense turmoil, strife, and costs; parties should

Le premier critère de l'arrêt *Palmer* — selon lequel la preuve n'aurait pas pu être obtenue pour le procès, même si la partie qui cherche à la déposer avait fait preuve de diligence raisonnable — met l'accent sur la conduite de la partie qui cherche à produire la preuve. Elle oblige les parties à prendre toutes les mesures raisonnables pour présenter leur meilleure preuve au procès, ce qui garantit le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires pour les parties et l'intégrité du système de justice. Sur le plan individuel, il s'attaque à l'injustice fondamentale que constitue le fait de permettre à une partie de remédier aux lacunes de la cause qu'elle a présentée au procès. Sur le plan systémique, il préserve la distinction entre le rôle des tribunaux de première instance et celui des juridictions d'appel : il incombe aux juges de première instance d'évaluer la preuve et de tirer des conclusions de fait tandis que les juridictions d'appel ont pour mission de vérifier si la décision rendue en première instance comporte des erreurs. L'admission d'éléments de preuve supplémentaires en appel brouille cette distinction essentielle. En conséquence, les éléments de preuve qui auraient pu être disponibles au procès, si la partie les présentant avait fait preuve de diligence raisonnable, ne devraient généralement pas être admis en appel. Quant aux éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès, la raison pour laquelle ils n'ont pas été produits au procès peut très bien avoir trait à la conduite des parties avant le procès. Le tribunal doit donc se demander si la conduite de la partie aurait pu influencer le moment où s'est produit le fait qu'elle cherche à prouver.

Les trois derniers critères du test de l'arrêt *Palmer* obligent les tribunaux à n'admettre en appel que les éléments de preuve qui sont pertinents et plausibles et qui auraient pu influencer sur le résultat du procès. Contrairement au critère de la diligence raisonnable, qui est axé sur la conduite de la partie, ces trois critères portent sur la preuve présentée et ils constituent des conditions préalables à l'admission des éléments de preuve. Tous ceux qui, parmi ces derniers, ne satisfont pas à ces conditions d'admissibilité ne peuvent pas être admis en appel. Ces critères reflètent l'importance de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l'instance, un principe qui est directement lié au bien-fondé de la décision rendue à l'issue du procès et à la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire.

Dans le contexte du droit de la famille, les éléments de preuve qui ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable ne devraient généralement pas être admis dans le cadre de l'appel d'une décision portant sur l'intérêt de l'enfant. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont particulièrement importants dans de telles affaires. Les enfants devraient être rassurés de savoir, avec un certain degré de certitude, où ils vont vivre et avec qui.

do what they can to promote it. Only in rare instances should an absence of due diligence be superseded by the interests of justice, such as in urgent matters requiring an immediate decision. This could also be the case where admitting the additional evidence does not offend the principle of finality despite the failure to meet the due diligence criterion, such as where the appellate court has already identified a material error in the trial judgment below and further evidence may help determine an appropriate order. Such exceptional circumstances do not dispense with the other *Palmer* criteria. Similarly, the best interests of the child cannot be routinely leveraged to ignore the due diligence criterion and admit additional evidence on appeal.

In family law cases, the admission of post-trial evidence on appeal may be unnecessary because legislative variation schemes permit a judge of first instance to vary a parenting order where a change of circumstances justifies a review of a child's best interests. The interest in reaching a just result can therefore be fostered through means other than an appeal and admission of post-trial evidence on appeal can therefore unnecessarily undermine finality and order in family law decisions. Courts must be wary of litigants using the *Palmer* framework to circumvent legislative schemes that provide specific procedures for review. An appeal is not an opportunity to avoid the evidentiary burden in a variation proceeding nor to seek a fresh determination after remedying gaps in a trial strategy with the assistance of the trial judge's reasons. Consequently, in an appeal of a parenting order, courts should consider whether a variation application would be more appropriate in the circumstances. Where an application for additional evidence amounts to what is in substance a disguised application to vary, a court may refuse to admit additional evidence without considering the *Palmer* criteria.

The Court's decision in *Gordon* sets out a two-stage inquiry for determining whether to vary a parenting order

La certitude quant à la décision rendue à l'issue d'un procès peut mettre un terme à une période d'agitation, de conflits et de coûts immenses, et les parties devraient faire tout ce qui est en leur pouvoir pour la favoriser. Ce n'est que dans de rares cas qu'il sera possible d'outrepasser le défaut de diligence raisonnable dans l'intérêt de la justice, comme dans les affaires urgentes exigeant une décision immédiate. Cela peut aussi être le cas lorsque l'admission d'éléments de preuve supplémentaires ne porte aucunement atteinte au principe du caractère définitif des décisions judiciaires, même si le critère de la diligence raisonnable n'a pas été respecté, par exemple, lorsque la juridiction d'appel a déjà relevé une erreur importante dans le jugement de première instance et que les éléments de preuve peuvent l'aider à déterminer l'ordonnance qui s'impose. L'existence de ces circonstances exceptionnelles ne dispense pas de l'application des autres critères de l'arrêt *Palmer*. De même, l'intérêt de l'enfant ne peut pas être systématiquement invoqué pour faire l'impasse sur le critère de la diligence raisonnable et faire admettre des éléments de preuve supplémentaires en appel.

Dans les causes en droit de la famille, l'admission en appel d'éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès peut s'avérer inutile parce que les mécanismes législatifs de modification permettent au juge de première instance de modifier une ordonnance parentale lorsque l'évolution de la situation justifie le réexamen de l'intérêt de l'enfant. La recherche d'un résultat juste peut donc être favorisée par d'autres moyens que l'appel et l'admission en appel d'éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès peut donc porter inutilement atteinte au principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires en ce qui a trait aux décisions en droit de la famille. Les tribunaux doivent se garder de permettre aux parties d'utiliser le cadre d'analyse de l'arrêt *Palmer* pour contourner les mécanismes législatifs qui prévoient des procédures de révision précises. Un appel ne doit pas donner à une partie l'occasion de se soustraire au fardeau de la preuve qui lui incombe dans une instance en modification; il ne doit pas non plus constituer une occasion de chercher à obtenir une nouvelle décision, après avoir remédié aux lacunes d'une stratégie adoptée au procès, en tirant profit des motifs du juge de première instance. Le tribunal saisi de l'appel d'une ordonnance parentale doit donc se demander si une demande en modification ne conviendrait pas mieux dans les circonstances. Lorsqu'une demande en production d'éléments de preuve supplémentaires équivaut en réalité à une demande en modification déguisée, le tribunal peut refuser d'admettre d'autres éléments de preuve, indépendamment des critères de l'arrêt *Palmer*.

L'arrêt *Gordon* de la Cour établit une analyse en deux étapes pour déterminer dans quels cas il y a lieu de modifier



and permit a custodial parent to relocate with the child: first, the party seeking a variation must show a material change in the child's circumstances; second, the judge must determine what order reflects the child's best interests in the new circumstances. Although *Gordon* concerned a variation order, courts have also applied the framework when determining a parenting arrangement at first instance, with appropriate modifications. As the first stage of the *Gordon* inquiry will likely not raise a contentious issue in relocation cases, determining the child's best interests will often constitute the crucial question.

For the past 25 years, case law has refined the *Gordon* framework. The 2019 amendments to the *Divorce Act* largely codified these refinements. Where the *Divorce Act* departs from *Gordon*, the changes reflect the collective judicial experience of applying the *Gordon* factors. While *Gordon* rejected a legal presumption in favour of either party, the *Divorce Act* now contains a burden of proof where there is a pre-existing parenting order, award or agreement (s. 16.93). And although *Gordon* restricted whether courts could consider a moving party's reasons for relocating, this is now an express consideration in the best interests of the child analysis (s. 16.92(1)(a)).

The new *Divorce Act* amendments also respond to issues identified in the case law over the past few decades. The language in s. 16(6) now expressly recognizes that the so-called maximum contact principle is only significant to the extent that it is in the child's best interests. This principle is better referred to as the parenting time factor, and must not be used to detract from the child-centric nature of the inquiry. Section 16.92(2) provides that trial judges shall not consider a parent's testimony that they would move with or without the child, and ss. 16(3)(j) and 16(4) instruct courts to consider any form of family violence and its impact on the perpetrator's ability to care for the child. Courts must consider family violence and its impact on the ability and willingness of any person who engaged in the family violence to care for and meet the needs of the child. This consideration is especially important in mobility cases.

une ordonnance parentale et de permettre au parent gardien de déménager avec l'enfant : la partie qui demande la modification de l'ordonnance doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant; le juge doit ensuite rendre l'ordonnance qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant étant donné la nouvelle situation. Bien que l'arrêt *Gordon* ait porté sur une ordonnance modificative, les tribunaux ont aussi appliqué son cadre d'analyse pour déterminer des arrangements de garde en première instance, en y apportant les modifications appropriées. Comme le premier volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* ne soulèvera probablement pas de question litigieuse dans les causes de déménagement, la détermination de l'intérêt de l'enfant constituera souvent la question cruciale.

Durant les 25 dernières années, la jurisprudence a précisé le cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*. Les modifications apportées en 2019 à la *Loi sur le divorce* ont en grande partie codifié ces précisions. Là où la *Loi sur le divorce* diffère de l'arrêt *Gordon*, les changements reflètent l'expérience judiciaire collective découlant de l'application des facteurs énoncés dans cet arrêt. Bien que ce dernier ait rejeté l'adoption d'une présomption juridique favorable à l'une ou l'autre des parties, la *Loi sur le divorce* prévoit désormais un fardeau de preuve lorsqu'il existe déjà une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente quant aux droits parentaux (art. 16.93). En outre, même si l'arrêt *Gordon* a restreint la capacité des tribunaux d'examiner les raisons pour lesquelles un parent souhaite déménager, il s'agit maintenant d'une considération expressément prévue dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant (al. 16.92(1)a)).

Les nouvelles modifications à la *Loi sur le divorce* répondent également aux questions cernées dans la jurisprudence durant les dernières décennies. Le libellé du par. 16(6) reconnaît désormais expressément que ce qu'on appelle le principe du contact maximum, n'est important que dans la mesure où ce contact est dans l'intérêt de l'enfant. Ce principe, qu'il serait préférable à l'avenir d'appeler le facteur du temps parental, ne doit pas être utilisé pour détourner de la nature de l'analyse qui est centrée sur l'enfant. Le paragraphe 16.92(2) prévoit que le juge de première instance ne doit pas tenir compte du témoignage d'un parent selon lequel il déménagerait avec ou sans l'enfant, et, selon l'al. 16(3)j) et le par. 16(4), les tribunaux doivent désormais tenir compte de la présence de violence familiale et de ses effets sur la capacité de son auteur à prendre soin de l'enfant. Les tribunaux doivent tenir compte de la violence familiale et de ses effets sur la capacité et la volonté de toute personne auteure de violence familiale de prendre soin de l'enfant et de satisfaire à ses besoins. Il s'agit d'un facteur particulièrement important dans les causes relatives à un déménagement.

In light of these refinements, the common law relocation framework can be restated as follows: courts must determine whether relocation is in the best interests of the child, having regard to the child's physical, emotional and psychological safety, security and well-being. This inquiry is highly fact-specific and discretionary, and the scope of appellate review is narrow. A court shall consider all factors related to the circumstances of the child, which may include the child's views and preferences, the history of caregiving, any incidents of family violence, or a child's cultural, linguistic, religious and spiritual upbringing and heritage. A court shall also consider each parent's willingness to support the development and maintenance of the child's relationship with the other parent, and give effect to the principle that a child should have as much time with each parent, as is consistent with the best interests of the child. How the outcome of an application would affect either parties' relocation plans should not be considered.

In the instant case, there was a significant risk that the high-conflict nature of the parents' relationship would impact the children if they stayed in Kelowna, and the mother needed her family's support to care for the children, which was only available in Telkwa. Moreover, the mother was more willing to facilitate a positive relationship between the children and the father than the converse, and there were findings of family violence. Accordingly, there was no reason to set aside the trial judge's decision that relocation was in the children's best interests.

*Per* Côté J. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The new evidence should be admitted, and the appeal should be remanded to the trial court for reconsideration of the children's best interests in light of the new evidence.

There is agreement with the majority that the test laid out in *Palmer* governs, as it applies to both fresh and new evidence, yet there is disagreement with the majority's application of *Palmer* to the facts of the appeal. The Court of Appeal's ultimate conclusion that the evidence is admissible should be upheld, but its treatment of *Palmer* and its decision to reassess the best interests of the children should be rejected. The *Gordon* framework is not properly before the Court, as the parties did not raise the issue. It should be left for another day.

À la lumière de ces précisions, le cadre d'analyse applicable au déménagement peut être reformulé de la façon suivante : le tribunal doit déterminer si le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant, eu égard à sa sûreté, à sa sécurité et à son bien-être physiques, émotionnels et psychologiques. Cet examen est éminemment factuel et discrétionnaire, et la portée du contrôle en appel est restreinte. Le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs liés à la situation de l'enfant dont, notamment, son point de vue et ses préférences, l'historique des soins qui lui ont été apportés, tout incident de violence familiale, ou encore son éducation et son patrimoine culturels, linguistiques, religieux et spirituels. Le tribunal doit aussi tenir compte de la volonté de chaque parent de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre parent, et il doit donner effet au principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque parent autant de temps que compatible avec son intérêt. Le tribunal ne tient pas compte de l'incidence qu'aurait l'issue de la demande sur les plans de l'une ou l'autre des parties de déménager.

En l'espèce, il existait un risque élevé que la nature très conflictuelle de la relation entre les parents ait une incidence sur les enfants s'ils restaient à Kelowna, et la mère avait besoin du soutien de sa famille pour prendre soin d'eux, un soutien qu'elle ne pouvait avoir qu'à Telkwa. En outre, la mère était davantage disposée à promouvoir une relation harmonieuse entre les enfants et le père que l'inverse, et le juge du procès a conclu à l'existence de violence familiale. Il n'existait donc aucun motif pour annuler la décision du juge du procès selon laquelle le déménagement était dans l'intérêt des enfants.

*La* juge Côté (dissidente en partie) : Le pourvoi devrait être accueilli en partie. Les nouveaux éléments de preuve devraient être admis, et l'appel renvoyé à la cour de première instance pour réexamen de l'intérêt des enfants à la lumière des nouveaux éléments de preuve.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que le test établi dans l'arrêt *Palmer* régit les faits de la présente affaire, puisqu'il s'applique tant à la preuve nouvelle qu'aux nouveaux éléments de preuve. Il y a toutefois désaccord avec les juges majoritaires quant à l'application de cet arrêt aux faits du présent pourvoi. La conclusion principale de la Cour d'appel selon laquelle les éléments de preuve sont admissibles devrait être confirmée, mais son traitement de l'arrêt *Palmer* et sa décision de réexaminer l'intérêt des enfants devraient être rejetés. La Cour n'est pas dûment saisie de la question du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*, puisque les parties ne l'ont pas soulevée. Celle-ci devrait être tranchée à une autre occasion.

The *Palmer* test must be applied flexibly in all cases involving the welfare of children. A child's welfare is ongoing and fluid, and an accurate assessment of their current situation is of crucial importance on appeal. Although the rules for admitting new evidence are not designed to permit litigants to retry their cases, the best interests of a child may provide a compelling reason to admit evidence on appeal. An application to vary may in some circumstances be the appropriate procedure, but it remains adversarial in nature; as such, it would also cause strains on the parties' resources and delays.

Narrowing *Palmer's* flexibility to exceptional cases is unduly rigid and undermines the specificity needed in cases involving children's welfare. Indeed, it would often deny judges the full context they need in order to make a sound determination of the best interests of the child in a particular case. Additionally, a rigid view of the *Palmer* criterion of due diligence focuses inordinately and narrowly on the litigant's conduct. The mere fact that new evidence could potentially have been obtained for the trial should not, on its own, preclude an appellate court from reviewing information that bears directly upon the welfare of a child. To be sure, a failure to meet the due diligence criterion is not always fatal, as it is not a condition precedent to admission. When this occurs, it must be determined whether the strength of the other *Palmer* criteria is such that failure to satisfy the due diligence requirement is overborne.

Appellate courts are not entitled to overturn trial court decisions simply because they would have made a different decision or balanced the factors differently. While the Court of Appeal was correct to admit the new evidence, it should not have used it as a pretext to reweigh the trial judge's findings regarding the relationship between the parties. Those findings were not affected by the new evidence and were entitled to appellate deference.

In this case, the new evidence could have affected the result at trial, as it bore on a critical aspect of the trial judge's reasoning. Finality, although important, should not tie the hands of a reviewing court so as to prevent it from crafting a remedy that would advance the best interests of the child. The matter should be remitted to the trial judge because of his extensive knowledge of the family and the

Le test de l'arrêt *Palmer* doit être appliqué avec flexibilité dans tous les dossiers où il est question du bien-être d'enfants. Ce bien-être est de nature évolutive et fluide, et il est crucial en appel d'évaluer la situation des enfants avec précision. Même si les règles relatives à l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve ne sont pas conçues pour permettre aux parties de plaider de nouveau leur cause, l'intérêt d'un enfant peut constituer un motif convaincant pour admettre des éléments de preuve en appel. Dans certaines circonstances, c'est une demande en modification qu'il convient de présenter, mais cette procédure reste de nature contradictoire et, à ce titre, elle aussi placerait un poids supplémentaire sur les ressources des parties et générerait des délais additionnels.

Restreindre l'application flexible de l'arrêt *Palmer* aux cas exceptionnels est indûment rigide et nuit à la spécificité nécessaire dans les dossiers où il est question du bien-être d'enfants. En effet, cette approche priverait souvent les juges du contexte complet dont ils ont besoin pour bien juger de l'intérêt de l'enfant dans un dossier donné. En outre, une approche rigide du critère de la diligence raisonnable du test de l'arrêt *Palmer* se concentre excessivement et étroitement sur la conduite du plaideur. Le simple fait que les nouveaux éléments de preuve auraient pu être obtenus pour le procès ne devrait pas, à lui seul, empêcher une cour d'appel d'examiner des renseignements qui concernent directement le bien-être d'un enfant. Autrement dit, le défaut de satisfaire au critère de la diligence raisonnable n'est pas toujours fatal puisqu'il ne s'agit pas d'une condition préalable à l'admission. En présence d'un tel défaut, il faut déterminer si les autres critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* ont un poids tel qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de diligence raisonnable.

Les cours d'appel ne sont pas autorisées à infirmer les décisions des tribunaux de première instance pour le seul motif qu'ils auraient rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment. Bien que la Cour d'appel ait eu raison d'admettre les nouveaux éléments de preuve, elle n'aurait pas dû les utiliser comme prétexte pour soupeser de nouveau les conclusions du juge de première instance quant à la relation entre les parties. Ces nouveaux éléments de preuve ne portaient pas sur ces conclusions qui auraient dû faire l'objet de déférence en appel.

En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve auraient pu influencer sur le résultat au procès, puisqu'ils concernent un aspect crucial du raisonnement du juge de première instance. Le caractère définitif des décisions judiciaires, bien qu'il soit important, ne devrait pas restreindre la latitude du tribunal d'appel au point de l'empêcher de concevoir une réparation qui favoriserait l'intérêt de l'enfant. L'affaire devrait être



children. Any additional delay and expense resulting from the reconsideration of this matter is justified by the need to assess the best interests of the children in light of their father's current circumstances.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Applied:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; **referred to:** *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Stav v. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302; *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197; *Child and Family Services of Winnipeg v. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90; *Children's Aid Society of Windsor-Essex (County) v. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269; *J.W.S. v. C.J.S.*, 2019 ABCA 153; *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692; *Riel v. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367; *Hellberg v. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126; *North Vancouver (District) v. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201; *Jens v. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136; *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5; *Miller v. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251; *Beauchamp v. Beauchamp*, 2021 SKCA 148; *Cory v. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248; *Radcliff v. Radcliff* (2000), 7 R.F.L. (5th) 425; *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Children's Aid Society of Halton (Region) v. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7; *Children's Aid Society of Toronto v. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Canadian Foundation for*

renvoyée au juge de première instance puisqu'il a une connaissance approfondie de cette famille et des enfants. Tous les délais ou toutes les dépenses supplémentaires découlant du réexamen de cette question sont justifiés par la nécessité d'évaluer l'intérêt des enfants à la lumière de la situation actuelle de leur père.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêts appliqués :** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; **arrêts mentionnés :** *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; *Henderson c. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Stav c. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302; *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *Child and Family Services of Winnipeg c. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90; *Children's Aid Society of Windsor-Essex (County) c. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269; *J.W.S. c. C.J.S.*, 2019 ABCA 153; *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692; *Riel c. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367; *Hellberg c. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126; *North Vancouver (District) c. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201; *Jens c. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136; *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5; *Miller c. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251; *Beauchamp c. Beauchamp*, 2021 SKCA 148; *Cory c. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248; *Radcliff c. Radcliff* (2000), 7 R.F.L. (5th) 425; *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 R.C.S. 645; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Children's Aid Society of Halton (Region) c. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7; *Children's Aid Society of Toronto c. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670;

*Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Hejzlar v. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49; *MacGyver v. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; *Nunweiler v. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323; *L.D.D. v. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200; *Bjornson v. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236; *G.J. v. C.M.*, 2021 YKSC 20; *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125; *Q. (R.E.) v. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622; *Ligate v. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Folahan v. Folahan*, 2013 ONSC 2966; *Slade v. Slade*, 2002 YKSC 40; *Spencer v. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115; *D.P. v. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61; *Hopkins v. Hopkins*, 2011 ABCA 372; *N.T. v. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350; *Morrill v. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165; *Joseph v. Washington*, 2021 BCSC 2014; *Prokopchuk v. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless v. Lawless*, 2003 ABQB 800; *Cameron v. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen v. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. v. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8; *E.S.M. v. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232; *Burns v. Burns*, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66; *L. (S.S.) v. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464; *Orring v. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211; *Larose v. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262; *H.S. v. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55; *D.A.F. v. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387; *Harnett v. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49; *C.M. v. R.L.*, 2013 NSFC 29; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801.

By Côté J. (dissenting in part)

*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *T.G. v. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202; *C.K.S. v. O.S.S.*, 2014 ABCA 416; *Bacic v. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th) 571; *P. (J.) v. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92; *O. (A.) v. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34; *C.L.B. v. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228; *Shorridge-Tsuchiya v. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61,

*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Hejzlar c. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49; *MacGyver c. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; *Nunweiler c. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323; *L.D.D. c. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2e) 200; *Bjornson c. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236; *G.J. c. C.M.*, 2021 YKSC 20; *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125; *Q. (R.E.) c. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622; *Ligate c. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Folahan c. Folahan*, 2013 ONSC 2966; *Slade c. Slade*, 2002 YKSC 40; *Spencer v. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115; *D.P. c. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61; *Hopkins c. Hopkins*, 2011 ABCA 372; *N.T. c. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350; *Morrill c. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165; *Joseph c. Washington*, 2021 BCSC 2014; *Prokopchuk c. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless c. Lawless*, 2003 ABQB 800; *Cameron c. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen c. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. c. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8; *E.S.M. c. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232; *Burns c. Burns*, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66; *L. (S.S.) c. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464; *Orring c. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211; *Larose c. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262; *H.S. c. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55; *D.A.F. c. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387; *Harnett c. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49; *C.M. c. R.L.*, 2013 NSFC 29; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *T.G. c. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202; *C.K.S. c. O.S.S.*, 2014 ABCA 416; *Bacic c. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th) 571; *P. (J.) c. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92; *O. (A.) c. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34; *C.L.B. c. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228; *Shorridge-Tsuchiya c. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61,

315 D.L.R. (4th) 498; *Jiang v. Shi*, 2017 BCCA 232; *PT v. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235; *G (JD) v. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543; *Babich v. Babich*, 2020 SKCA 25; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *K.K. v. M.M.*, 2022 ONCA 72; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518.

### Statutes and Regulations Cited

*Children’s Law Act*, 2020, S.S. 2020, c. 2, ss. 13 to 17.  
*Children’s Law Act*, S.P.E.I. 2020, c. 59, ss. 46 to 52.  
*Children’s Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 39.4.  
*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2<sup>nd</sup> Supp.), ss. 2(1) “family violence” [am. 2019, c. 16, s. 1(7)], 16 [*idem*, s. 12], 16.92(1) [ad. *idem*, s. 12], (2) [*idem*], 16.93 [*idem*], 17(5) [am. *idem*, s. 13(2)], (5.2) [ad. *idem*], (9) [rep. *idem*, s. 13(4)], 35.3 [ad. *idem*, s. 34].  
*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, ss. 65 to 71.  
*Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23, ss. 60 to 66.  
*Parenting and Support Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 18E to 18H.

### Treaties and Other International Instruments

*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1).

### Authors Cited

Artz, Sibylle, et al. “A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth” (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493.  
 Bailey, Allen M. “Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest Factor” (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35.  
 Bala, Nicholas. “Bill C-78: The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada’s *Divorce Act*” (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45.  
 Boyd, Susan B., and Ruben Lindy. “Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act*: Early Jurisprudence” (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101.  
 Canada. Department of Justice. *A Study of Post-Separation/Divorce Parental Relocation*, by Nicholas Bala et al. Ottawa, 2014.  
 Canada. Department of Justice. *Risk Factors for Children in Situations of Family Violence in the Context of Separation and Divorce*, by Peter Jaffe et al. Ottawa, February 2014.

315 D.L.R. (4th) 498; *Jiang c. Shi*, 2017 BCCA 232; *PT c. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235; *G (JD) c. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543; *Babich c. Babich*, 2020 SKCA 25; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *K.K. c. M.M.*, 2022 ONCA 72; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518.

### Lois et règlements cités

*Children’s Law Act*, S.P.E.I. 2020, c. 59, art. 46 à 52.  
*Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 65 à 71.  
*Loi de 2020 sur le droit de l’enfance*, L.S. 2020, c. 2, art. 13 à 17.  
*Loi portant réforme du droit de l’enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 39.4.  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 2(1) « violence familiale » [mod. 2019, c. 16, art. 1(7)], 16 [*idem*, art. 12], 16.92(1) [aj. *idem*, art. 12], (2) [*idem*], 16.93 [*idem*], 17(5) [mod. *idem*, art. 13(2)], (5.2) [aj. *idem*], (9) [abr. *idem*, art. 13(4)], 35.3 [aj. *idem*, art. 34].  
*Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, c. 23, art. 60 à 66.  
*Parenting and Support Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 18E à 18H.

### Traités et autres instruments internationaux

*Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).

### Doctrine et autres documents cités

Artz, Sibylle, et al. « A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth » (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493.  
 Bailey, Allen M. « Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest Factor » (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35.  
 Bala, Nicholas. « Bill C-78 : The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada’s *Divorce Act* » (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45.  
 Boyd, Susan B., and Ruben Lindy. « Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act* : Early Jurisprudence » (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101.  
 Canada. Ministère de la Justice. *Étude sur le déménagement des parents après le divorce ou la séparation*, par Nicholas Bala et al., Ottawa, 2014.  
 Canada. Ministère de la Justice. *Les facteurs de risque pour les enfants exposés à la violence familiale dans le contexte de la séparation ou du divorce*, par Peter Jaffe et al., Ottawa, février 2014.

- El Fateh, Eiad. “A Presumption for the Best?” (2009), 25 *Can. J. Fam. L.* 73.
- Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*, 4th ed. London: LexisNexis, 2009.
- Jaffe, Peter G., Claire V. Crooks and Nicholas Bala. “A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes” (2009), 6 *J. Child Custody* 169.
- Jollimore, Elizabeth, and Ramona Sladic. “Mobility — Are We There Yet?” (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.
- Kelly, Fiona. “Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts” (2011), 49 *Osgoode Hall L.J.* 277.
- Leach, Carolyn, Elizabeth McCarty and Michelle Cheung. “Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.
- Martinson, Donna, and Margaret Jackson. “Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases” (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11.
- Neilson, Linda C. *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases*, 2nd ed. Ottawa: Canadian Legal Information Institute, 2020, 2017 CanLIIDocs 2 (online: <https://canlii.ca/t/ng>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC22\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC22_1_eng.pdf)).
- Thompson, D. A. Rollie. “Ten Years After *Gordon*: No Law, Nowhere” (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307.
- Thompson, Rollie. “Where Is B.C. Law Going? The New Mobility” (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.
- El Fateh, Eiad. « A Presumption for the Best? » (2009), 25 *Rev. can. d. fam.* 73.
- Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley : Res Judicata*, 4th ed., London, LexisNexis, 2009.
- Jaffe, Peter G., Claire V. Crooks and Nicholas Bala. « A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes » (2009), 6 *J. Child Custody* 169.
- Jollimore, Elizabeth, and Ramona Sladic. « Mobility — Are We There Yet? » (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.
- Kelly, Fiona. « Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts » (2011), 49 *Osgoode Hall L.J.* 277.
- Leach, Carolyn, Elizabeth McCarty and Michelle Cheung. « Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.
- Martinson, Donna, and Margaret Jackson. « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11.
- Neilson, Linda C. *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases*, 2nd ed., Ottawa, Institut canadien d’information juridique, 2020, 2017 CanLIIDocs 2 (en ligne : <https://canlii.ca/t/ng>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC22\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC22_1_eng.pdf)).
- Thompson, D. A. Rollie. « Ten Years After *Gordon* : No Law, Nowhere » (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307.
- Thompson, Rollie. « Where Is B.C. Law Going? The New Mobility » (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, DeWitt-Van Oosten and Voith JJ.A.), 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14, 50 R.F.L. (8th) 1, [2021] B.C.J. No. 38 (QL), 2021 CarswellBC 46 (WL), setting aside in part a decision of Saunders J., 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, [2019] B.C.J. No. 2460 (QL), 2019 CarswellBC 3770 (WL). Appeal allowed, Côté J. dissenting in part.

*Darius Bossé, Mark Power and Ryan Beaton*, for the appellant.

*Georgiale A. Lang*, for the respondent.

*Ian Ross, Caterina E. Tempesta and Samantha Wisnicki*, for the intervener the Office of the Children’s Lawyer.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, DeWitt-Van Oosten et Voith), 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14, 50 R.F.L. (8th) 1, [2021] B.C.J. No. 38 (QL), 2021 CarswellBC 46 (WL), qui a infirmé en partie une décision du juge Saunders, 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, [2019] B.C.J. No. 2460 (QL), 2019 CarswellBC 3770 (WL). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente en partie.

*Darius Bossé, Mark Power et Ryan Beaton*, pour l’appelante.

*Georgiale A. Lang*, pour l’intimé.

*Ian Ross, Caterina E. Tempesta et Samantha Wisnicki*, pour l’intervenant le Bureau de l’avocat des enfants.



*Claire E. Hunter, Q.C., Kate Feeney, Kimberley Hawkins and Diana C. Sepúlveda*, for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Rise Women’s Legal Centre.

*Claire E. Hunter, c.r., Kate Feeney, Kimberley Hawkins et Diana C. Sepúlveda*, pour les intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et Rise Women’s Legal Centre.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

KARAKATSANIS J. —

LA JUGE KARAKATSANIS —

### I. Overview

### I. Aperçu

[1] An appeal is not a retrial. Nor is it licence for an appellate court to review the evidence afresh. When appellate courts stray beyond the proper bounds of review, finality and order in our system of justice is compromised. But not every trial decision can weather a dynamic and unpredictable future. Once it is rendered, lives go on and circumstances may change. When additional evidence is put forward, how should appellate courts reconcile the need for finality and order in our legal system with the need for decisions that reflect the just result in the proceedings before the court? And conversely, what framework should guide trial judges when they determine whether relocation is in a child’s best interests, to ensure a just result that can navigate what lies ahead? This appeal raises both questions.

[1] Un appel n’est ni un nouveau procès ni une occasion pour le tribunal d’appel de réexaminer la preuve. Lorsque celui-ci s’aventure au-delà du cadre d’intervention qui lui est dévolu, le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice s’en trouvent compromis. Toutes les décisions rendues à l’issue d’un procès ne peuvent toutefois résister aux aléas et à l’épreuve du temps. Une fois qu’elles ont été rendues, la vie continue et les circonstances peuvent changer. Comment les juridictions d’appel doivent-elles s’y prendre pour concilier l’impératif de notre système de justice de protéger le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires avec celui d’atteindre un résultat juste dans le cadre de l’instance lorsque des éléments de preuve supplémentaires sont présentés? Par ailleurs, quels paramètres doivent guider les juges de première instance qui sont appelés à décider si un déménagement important est dans l’intérêt de l’enfant afin d’assurer l’atteinte d’un résultat juste pouvant s’adapter au futur? Le présent pourvoi soulève ces deux questions.

[2] The Court must first determine the test that applies to the admission of additional evidence on appeal. The Court is asked to decide whether a legal distinction should be drawn between admitting “fresh evidence” (concerning events that occurred before trial) and “new evidence” (concerning events that occurred after trial).

[2] La Cour doit d’abord déterminer le test s’appliquant à l’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel. Elle est appelée à décider s’il y a lieu d’établir une distinction juridique entre l’admission d’une « preuve nouvelle » (portant sur des faits survenus avant le procès) et l’admission de « nouveaux éléments de preuve » (ayant trait à des faits survenus après le procès).



[3] In my view, the test in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, applies whenever a party seeks to adduce additional evidence on appeal for the purpose of reviewing the decision below, regardless of whether the evidence relates to facts that occurred before or after trial. Appellate courts must apply the *Palmer* criteria to determine whether finality and order in the administration of justice must yield in service of a just outcome. The overarching consideration is the interests of justice, regardless of when the evidence, or fact, came into existence.

[4] In cases where the best interests of the child are the primary concern, the *Palmer* test is sufficiently flexible to recognize that it may be in the interests of justice for a court to have more context before rendering decisions that could profoundly alter the course of a child's life. At the same time, finality and order are critically important in family proceedings, and factual developments that occur subsequent to trial are usually better addressed through variation procedures.

[5] In this case, the Court of Appeal for British Columbia held that *Palmer* did not strictly govern the admission of new evidence on appeal. Instead, it applied a different test and admitted the evidence. It erred in doing so.

[6] In my view, the evidence did not satisfy the *Palmer* criteria. The respondent sought to overturn an unfavourable trial outcome by adducing evidence on appeal that could have been available at first instance, had he acted with due diligence. Effectively, he was allowed to remedy the deficiencies in his trial evidence on appeal — with the benefit, and guidance, of the trial reasons. This gave rise to considerable unfairness. And in any event, evidence in family law appeals that is tendered for the purpose of showing a material

[3] À mon avis, le test énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, s'applique chaque fois qu'une partie cherche à produire des éléments de preuve supplémentaires dans le cadre d'un appel dans le but de faire réexaminer la décision rendue en première instance, que ces éléments de preuve concernent des faits survenus avant ou après le procès. Les juridictions d'appel doivent appliquer le test de l'arrêt *Palmer* pour déterminer si le caractère définitif des décisions et le déroulement ordonné des procédures dans le cadre de l'administration de la justice doivent céder le pas au profit de la recherche d'un résultat juste. Le facteur primordial est l'intérêt de la justice, peu importe à quand remontent la preuve ou les faits en cause.

[4] Dans les cas où l'intérêt de l'enfant est la principale préoccupation, le test de l'arrêt *Palmer* est suffisamment souple pour qu'on puisse reconnaître qu'il est peut-être préférable, dans l'intérêt de la justice, que le tribunal dispose d'un contexte plus étoffé avant de rendre une décision susceptible de modifier en profondeur le cours de la vie d'un enfant. Cela dit, le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires revêtent une importance capitale dans les instances en droit de la famille, et il est habituellement préférable d'examiner les faits nouveaux survenus depuis le procès dans le cadre d'une demande en modification.

[5] Dans le cas qui nous occupe, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que le test de l'arrêt *Palmer* ne régissait pas strictement l'admission en appel des nouveaux éléments de preuve. Elle a plutôt appliqué un test différent et admis les éléments de preuve. Ce faisant, elle a commis une erreur.

[6] À mon avis, les éléments de preuve ne satisfaisaient pas au test de l'arrêt *Palmer*. L'intimé a cherché à faire infirmer une décision lui étant défavorable rendue à l'issue du procès. Pour ce faire, il a présenté, en appel, des éléments de preuve qu'il aurait pu produire au procès s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. En réalité, on lui a permis, dans le cadre de l'appel, de remédier aux lacunes de la preuve qu'il avait présentée au procès, en bénéficiant des motifs du juge de première instance.

change of circumstances is more appropriately raised at a variation hearing. *Palmer* should not be used to circumvent a variation scheme that Parliament specifically designed to address such developments. Admission of this evidence on appeal was not in the interests of justice.

[7] The second broad issue in this case relates to the legal framework for determining whether it is in a child's best interests to allow a parent to relocate with the child, away from the other parent. It concerns the application of *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, as refined by the case law over the past two decades and viewed in light of the recent amendments of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).

[8] Determining the best interests of the child is a heavy responsibility, with profound impacts on children, families and society. In many cases, the answer is difficult — the court must choose between competing and often compelling visions of how to best advance the needs and interests of the child. The challenge is even greater in mobility cases. Geographic distance reduces flexibility, disrupts established patterns, and inevitably impacts the relationship between a parent and a child. The forward-looking nature of relocation cases requires judges to craft a disposition at a fixed point in time that is both sensitive to that child's present circumstances and can withstand the test of time and adversity.

[9] The law relating to the best interests of the child has long emphasized the need for individualized and discretionary decision making. But children also need predictability and certainty. To balance these competing interests, the law provides a framework and factors to structure a judge's discretion. This case

Cela a entraîné de graves injustices. Par ailleurs, en tout état de cause, des éléments de preuve présentés dans le cadre d'un appel en droit de la famille pour démontrer qu'est survenu un changement de situation important devraient préférablement être soumis dans le cadre de procédures en modification. L'arrêt *Palmer* ne doit pas servir à contourner un mécanisme de modification expressément conçu par le Parlement pour traiter ce type de changement. L'admission de ces éléments de preuve en appel n'était pas dans l'intérêt de la justice.

[7] La seconde grande question qui se pose en l'espèce a trait au cadre d'analyse pour déterminer s'il est dans l'intérêt d'un enfant de permettre à l'un des deux parents d'aller vivre avec lui loin de l'autre parent. Elle concerne l'application de l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 — tel qu'il a été précisé par la jurisprudence au cours des deux dernières décennies et à la lumière des modifications récentes apportées à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

[8] Déterminer l'intérêt de l'enfant est une lourde responsabilité qui a des répercussions profondes sur lui, sur la famille et sur la société. Dans bien des cas, cette détermination est ardue, dès lors que le tribunal doit choisir entre des visions concurrentes et souvent convaincantes de la meilleure façon de répondre aux besoins et aux intérêts de l'enfant. La difficulté est accentuée dans les affaires où il est question de déménagement. La distance géographique réduit la flexibilité, bouleverse les habitudes ancrées et a inévitablement un impact sur la relation entre un des parents et l'enfant. La nature prospective des affaires où il est question d'un déménagement exige qu'à un moment bien précis, le juge rende une décision qui tienne compte de la situation actuelle de l'enfant et qui puisse résister à l'épreuve du temps et à l'adversité.

[9] Le droit relatif à l'intérêt de l'enfant insiste depuis longtemps sur la nécessité pour les juges de rendre des décisions individualisées et qui reposent sur l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Les enfants ont toutefois également besoin de prévisibilité et de certitude. Pour trouver un équilibre

calls on the Court to examine how some of those considerations apply in mobility cases. In particular, I clarify that a moving parent’s reasons for relocation and the “maximum contact factor” are relevant only to the extent they bear upon the best interests of the child; a parent’s testimony about whether they will move regardless of the outcome of the relocation application should not be considered; and family violence is a significant factor impacting the best interests of the child.

[10] Here, the trial judge did not err in his conclusion that relocation was in the best interests of the children. His factual findings and the weight he ascribed to factors bearing on the children’s best interests warranted deference on appeal. In the absence of any reviewable error, the Court of Appeal was wrong to intervene.

[11] At the conclusion of the hearing, the Court (Côté J. dissenting in part) allowed the appeal and restored the trial judge’s order, for reasons to follow. These are the reasons.

## II. Background

[12] Ashley Barendregt, the mother, met Geoff Grebliunas, the father, in 2011 in the Bulkley Valley, in northern British Columbia. She followed him to Kelowna in 2012, where he had moved for a change of scenery. Soon after, they got married. They bought a house and had two boys, who were aged three and five at the time of trial in 2019. They shared parenting duties throughout the marriage.

[13] The home purchase, already a burden on their modest finances, proved to be a project. An electrical

entre ces intérêts divergents, la loi fournit un cadre d’analyse et énumère des facteurs pour encadrer l’exercice, par les juges, de leur pouvoir discrétionnaire. En l’espèce, notre Cour est appelée à examiner comment ces facteurs s’appliquent dans les affaires où il est question d’un déménagement important. Plus précisément, je clarifie que les raisons pour lesquelles le parent déménage et le « facteur du contact maximum » ne sont pertinents que dans la mesure où ils ont une incidence sur l’intérêt de l’enfant; que l’affirmation du parent selon laquelle il déménagera peu importe l’issue de la demande relative au déménagement ne devrait pas être prise en compte; et que la présence de violence familiale est un facteur significatif lorsqu’il s’agit de déterminer l’intérêt de l’enfant.

[10] Dans le cas qui nous occupe, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en concluant que le déménagement était dans l’intérêt des enfants. Les conclusions de fait qu’il a tirées et le poids qu’il a accordé aux facteurs ayant une incidence sur l’intérêt des enfants commandaient la déférence en appel. En l’absence d’erreur révisable, la Cour d’appel a eu tort d’intervenir.

[11] À la clôture de l’audience, notre Cour a accueilli le pourvoi (la juge Côté s’est dite dissidente en partie) et a rétabli l’ordonnance du juge de première instance, pour des motifs devant être rendus ultérieurement. Voici ces motifs.

## II. Contexte

[12] Ashley Barendregt, la mère, a rencontré Geoff Grebliunas, le père, en 2011 dans la vallée de Bulkley, dans le nord de la Colombie-Britannique. Elle l’a suivi à Kelowna en 2012, où il avait déménagé pour changer d’air. Peu de temps après, ils se sont mariés, ont acheté une maison et ont eu deux garçons, qui étaient âgés respectivement de trois et de cinq ans au moment du procès en 2019. La mère et le père se sont partagé les tâches parentales tout au long du mariage.

[13] La maison, dont l’achat constituait déjà une lourde charge pour leurs modestes moyens, s’est

fire shortly after they moved in exposed underlying problems — “rodents, water ingress, mould, and compromise of a structural floor joist” (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, at para. 6) — that the father, with his background in carpentry, pledged to repair. He tore out drywall, planning to proceed room by room. But progress was slow. By trial, six years later, the house remained an “ongoing construction project” (trial reasons, at para. 5), with a makeshift kitchen and an only recently completed upstairs bathroom. The father’s own expert witness described it as “a working environment, not a living environment”: para. 33. Significant money was needed to bring it to marketable condition — funds the couple lacked, being well into six figures of debt by trial.

[14] Their relationship ended in November 2018, when the father “likely” assaulted the mother during an argument. That night, she drove the 2 boys some 10 hours to her parents’ home in Telkwa, a village in the Bulkley Valley. The parenting arrangement that emerged in the aftermath was formalized in an interim order, splitting parenting time between the parents, alternately in Telkwa and Kelowna, before they agreed to keep the children in Kelowna with the father. When the mother returned to Kelowna, they were to alternate weekly parenting time. But she did not return. A court order gave her parenting time with the boys in Telkwa in August 2019, but she had no further parenting time before the trial, which was held later that year.

[15] The central issue at trial was whether the children should be relocated to Telkwa with the mother or remain in Kelowna. She was willing to move to Kelowna if the father prevailed; he was unwilling to move to the Bulkley Valley under any circumstances.

transformée en chantier permanent. Un incendie d’origine électrique survenu peu après leur emménagement a révélé des problèmes sous-jacents — [TRADUCTION] « présence de rongeurs, infiltration d’eau, moisissures, et état précaire d’une solive de plancher structurelle » (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, par. 6) — que le père, fort de son expérience en menuiserie, s’est engagé à réparer. Il a arraché des cloisons sèches, prévoyant de procéder pièce par pièce, mais les progrès étaient lents. Au moment du procès, six ans plus tard, la maison était encore un [TRADUCTION] « chantier de construction en cours » (motifs de première instance, par. 5), avec une cuisine de fortune et une salle de bain à l’étage qui n’avait été achevée que depuis peu. Le témoin expert du père l’a lui-même décrite comme un [TRADUCTION] « lieu de travail, et non un lieu de vie » : par. 33. Il fallait beaucoup d’argent pour la rendre en état d’être mise sur le marché — des fonds que le couple n’avait pas, étant endetté pour bien au-delà de 100 000 \$ au moment du procès.

[14] Les époux se sont séparés en novembre 2018, lorsque le père a [TRADUCTION] « probablement » agressé la mère durant une dispute. Ce soir-là, celle-ci a fait un trajet d’une dizaine d’heures en voiture pour emmener les deux garçons chez ses parents à Telkwa, un village de la vallée de Bulkley. L’arrangement pour la garde conclu par la suite a été officialisé dans une ordonnance provisoire répartissant le temps parental entre les parents, alternativement à Telkwa et à Kelowna, avant qu’ils ne s’entendent pour confier la garde des enfants au père, à Kelowna. Il était prévu que, lorsque la mère retournerait dans cette ville, les parents auraient du temps parental à tour de rôle une semaine à la fois, mais elle n’y est pas retournée. Une ordonnance judiciaire lui a accordé du temps parental avec les garçons à Telkwa en août 2019, mais elle n’en a pas obtenu d’autre avant le procès, qui a eu lieu plus tard la même année.

[15] Au procès, le débat portait essentiellement sur la question de savoir si les enfants devaient déménager pour aller vivre avec leur mère à Telkwa ou rester à Kelowna. La mère se disait prête à déménager à Kelowna si le père obtenait gain de cause; le père, lui, ne voulait en aucun cas déménager dans la vallée de Bulkley.

[16] After a nine-day trial, the judge awarded primary residence of the children to the mother and allowed them to relocate to Telkwa. The father appealed and sought to adduce additional evidence. The Court of Appeal admitted the evidence, set aside the trial decision, and ordered the children to be returned to Kelowna. That decision was stayed pending appeal to this Court.

### III. Decisions Below

#### A. *Supreme Court of British Columbia, 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331 (Saunders J.)*

[17] The trial judge found that both parents played active parts in raising the children, and relocation to Telkwa would have a significant impact on the children’s relationship with their father. Two key issues, however, favoured the move.

[18] The more significant issue was the parties’ acrimonious relationship and its implications for the children. He doubted they could collaborate to promote the children’s best interests. Their marriage had involved “possibly some degree of emotional abuse”; the father had assaulted and emotionally traumatized the mother; and his conduct at trial was “abusive, and profoundly offensive”: para. 41. There was, he found, “compelling evidence of [the father’s] continuing animosity towards [the mother]”: para. 42.

[19] He concluded that granting the mother primary care of the children would be in their best interests. She was more likely than the father to promote a positive attitude in the boys toward the other parent, and distancing the parents would help isolate the children from their discord. It was also unlikely that the parents could work cooperatively to promote the children’s best interests in a shared parenting structure in the near future. The children would furthermore

[16] Au terme d’un procès de neuf jours, le juge a accordé la résidence principale des enfants à la mère et leur a permis de déménager à Telkwa. Le père a interjeté appel et a cherché à produire des éléments de preuve supplémentaires. La Cour d’appel a admis ces éléments de preuve, annulé la décision rendue à l’issue du procès et ordonné le retour des enfants à Kelowna. L’exécution de cette décision a été suspendue en attendant l’issue du pourvoi formé devant notre Cour.

### III. Juridictions inférieures

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331 (le juge Saunders)*

[17] Le juge de première instance a conclu que les deux parents jouaient un rôle actif dans l’éducation des enfants et que le déménagement à Telkwa aurait un impact important sur leur relation avec leur père. Deux éléments militaient toutefois en faveur du déménagement.

[18] L’élément le plus important était la relation acrimonieuse entre les parties et ses conséquences pour les enfants. Le juge de première instance doutait que les parents puissent collaborer pour promouvoir l’intérêt des enfants. Leur mariage avait [TRADUCTION] « *possiblement [comporté] un certain degré de violence psychologique* »; le père avait agressé et traumatisé psychologiquement la mère et avait adopté au procès un comportement [TRADUCTION] « *empreint de violence et profondément offensant* » : para. 41. Le juge a conclu qu’il y avait [TRADUCTION] « *des preuves convaincantes de l’animosité persistante [du père] envers [la mère]* » : para. 42.

[19] Il a estimé qu’il était dans l’intérêt des enfants de confier leur garde principale à la mère. Celle-ci était plus susceptible que le père de promouvoir chez les garçons une attitude positive envers l’autre parent, et le fait de créer une distance entre elle et le père contribuerait à mettre les enfants à l’abri de leurs querelles. Il était également peu probable que, dans un avenir rapproché, les parents collaborent pour favoriser l’intérêt des enfants dans le cadre



benefit indirectly from the mother living in Telkwa, where she had a stronger support network.

[20] The “less significant” issue was the parties’ financial situation: para. 31. The house needed an influx of money to make it habitable. The father said he would accelerate the renovations but had not prepared a budget for the ongoing work. His plan to live in the house with the boys depended on his parents paying off the mortgage and line of credit, an arrangement they had yet to confirm by trial. The judge concluded that the father’s ability to remain in the house, or even in West Kelowna, was less than certain.

[21] The trial judge concluded that relocation would best promote the children’s interests. He awarded the mother primary residence and granted her application.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14 (Newbury, DeWitt-Van Oosten and Voith J.J.A.)*

[22] The appeal proceeded, and the hearing had nearly ended, when the father’s counsel informed the court that her client’s financial situation had suddenly changed. The father later elaborated in an affidavit: he had taken steps to purchase the mother’s interest in the property; his parents had purchased a half interest in the home and had increased their personal line of credit to finance renovations; the three of them had refinanced the home, nearly halving the monthly mortgage payments; he had completed the bathroom and master bedroom; and a contractor had been hired to finish the kitchen. He sought to admit evidence of all of these developments in the appeal.

[23] Voith J.A., for the court, characterized this as “new” evidence because it had not existed at the time of trial. As such, it was not subject to the

d’une structure de garde partagée. Les enfants allaient également bénéficier indirectement du fait que leur mère allait vivre à Telkwa, où elle disposait d’un réseau de soutien plus solide.

[20] L’élément [TRADUCTION] « moins important » concernait la situation financière des parties : par. 31. La maison avait besoin d’un apport d’argent pour devenir habitable. Le père avait affirmé qu’il allait accélérer les rénovations, mais il n’avait pas fixé de budget pour les travaux en cours. Son projet de vivre dans la maison avec les garçons dépendait du remboursement du prêt hypothécaire et de la marge de crédit par ses parents, un arrangement qui n’avait pas encore été confirmé au moment du procès. Le juge a conclu que la capacité du père de demeurer dans la maison, ou même à Kelowna Ouest, était incertaine.

[21] Le juge de première instance a conclu que le déménagement était l’option qui favoriserait le mieux l’intérêt des enfants. Il a accordé la résidence principale à la mère et a fait droit à sa demande.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14 (les juges Newbury, DeWitt-Van Oosten et Voith)*

[22] L’appel a été instruit et, au moment où l’audience était sur le point de se terminer, l’avocate du père a informé la cour que la situation financière de son client venait soudainement de changer. Par la suite, le père a souscrit un affidavit dans lequel il a expliqué qu’il avait entrepris des démarches pour se porter acquéreur de la part de la mère dans la propriété et que ses parents avaient ensuite acheté la moitié de la maison en plus d’augmenter leur marge de crédit personnelle pour financer les rénovations. Ils avaient tous les trois refinancé la maison, réduisant de presque la moitié les paiements hypothécaires mensuels. Il avait terminé la rénovation de la salle de bain et de la chambre principale et un entrepreneur avait été engagé pour terminer celle de la cuisine. Il a cherché à faire admettre en preuve en appel tous les faits nouveaux en question.

[23] S’exprimant au nom de la cour, le juge Voith a qualifié de [TRADUCTION] « nouveaux » ces éléments de preuve, puisqu’ils n’existaient pas au moment du

*Palmer* test, and the due diligence criterion did not strictly govern its admission. Instead, “new evidence” could be admitted if it established “that a premise or underpinning or understanding of the trial judge that was significant or fundamental or pivotal has been undermined or altered”: para. 43.

[24] The court admitted the evidence, finding that it undermined a primary underpinning of the trial decision, namely, the judge’s findings on the parties’ finances. Specifically, the father had done almost exactly what he had said he would; and the “assumption[s]” that he might not be able to remain in the family home and might not “possibly even [be] able to remain in West Kelowna” had been displaced: para. 57. One of trial judge’s two main considerations no longer applied.

[25] And given this, the other consideration — the parties’ acrimonious relationship — could “no longer support the ultimate result arrived at by the trial judge”: para. 69. The mother’s need for emotional support could not justify relocation, even at the cost of “some friction between the parties”: paras. 74-75. And the trial judge should have considered whether the children could have stayed with their father in Kelowna. The court concluded that the children’s best interests were best served by staying in Kelowna with both parents and ordered accordingly.

#### IV. Issues

[26] This appeal raises two broad issues:

- (i) What test governs the admission of additional evidence on appeal, and did the Court of Appeal err in admitting the evidence in this case?
- (ii) Did the trial judge err in his relocation analysis, warranting appellate intervention?

procès. Ils n’étaient donc pas assujettis au test de l’arrêt *Palmer*, et le critère de la diligence raisonnable ne régissait pas strictement leur admission. De [TRADUCTION] « nouveaux éléments de preuve » pouvaient plutôt être admis s’ils établissaient « qu’une prémisse ou une assise ou une interprétation du juge de première instance qui était importante, fondamentale ou cruciale a été minée ou modifiée » : par. 43.

[24] La cour a admis les éléments de preuve au motif qu’ils remettaient en question un des fondements principaux de la décision rendue à l’issue du procès, en l’occurrence les conclusions tirées par le juge au sujet de la situation financière des parties. Plus précisément, le père avait fait presque exactement ce qu’il avait dit qu’il ferait; et les [TRADUCTION] « hypothèse[s] » selon lesquelles il pourrait ne pas être en mesure de demeurer dans la maison familiale « ou même à Kelowna Ouest » avaient été réfutées : par. 57. L’une des deux principales considérations retenues par le juge de première instance ne s’appliquait donc plus.

[25] De fait, l’autre considération — soit les relations acrimonieuses entre les parties — ne pouvait [TRADUCTION] « plus justifier le résultat final auquel était parvenu le juge de première instance » : par. 69. Le besoin de soutien émotionnel de la mère ne pouvait légitimer le déménagement, même au prix d’une [TRADUCTION] « certaine friction entre les parties » : par. 74-75. En outre, le juge de première instance aurait dû se demander si les enfants auraient pu rester avec leur père à Kelowna. La cour a conclu que l’intérêt des enfants serait mieux servi s’ils restaient à Kelowna avec les deux parents et elle a rendu une ordonnance en conséquence.

#### IV. Questions en litige

[26] Le présent pourvoi soulève deux grandes questions :

- (i) Quel test régit l’admission en appel d’éléments de preuve supplémentaires, et la Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en admettant les éléments de preuve en l’espèce?
- (ii) Le juge de première instance a-t-il commis, dans son analyse du déménagement, une erreur justifiant une intervention en appel?

[27] In brief, I answer as follows. Regardless of whether the evidence relates to facts that occurred before or after trial, the *Palmer* test governs the admission of additional evidence on appeal when it is adduced for the purpose of reviewing the decision below. The Court of Appeal erred by applying a different test and admitting the evidence on appeal. The evidence did not satisfy the *Palmer* test because it could have been available for trial with the exercise of due diligence. In any event, given the availability of a variation procedure designed to address any material change in circumstances, its admission was not in the interests of justice.

[28] Moreover, the trial judge did not err in his relocation analysis. His analysis of the best interests of the children is consonant with the mobility framework set out in *Gordon* as refined over the past two decades. His factual findings and the weight he ascribed to factors bearing on the children's best interests warranted deference on appeal. The Court of Appeal was wrong to intervene.

## V. Analysis

### A. *The Test for Admitting Additional Evidence on Appeal*

[29] Appellate courts have the discretion to admit additional evidence to supplement the record on appeal: *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at p. 188; *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616, at para. 43. Whether in criminal or non-criminal matters (*May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 107), courts have typically applied the four criteria set out by this Court in *Palmer* when parties seek to adduce evidence on appeal:

[27] En somme, je réponds à ces questions de la manière suivante. Peu importe que les éléments de preuve se rapportent à des faits qui sont survenus avant ou après le procès, le test de l'arrêt *Palmer* régit l'admission d'éléments de preuve supplémentaires en appel lorsqu'ils sont produits dans le but de faire réviser la décision de première instance. La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant un test différent et en admettant les éléments de preuve en cause en appel. Ceux-ci ne satisfaisaient pas au test de l'arrêt *Palmer* parce que, si le père avait fait preuve de diligence raisonnable, ils auraient pu être disponibles au procès. En tout état de cause, considérant l'existence d'une procédure en modification conçue pour traiter tout changement de situation important, l'admission de ces éléments de preuve n'était pas dans l'intérêt de la justice.

[28] Qui plus est, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans son analyse du déménagement. En effet, son examen de l'intérêt des enfants est conforme au cadre applicable à un déménagement important qui a été établi par l'arrêt *Gordon* et précisé depuis plus d'une vingtaine d'années. Ses conclusions de fait et le poids qu'il a accordé aux facteurs ayant une incidence sur l'intérêt des enfants commandaient la déférence en appel. La Cour d'appel a eu tort d'intervenir.

## V. Analyse

### A. *Test pour juger de l'admissibilité en appel d'éléments de preuve supplémentaires*

[29] Les juridictions d'appel ont le pouvoir discrétionnaire d'admettre des éléments de preuve supplémentaires pour compléter le dossier d'appel : *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 188; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616, par. 43. Que ce soit en matière criminelle ou non criminelle (*May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 107), les tribunaux appliquent généralement les quatre critères énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Palmer* lorsque les parties cherchent à présenter des éléments de preuve en appel :

- |   |  |
|---|--|
| <p>(i) the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been obtained for the trial (provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases);</p> <p>(ii) the evidence is relevant in that it bears upon a decisive or potentially decisive issue;</p> <p>(iii) the evidence is credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and</p> <p>(iv) the evidence is such that, if believed, it could have affected the result at trial.</p> | <p>(i) on ne doit généralement pas admettre une preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être obtenue pour le procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles;</p> <p>(ii) la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès;</p> <p>(iii) la preuve doit être plausible, en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi;</p> <p>(iv) elle doit être telle que, si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.</p> |
|---|--|

[30] *Palmer* applies when evidence is adduced on appeal “for the purpose of asking the court to review the proceedings in the court below”: *Shulman*, at para. 44. *Palmer* does not, however, apply to evidence going to the validity of the trial process itself (*R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, at paras. 76-77), nor to evidence adduced “as a basis for requesting an original remedy in the Court of Appeal”, such as a stay of proceedings for an abuse of process (*Shulman*, at paras. 44-46).

[30] Le test de l'arrêt *Palmer* s'applique lorsque des éléments de preuve sont présentés en appel dans le but de « demander [à la juridiction d'appel] de contrôler les procédures devant la juridiction inférieure » : *Shulman*, par. 44. Il ne s'applique cependant pas aux éléments de preuve qui concernent la validité même du procès (*R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307, par. 76-77), ou qui visent « à étayer une demande de réparation différente en appel », comme une requête en arrêt des procédures fondée sur un abus de procédure (*Shulman*, par. 44-46).

[31] The *Palmer* test is purposive, fact-specific, and driven by an overarching concern for the interests of justice. It ensures that the admission of additional evidence on appeal will be rare, such that the matters in issue between the parties should “narrow rather than expand as [a] case proceeds up the appellate ladder”: *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44, at para. 10.

[31] Le test de l'arrêt *Palmer* est téléologique, il est tributaire des faits et il est motivé par un souci primordial pour l'intérêt de la justice. Il garantit la rareté de l'admission en appel d'éléments de preuve supplémentaires, de sorte que les questions en litige entre les parties « devraient être davantage circonscrites au fur et à mesure que l'affaire progresse devant les tribunaux jusqu'au stade de l'appel » : *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 10.

[32] The test strikes a balance between two foundational principles: (i) finality and order in the justice system, and (ii) reaching a just result in the context of the proceedings. The first criterion seeks to preserve finality and order by excluding evidence that could have been considered by the court at first instance, had the party exercised due diligence. This protects

[32] Le test établit un équilibre entre deux principes fondamentaux : (i) le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice; et (ii) l'atteinte d'un résultat juste dans le contexte de l'instance. Le premier critère vise à préserver le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires en

certainty in the judicial process and fairness to the other party. The remaining criteria — that the evidence be relevant, credible and could have affected the outcome — are concerned with reaching a just result.

[33] While the interest in the finality of a trial decision and order in the justice system must sometimes give way to reach a just result, as I will explain, a proper application of *Palmer* reflects and safeguards both principles, as well as fairness to the parties.

[34] For the reasons that follow, I conclude that the *Palmer* test applies to all evidence tendered on appeal for the purpose of reviewing the decision below. In my view, the *Palmer* test ensures the proper balance and is sufficiently flexible to respond to any unique concerns that arise when considering whether to admit evidence regarding facts or events that occurred after the trial.

[35] My analysis proceeds as follows. First, I discuss the four *Palmer* criteria. Second, I address the unique challenges that arise when litigants seek to adduce “new” evidence. Third, I consider how *Palmer* applies in the family law context. Finally, I address the use of properly admitted evidence, before turning to the merits of the fresh evidence motion in this case.

(1) The *Palmer* Criteria

(a) *Due Diligence*

[36] Functionally, the first *Palmer* criterion — that the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been obtained for the trial — focuses on the conduct of the party seeking to adduce the

excluant les éléments de preuve dont le tribunal de première instance aurait pu tenir compte si la partie en cause avait fait preuve de diligence raisonnable. On protège ainsi la certitude du processus judiciaire et on garantit l'équité envers la partie adverse. Les autres critères — selon lesquels la preuve doit être pertinente et plausible et aurait influé sur le résultat de l'instance — concernent l'atteinte d'un résultat juste.

[33] Bien que, comme j'expliquerai, l'objectif de protéger le caractère définitif de la décision rendue à l'issue d'un procès et d'assurer le déroulement ordonné des procédures dans notre système de justice doive parfois céder le pas devant celui de parvenir à un résultat juste, ces deux principes — de même que l'équité envers les parties — sont pris en compte et protégés lorsqu'on applique correctement le test de l'arrêt *Palmer*.

[34] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le test de l'arrêt *Palmer* s'applique à tous les éléments de preuve présentés en appel dans le but de faire réviser la décision de première instance. À mon avis, ce test garantit un juste équilibre et est suffisamment souple pour répondre aux préoccupations particulières qui se posent lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'opportunité d'admettre des éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès.

[35] Mon analyse se décline comme suit. Tout d'abord, je discuterai des quatre critères du test de l'arrêt *Palmer*. Ensuite, j'aborderai les défis uniques qui se posent lorsque les plaideurs cherchent à produire de « nouveaux » éléments de preuve. Puis, j'examinerai comment l'arrêt *Palmer* s'applique dans le contexte du droit de la famille. Enfin, je traiterai de l'utilisation d'éléments de preuve correctement admis en appel, avant de me pencher sur le bien-fondé de la requête en production d'une preuve nouvelle en l'espèce.

(1) Le test de l'arrêt *Palmer*

a) *La diligence raisonnable*

[36] Sur le plan fonctionnel, le premier critère de l'arrêt *Palmer* — selon lequel la preuve n'aurait pas pu être obtenue pour le procès, même si la partie qui cherche à la déposer avait fait preuve de diligence



evidence. It requires litigants to take all reasonable steps to present their best case at trial. This ensures finality and order in the judicial process: *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 130; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 19; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728, at para. 15.

[37] The relationship between due diligence, and finality and order are deeply rooted in our common law. The law generally “requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so”: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18. This animates, for example, the cause of action estoppel doctrine, which safeguards “the interest of an individual in being protected from repeated suits and prosecutions for the same cause” and “the finality and conclusiveness of judicial decisions”: K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley: Res Judicata* (4th ed. 2009), at pp. 3-4. This doctrine achieves these ends through a due diligence component: it precludes a party from bringing an action against another party where the basis of the cause of action was argued or could have been argued in the prior action if the party in question had exercised reasonable diligence (*Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621, at pp. 634-38, citing *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100, 67 E.R. 313).

[38] The *Palmer* test’s due diligence criterion plays a similar role: it ensures that litigants put their best foot forward when first called upon to do so.

[39] The principle of finality and order has both individual and systemic dimensions in this setting. On an individual level, it speaks to the profound unfairness in providing “a party the opportunity to make up for deficiencies in [their] case at trial”: *Stav v. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302, at

raisonnable — met l’accent sur la conduite de la partie qui cherche à produire la preuve. Il oblige les parties à prendre toutes les mesures raisonnables pour présenter leur meilleure preuve au procès. Cela garantit le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires : *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 130; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 19; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728, par. 15.

[37] Le lien entre la diligence raisonnable, d’une part, et le caractère définitif ainsi que le déroulement ordonné des procédures judiciaires, d’autre part, est profondément enraciné dans notre common law. En général, « le droit exige des parties qu’elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire » : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 18. C’est ce qui, par exemple, sous-tend la doctrine de la préclusion fondée sur la cause d’action qui garantit [TRADUCTION] « le droit de l’individu d’être protégé d’une multiplicité de demandes et de poursuites pour la même cause » et assure « le caractère définitif et irrévocable des décisions judiciaires » : K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley : Res Judicata* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 3-4. Pour atteindre ces objectifs, cette doctrine fait intervenir un élément de diligence raisonnable : elle empêche une partie d’intenter une action contre une autre lorsque le fondement de la cause d’action a été plaidé ou aurait pu être plaidé dans l’action antérieure, si la partie en question avait fait preuve de diligence raisonnable (*Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621, p. 634-638, citant l’arrêt *Henderson c. Henderson* (1843), 3 Hare 100, 67 E.R. 313).

[38] Le critère de la diligence raisonnable que comporte le test de l’arrêt *Palmer* joue un rôle semblable : il garantit que les parties mettent tout en œuvre pour présenter leur meilleure preuve dès la première occasion qui leur est donnée de le faire.

[39] Dans ce contexte, le principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires comporte à la fois un aspect individuel et un aspect systémique. Sur le plan individuel, il s’attaque à l’injustice fondamentale que constitue le fait de [TRADUCTION] « permettre à une partie de

para. 32. A party who has not acted with due diligence should not be afforded a “second kick at the can”: *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177, at para. 24. And the opposing party is entitled to certainty and generally should not have to relitigate an issue decided at first instance, absent a reviewable error. Otherwise, the opposing party must endure additional delay and expense to answer a new case on appeal. Permitting a party in an appeal to fill the gaps in their trial evidence based on the failings identified by the trial judge is fundamentally unfair to the other litigant in an adversarial proceeding.

[40] On a systemic level, this principle preserves the distinction between the roles of trial and appellate courts. Evaluating evidence and making factual findings are the responsibilities of trial judges. Appellate courts, by contrast, are designed to review trial decisions for errors. The admission of additional evidence on appeal blurs this critical distinction by permitting litigants to effectively extend trial proceedings into the appellate arena.

[41] By requiring litigants to call all evidence necessary to present their best case at first instance, the due diligence criterion protects this distinction. This, in turn, sustains the proper functioning of our judicial architecture (*R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 30), and ensures the efficient and effective use of judicial resources (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 16).

[42] The importance of the due diligence criterion may vary, however, depending on the proposed use of the evidence. Evidence sought to be adduced as a basis for intervention — to demonstrate the first instance decision was wrong — raises greater concerns

remédier aux lacunes de la cause qu’elle a présentée au procès » : *Stav c. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302, par. 32. La partie qui n’a pas agi avec diligence raisonnable ne devrait pas se voir accorder une « seconde chance » : *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177, par. 24. De plus, la partie adverse a le droit de savoir à quoi s’en tenir et ne devrait généralement pas avoir à plaider de nouveau une question qui a été tranchée en première instance, sauf en cas d’erreur justifiant l’intervention de la cour d’appel. Autrement, la partie adverse aurait à supporter des délais et des frais supplémentaires pour répondre à un nouveau dossier en appel. Permettre à une partie à un appel de combler les lacunes de la preuve qu’elle a présentée au procès en se servant des failles relevées par le juge de première instance serait fondamentalement injuste pour l’autre partie dans le cadre d’un débat contradictoire.

[40] Sur le plan systémique, ce principe préserve la distinction entre le rôle dévolu respectivement aux tribunaux de première instance et aux juridictions d’appel. Il incombe aux juges de première instance d’évaluer la preuve et de tirer des conclusions de fait. En revanche, les juridictions d’appel ont pour mission de vérifier si la décision rendue en première instance comporte des erreurs. L’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel brouille cette distinction essentielle en permettant dans les faits aux plaideurs d’étirer les procédures de première instance jusqu’au processus d’appel.

[41] En exigeant des parties qu’elles produisent tous les éléments de preuve nécessaires pour présenter leurs meilleurs arguments en première instance, le critère de la diligence raisonnable protège cette distinction. Cela assure à son tour le bon fonctionnement de notre architecture judiciaire (*R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 30), ainsi que l’utilisation efficace et efficiente des ressources judiciaires (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 16).

[42] L’importance accordée au critère de la diligence raisonnable peut toutefois varier dépendamment de l’usage que l’on compte faire des éléments de preuve en cause. Ainsi, la preuve qu’une partie cherche à produire pour justifier l’intervention de

for finality and order than evidence that may help determine an appropriate order *after* the court has found a material error. Since appellate intervention is justified on the basis of a reviewable error in the decision below, there is less concern for finality and order. Accordingly, in such cases, the due diligence criterion has less bearing on the interests of justice.

[43] In sum, the due diligence criterion safeguards the importance of finality and order for the parties and the integrity of the judicial system. The focus at this stage of *Palmer* is on the *conduct* of the party. This is why evidence that could, by the exercise of due diligence, have been available for trial should generally not be admitted on appeal.

(b) *The Criteria That the Evidence Be Relevant, Credible and Could Have Affected the Result*

[44] The last three *Palmer* criteria require courts to only admit evidence on appeal when it is relevant, credible, and could have affected the result at trial. Unlike the first criterion, which focuses on the *conduct* of the party, these three criteria focus on the *evidence* adduced. And unlike due diligence, the latter three criteria are “conditions precedent” — evidence that falls short of them cannot be admitted on appeal: *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, at para. 14.

[45] These criteria reflect the other principle that animates the *Palmer* test: the importance of reaching

la cour d’appel — en démontrant que la décision de première instance est erronée — risque davantage de compromettre le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires que la preuve qui peut s’avérer utile pour déterminer la réparation appropriée *après* que le tribunal a conclu qu’il y a eu commission d’une erreur importante. Comme les juridictions d’appel sont justifiées d’intervenir lorsqu’elles constatent que la décision de première instance est entachée d’une erreur susceptible de révision, il y a moins lieu de craindre que le principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires ne soit pas respecté. En pareil cas, le critère de la diligence raisonnable a donc moins d’incidence sur l’intérêt de la justice.

[43] En somme, le critère de la diligence raisonnable préserve l’importance que revêtent le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires pour les parties et pour l’intégrité du système de justice. À ce stade du test de l’arrêt *Palmer*, on met l’accent sur la *conduite* de la partie. C’est la raison pour laquelle des éléments de preuve qui auraient pu être disponibles au procès si la partie les présentant avait fait preuve de diligence raisonnable ne devraient généralement pas être admis en appel.

b) *Critères selon lesquels la preuve doit être pertinente, plausible et susceptible d’influer sur le résultat*

[44] Les trois derniers critères du test de l’arrêt *Palmer* obligent les tribunaux à n’admettre en appel que les éléments de preuve qui sont pertinents et plausibles et qui auraient pu influencer sur le résultat du procès. Contrairement au premier critère, qui est axé sur la *conduite* de la partie, ces trois critères portent sur la *preuve* présentée. Et contrairement au critère de la diligence raisonnable, ces trois derniers critères constituent des « conditions » préalables, de sorte que les éléments de preuve qui ne remplissent pas ces conditions d’admissibilité ne peuvent pas être admis en appel : *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, par. 14.

[45] Ces critères reflètent l’autre principe qui sous-tend le test de l’arrêt *Palmer*, en l’occurrence

a just result in the context of the proceedings (*Sipos*, at paras. 30-31; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 56). This principle is directly linked to the correctness of the trial decision and the truth-seeking function of our trial process. Evidence that is unreliable, not credible, or not probative of the issues in dispute may hinder, rather than facilitate, the search for the truth. And as Cory J. observed in *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, at para. 13, “[t]he ultimate aim of any trial, criminal or civil, must be to seek and to ascertain the truth.”

[46] After a court has decided to admit evidence on appeal, it should remain mindful that the evidence has not been put to the test of cross-examination or rebuttal at trial, and the adverse party may not have had the ability to verify its accuracy: *Lévesque*, at para. 25. If the evidence is challenged or its probative value is in dispute, appellate courts may, among other things, provide the opposing party an opportunity to respond, allow cross-examination of a witness, permit the submission of expert evidence in response to additional expert evidence, or remit the matter to the court of first instance: *Lévesque*, at para. 25; see also *Child and Family Services of Winnipeg v. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90, at para. 27; *Children’s Aid Society of Windsor-Essex (County) v. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269 (Ont. C.A.), at paras. 12 and 19.

- (c) *Palmer Resolves the Tension Between the Need for Finality and Order, and the Interest in Reaching a Just Result*

[47] The *Palmer* test reconciles the tension between these two foundational principles — the need for finality and order, and the interest in reaching a just result — to determine the interests of justice in the circumstances of each case: *Sipos*, at para. 31. It is against this backdrop that I address whether the *Palmer* test applies to what has been called “new” evidence

l’importance de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l’instance : *Sipos*, par. 30-31; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 56. Ce principe est directement lié au bien-fondé de la décision rendue à l’issue du procès et à la fonction de recherche de la vérité de notre processus judiciaire. Les éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi, qui ne sont pas plausibles ou qui n’ont pas de valeur probante quant aux questions en litige risquent d’entraver, plutôt que de faciliter, la recherche de la vérité. Comme le juge Cory l’a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, par. 13, « [l]’objectif ultime d’un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité. »

[46] Après avoir décidé d’admettre les éléments de preuve en appel, le tribunal doit garder à l’esprit que ceux-ci n’ont pas été soumis à l’épreuve du contre-interrogatoire ou de la réfutation en première instance, et que la partie adverse n’a peut-être pas eu la possibilité d’en vérifier l’exactitude : *Lévesque*, par. 25. Lorsque les éléments de preuve supplémentaires sont contestés, ou que leur valeur probante est remise en cause, la juridiction d’appel peut, par exemple, donner à la partie adverse l’occasion de répondre, permettre le contre-interrogatoire d’un témoin ou la production d’une preuve d’expert en réponse à une nouvelle preuve d’expert, ou renvoyer l’affaire au tribunal de première instance : *Lévesque*, par. 25; voir aussi *Child and Family Services of Winnipeg c. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90, par. 27; *Children’s Aid Society of Windsor-Essex (County) c. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269 (C.A. Ont.), par. 12 et 19.

- c) *Le test de l’arrêt Palmer concilie la nécessité de protéger le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires et l’importance de parvenir à un résultat juste*

[47] Le test de l’arrêt *Palmer* permet de concilier ces deux principes fondamentaux — en l’occurrence la protection du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires, d’une part, et l’importance de parvenir à un résultat juste, d’autre part — dans le but de déterminer où réside l’intérêt de la justice eu égard aux circonstances de l’espèce :

(more accurately referred to as evidence of facts or events that occurred after trial).

(2) The Palmer Test Applies to Evidence of Facts that Arise After Trial

[48] The primary issue in this appeal is whether and how the *Palmer* test applies to “new” evidence. According to the Court of Appeal, evidence is “new” if it pertains to facts that occurred after trial; “fresh” evidence pertains to facts that occurred before trial, but which, for one reason or another, could not be put before the court.

[49] Appellate courts across the country have differed in their approaches to “new” evidence. Some have applied the *Palmer* criteria (*J.W.S. v. C.J.S.*, 2019 ABCA 153, at para. 37 (CanLII); *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692, at para. 7 (CanLII); *Riel v. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367, at para. 16; *Hellberg v. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126, at paras. 53-54), while others have applied a different or modified test (*North Vancouver (District) v. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.), at paras. 25-26; *Jens v. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136, at paras. 24-29; *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5, at paras. 159-61 and 166 (CanLII); *Miller v. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251, at para. 19; *Beauchamp v. Beauchamp*, 2021 SKCA 148, at para. 36 (CanLII)).

[50] This dissonance in the jurisprudence reflects two apparent paradoxes that arise in applying the first and fourth *Palmer* criteria to “new” evidence. Courts have queried whether new evidence could ever fail the due diligence criterion, since it relates to facts not yet in existence at the time of trial: see *Cory v. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248 (C.A.), at paras. 21 and 28-29; *J.M.F.*, at para. 21. Others have asked how such evidence could possibly have affected a trial outcome that it postdated: *North Vancouver (District)*, at para. 25; *Radcliff v. Radcliff*

*Sipos*, par. 31. C’est sur cette toile de fond que j’aborde la question de savoir si le test de l’arrêt *Palmer* s’applique à ce qu’on appelle les « nouveaux » éléments de preuve (ou, plus exactement, les éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès).

(2) Le test de l’arrêt Palmer s’applique aux éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès

[48] La principale question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si le test de l’arrêt *Palmer* s’applique aux « nouveaux » éléments de preuve. Suivant la Cour d’appel, on qualifie de « nouveaux » éléments de preuve ceux qui portent sur des faits survenus après le procès et de preuve « nouvelle » celle qui porte sur des faits survenus avant le procès, mais qui, pour une raison ou pour une autre, n’a pas pu être soumise au tribunal.

[49] Partout au Canada, les juridictions d’appel ont adopté diverses approches pour aborder la question des « nouveaux » éléments de preuve. Certaines ont appliqué le test de l’arrêt *Palmer* (*J.W.S. c. C.J.S.*, 2019 ABCA 153, par. 37 (CanLII); *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692, par. 7 (CanLII); *Riel c. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367, par. 16; *Hellberg c. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126, par. 53-54), tandis que d’autres ont appliqué un test différent ou modifié (*North Vancouver (District) c. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.), par. 25-26; *Jens c. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136, par. 24-29; *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5, par. 159-161 et 166 (CanLII); *Miller c. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251, par. 19; *Beauchamp c. Beauchamp*, 2021 SKCA 148, par. 36 (CanLII)).

[50] Cette dissonance dans la jurisprudence reflète deux paradoxes apparents qui surgissent lorsqu’on applique les premier et quatrième critères du test de l’arrêt *Palmer* à de « nouveaux » éléments de preuve. Les tribunaux se sont demandé s’il existait des situations dans lesquelles les nouveaux éléments de preuve pourraient ne pas satisfaire au critère de la diligence raisonnable, puisqu’ils se rapportent à des faits qui n’étaient pas encore survenus au moment du procès : voir *Cory v. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248 (C.A.), par. 21 et 28-29; *J.M.F.*, par. 21. D’autres



(2000), 7 R.F.L. (5th) 425 (Ont. C.A.), at para. 10; *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.), at p. 211.

[51] In the face of conflicting British Columbia case law, the Court of Appeal concluded that the *Palmer* test only applies to fresh evidence, and the due diligence criterion did not strictly govern the admission of new evidence. It outlined the following test:

... depending on the circumstances, new evidence may be admitted if it establishes that a premise or underpinning or understanding of the trial judge that was significant or fundamental or pivotal has been undermined or altered. [para. 43]

[52] The mother takes issue with the Court of Appeal's approach: she submits that the *Palmer* criteria apply to both fresh and new evidence. The father argues that the test applied below was appropriate because the new evidence "falsified" the trial decision.

[53] I conclude that the Court of Appeal erred by applying a different test to "new" evidence.

[54] Applying a different test for admitting new evidence — which dispensed with the due diligence criterion — failed to safeguard the delicate balance between finality and order, and the interest in a just result. It is also inconsistent with this Court's *Palmer* jurisprudence. Indeed, this Court has consistently applied *Palmer* to evidence pertaining to events that occurred between the trial and appeal: see, for example, *Catholic Children's Aid Society*, at p. 188; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, at paras. 50-51; *Sipos*, at paras. 29-30. The evidence in *Palmer* concerned facts that occurred both before and after trial and thus included both "fresh" and "new" evidence. The additional evidence included sworn declarations made by one of the key trial witnesses

se sont demandé comment de tels éléments de preuve pourraient avoir influé sur l'issue du procès puisqu'ils lui sont postérieurs : *North Vancouver (District)*, par. 25; *Radcliff c. Radcliff* (2000), 7 R.F.L. (5th) 425 (C.A. Ont.), par. 10; *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.), p. 211.

[51] Devant la jurisprudence contradictoire de la Colombie-Britannique, la Cour d'appel a conclu que le test de l'arrêt *Palmer* ne s'appliquait qu'à la preuve nouvelle et que le critère de la diligence raisonnable ne régissait pas strictement l'admission de nouveaux éléments de preuve. Elle a énoncé le test suivant :

[TRADUCTION] ... selon les circonstances, il est possible d'admettre de nouveaux éléments de preuve s'ils établissent qu'une prémisse ou une assise ou une interprétation du juge de première instance qui était importante, fondamentale ou cruciale a été minée ou modifiée. [par. 43]

[52] La mère s'oppose à l'approche de la Cour d'appel : elle soutient que le test de l'arrêt *Palmer* s'applique tant à la preuve nouvelle qu'aux nouveaux éléments de preuve. Le père affirme pour sa part que le test qui a été appliqué en première instance était approprié parce que les nouveaux éléments de preuve [TRADUCTION] « dénaturaient » la décision rendue à l'issue du procès.

[53] Je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant un test différent aux « nouveaux » éléments de preuve.

[54] En appliquant un test différent pour l'admission de nouveaux éléments de preuve — qui dispense de l'obligation d'appliquer le critère de la diligence raisonnable —, la Cour d'appel n'a pas préservé le fragile équilibre entre le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires, d'une part, et l'importance d'obtenir un résultat juste, d'autre part. Elle a également rendu une décision incompatible avec la jurisprudence élaborée par notre Cour dans la foulée de l'arrêt *Palmer*. En effet, notre Cour a constamment appliqué le test établi par cet arrêt aux éléments de preuve portant sur des faits survenus entre le procès et l'appel : voir, par exemple, les arrêts *Catholic Children's Aid Society*, p. 188; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, par. 50-51; *Sipos*,

who recanted his testimony after trial, declaring that the RCMP promised him money before trial and made the payment after trial.

[55] The *Palmer* test is sufficiently flexible to deal with both types of evidence. As I will explain, the core inquiries under all four criteria remain the same regardless of when the evidence, or the specific fact, came into existence. Because the same test applies, it is unnecessary to distinguish between “fresh” and “new” evidence. *Palmer* applies to the admission of all additional evidence tendered on appeal for the purpose of reviewing the decision below.

(a) *The Due Diligence Criterion*

[56] A common thread running through the parties’ submissions and the Court of Appeal’s decision is that conceptual difficulties arise when applying the due diligence criterion to evidence about facts arising after trial. The mother accepts that due diligence should be eased in instances where it was impossible to adduce the evidence at trial. For the father, it is “by definition . . . not an appropriate consideration” in such cases: R.F., at para. 75. Similarly, the Court of Appeal decided that the due diligence criterion does not strictly govern the admission of new evidence.

[57] But under such a formalistic approach, the timing of events — and not the litigant’s conduct — would dictate the application of the due diligence criterion. For events occurring subsequently, the criterion would effectively be eliminated. This would run counter to our jurisprudence, ignore the litigant’s conduct and would fail to safeguard finality and order within the *Palmer* test. That is precisely what happened in this case. Focusing exclusively on whether the decision

par. 29-30. La preuve dans l’affaire *Palmer* portait sur des faits survenus à la fois avant et après le procès et comprenait donc à la fois de « nouveaux » éléments de preuve et de la preuve « nouvelle ». Les éléments de preuve supplémentaires consistaient notamment en déclarations faites sous serment par un des témoins clés au procès qui a rétracté son témoignage après celui-ci, déclarant que la GRC lui avait promis de l’argent avant le procès et avait payé la somme après celui-ci.

[55] Le test de l’arrêt *Palmer* est suffisamment souple pour tenir compte des deux types de preuve. Comme je vais l’expliquer, les questions fondamentales que posent les quatre critères demeurent les mêmes, peu importe le moment où les éléments de preuve, ou les faits visés, sont apparus. Puisque le même test s’applique, il n’est pas nécessaire de faire la distinction entre la preuve « nouvelle » et les « nouveaux » éléments de preuve. Le test de l’arrêt *Palmer* s’applique à l’admission de toute preuve supplémentaire présentée en appel dans le but de faire réviser la décision de première instance.

a) *Le critère de la diligence raisonnable*

[56] Un élément commun se dégage des observations des parties et de la décision de la Cour d’appel : des difficultés conceptuelles surgissent lorsqu’on applique le critère de la diligence raisonnable à des éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès. La mère accepte que ce critère doive être appliqué avec moins de rigueur lorsqu’il était impossible de présenter les éléments de preuve en question au procès. Pour le père, ce n’est pas, [TRADUCTION] « par définition, une considération appropriée » en pareil cas : m.i., par. 75. De même, la Cour d’appel a estimé que le critère de la diligence raisonnable ne régissait pas strictement l’admission de nouveaux éléments de preuve.

[57] Or, selon une approche aussi formaliste, le moment où sont survenus les faits — et non la conduite de la partie — dicterait l’application du critère de la diligence raisonnable. Pour des événements se produisant subséquemment au procès, ce critère serait, tout compte fait, éliminé. Cela irait à l’encontre de notre jurisprudence, ne tiendrait pas compte de la conduite de la partie et ne protégerait pas le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures

would be different gives undue weight to the interest in reaching a just result — and distorts the delicate balance that the *Palmer* test seeks to maintain.

[58] The due diligence criterion is sufficiently flexible to adapt to any unique concerns raised by evidence of facts that occurred subsequent to trial. As this Court held in *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645, at para. 60, the due diligence criterion is not a rigid one and has been held to be a practical concept that is context-sensitive.

[59] Ultimately, this criterion seeks to determine whether the party could — with due diligence — have acted in a way that would have rendered the evidence available for trial. The due diligence inquiry should focus on the *conduct* of the party seeking to adduce such evidence rather than on the evidence itself. And in doing so, a court should determine, quite simply, why the evidence was not available at the trial: *G.D.B.*, at para. 20.

[60] The reason why “new” evidence was unavailable for trial may have its roots in the parties’ pre-trial conduct. For facts arising after trial, courts should consider whether the party’s conduct could have influenced the timing of the fact they seek to prove. Consider this case. If finances are at issue and a party does not take steps to obtain a financing commitment until after trial, the court may ask why the evidence could not have been obtained for trial. Parties cannot benefit from their own inaction when the existence of those facts was partially or entirely within their control. Again, litigants must put their best foot forward at trial. In the end, what matters is that this criterion properly safeguards finality and order in our judicial process.

judiciaires dans l’application du test de l’arrêt *Palmer*. C’est précisément ce qui s’est produit en l’espèce. En se concentrant exclusivement sur la question de savoir si la décision serait différente, on accorde une importance exagérée à l’intérêt qu’il y a à parvenir à un résultat juste et on fausse l’équilibre délicat que le test de l’arrêt *Palmer* cherche à établir.

[58] Le critère de la diligence raisonnable est suffisamment souple pour s’adapter aux préoccupations particulières que soulèvent les éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès. Comme notre Cour l’a jugé dans l’arrêt *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 R.C.S. 645, par. 60, le critère de la diligence raisonnable n’est pas un facteur rigide; c’est un concept pratique dont l’application est tributaire du contexte.

[59] En fin de compte, ce critère vise à déterminer si la partie aurait pu, en faisant preuve de diligence raisonnable, faire en sorte que la preuve puisse être disponible au procès. L’examen de la diligence raisonnable devrait être axé sur la *conduite* de la partie qui cherche à présenter la preuve en question et non sur la preuve elle-même. Et, pour ce faire, le tribunal doit simplement se demander pourquoi cette preuve n’a pas été produite au procès : *G.D.B.*, par. 20.

[60] La raison pour laquelle les « nouveaux » éléments de preuve n’ont pas été produits au procès peut avoir trait à la conduite des parties avant le procès. Dans le cas des faits survenus après le procès, le tribunal doit se demander si la conduite de la partie aurait pu influencer le moment où s’est produit le fait qu’elle cherche à prouver. Prenons un exemple. S’il s’agit d’une question de financement et que la partie en question n’a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir un engagement de financement avant le procès, le tribunal peut se demander pourquoi cet élément de preuve n’a pas pu être obtenu pour le procès. Une partie ne peut tirer profit de sa propre inaction lorsque l’existence de faits dépend en tout ou en partie d’elle. Encore une fois, une partie doit présenter ses meilleurs arguments et sa meilleure preuve au procès. En fin de compte, ce qui importe, c’est que ce critère protège adéquatement le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice.

[61] In sum, the focus of the due diligence criterion is on the litigant's conduct in the particular context of the case. Considering whether the evidence could have been *available* for trial with the exercise of due diligence is tantamount to the requirement that the evidence could not, with the exercise of due diligence, have been *obtained* for trial. Where a party seeks to adduce additional evidence on appeal, yet failed to act with due diligence, the *Palmer* test will generally foreclose admission.

(b) *The Other Palmer Criteria*

[62] There is no suggestion by the parties that the remaining *Palmer* criteria should operate differently depending on when the fact the evidence seeks to prove occurred. Needless to say, the evidence must be relevant and credible regardless of when it arose. The interest in reaching a just result requires nothing less.

[63] As for the fourth factor — whether the evidence, if believed, could have affected the result at trial — the logic remains the same: a court must approach this criterion purposively. While it is tempting to conclude that evidence of facts arising *after* trial could never have affected the result *at* trial, the inquiry is not so narrow. The question is not the evidence's timing but whether the evidence is sufficiently probative of the trial issues, had it been available. An overly formalistic approach at this stage ignores the underlying rationale of the *Palmer* criteria — here, the interest in reaching a just result in the context of the proceedings.

[64] As noted in *Palmer*, at p. 776, the fourth criterion will be satisfied if the evidence, assuming it was presented to the trier of fact and believed, possesses such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result.

[61] En somme, le critère de la diligence raisonnable est axé sur la conduite du plaideur dans le contexte particulier de l'affaire. Se demander si la preuve aurait pu être *disponible* au procès si la partie qui cherche à la produire en appel avait fait preuve de diligence raisonnable équivaut à l'obliger à démontrer que, même en faisant preuve de diligence raisonnable, il était impossible d'*obtenir* cette preuve pour le procès. Lorsqu'une partie cherche à présenter des éléments de preuve supplémentaires en appel, mais qu'elle n'a pas fait preuve de diligence raisonnable, le test de l'arrêt *Palmer* empêche généralement leur admission.

b) *Les autres critères de l'arrêt Palmer*

[62] Les parties ne prétendent pas que les autres critères de l'arrêt *Palmer* devraient s'appliquer différemment selon le moment où s'est produit le fait que la preuve cherche à établir. Il va sans dire que la preuve doit être pertinente et plausible, quel que soit le moment où les faits visés sont survenus. L'intérêt de parvenir à un résultat juste n'exige rien de moins.

[63] Quant au quatrième critère — celui de savoir si la preuve, advenant que l'on y ajoute foi, aurait influé sur le résultat du procès —, la logique demeure la même : le tribunal doit l'aborder de façon téléologique. Bien qu'il soit tentant de conclure que les éléments de preuve portant sur des faits survenus *après* le procès n'auraient jamais pu influencer sur le résultat *du procès*, l'analyse n'est pas aussi étroite. Elle ne porte pas sur le moment où la preuve est présentée, mais sur la question de savoir si la preuve aurait eu une valeur probante suffisante quant aux questions en litige si elle avait été disponible au procès. Une approche trop formaliste à ce stade ferait l'impasse sur la raison d'être des critères établis par l'arrêt *Palmer* — en l'occurrence, l'intérêt de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l'instance.

[64] Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Palmer*, p. 776, il est satisfait au quatrième critère si la preuve, en supposant qu'elle ait été présentée au juge des faits et que celui-ci y ait ajouté foi, avait un poids et une force probante suffisants pour pouvoir raisonnablement, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat.

(3) The Palmer Test in Family Law Cases Involving the Best Interests of the Child

[65] I turn now to an underlying question raised by this appeal: the flexible application of *Palmer* in cases involving the best interests of the child.

[66] This Court has explained that these cases may require a more flexible application of the fourth *Palmer* criterion: *Catholic Children’s Aid Society*, at p. 188. The Court recognized that the best interests analysis — which takes into account a broad range of considerations, including the needs, means, condition and other circumstances unique to the child before the court — widens the scope of evidence that could affect the result. This criterion, however, remains a condition precedent for the admission of evidence in family appeals. But the flexible approach to the fourth criterion is not the only aspect of *Palmer* that warrants further discussion in the family law context. Two other aspects include (i) the exceptional circumstances where a failure to meet due diligence is not fatal; and (ii) the existence of variation schemes that address factual developments that postdate trial. I address each in turn.

(a) *A Failure to Meet Due Diligence Is Not Fatal in Exceptional Circumstances*

[67] First, given both the premium placed on certainty in cases involving children and the importance of having accurate and up-to-date information when a child’s future hangs in the balance (*Catholic Children’s Aid Society*, at p. 188), evidence that does not meet the due diligence criterion may nonetheless be admitted in exceptional circumstances. Let me explain. Finality and order — in both their individual and systemic dimensions — are *particularly* important in cases involving the best interests of the child: *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 13. Children should be afforded the comfort of knowing, with some degree of certainty, where

(3) Le test de l’arrêt Palmer dans les affaires en droit de la famille mettant en cause l’intérêt de l’enfant

[65] Je passe maintenant à une question sous-jacente qui a été soulevée dans le présent pourvoi, en l’occurrence l’application souple du test de l’arrêt *Palmer* dans les affaires mettant en cause l’intérêt de l’enfant.

[66] Notre Cour a expliqué que ces cas peuvent nécessiter une application plus souple du quatrième critère de l’arrêt *Palmer* : *Catholic Children’s Aid Society*, p. 188. Elle a reconnu que l’analyse de l’intérêt de l’enfant — qui tient compte de multiples considérations, y compris des besoins, des ressources ainsi que d’autres circonstances propres à l’enfant devant le tribunal — élargit l’éventail des éléments de preuve qui pourraient influencer sur le résultat. Ce critère reste toutefois une condition préalable à l’admission d’éléments de preuve supplémentaires dans les appels en matière familiale. L’application souple du quatrième critère n’est cependant pas le seul aspect de l’arrêt *Palmer* qui mérite une discussion plus approfondie dans le contexte du droit de la famille. Il faut également tenir compte de deux autres aspects, à savoir (i) les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le manque de diligence raisonnable n’est pas fatal; et (ii) l’existence de mécanismes de modification qui traitent des faits nouveaux survenus depuis le procès. Je vais aborder ces aspects à tour de rôle.

a) *Le manque de diligence raisonnable n’est pas fatal dans des circonstances exceptionnelles*

[67] Tout d’abord, compte tenu à la fois de la priorité accordée à la certitude dans les affaires concernant les enfants et de l’importance de disposer de renseignements exacts et à jour lorsque l’avenir d’un enfant est en jeu (*Catholic Children’s Aid Society*, p. 188), il est possible, dans certaines circonstances exceptionnelles, d’admettre des éléments de preuve, même s’ils ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable. Je m’explique. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires — tant dans leur aspect individuel que dans leur aspect systémique — sont *particulièrement* importants dans les affaires mettant en jeu l’intérêt d’un enfant : *Van*



they will live and with whom. And unfortunately, an appeal only prolongs the cloud of uncertainty and the hardship and stress a child must endure.

[68] Protracted litigation also places additional strain on the parties' resources. In the context of a spousal separation, families who resort to the adversarial process are often in crisis, with two households now in need of support. As this Court recognized in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, family litigants, particularly women, are often already shouldering the economic consequences of a marital breakdown. Some will be unable to afford the financial and emotional cost of court proceedings at first instance, let alone the strain of relitigating the facts on appeal. Needlessly prolonging this adversarial process does little to assist parties who must find a way to restructure their relationships and cooperate for the sake of their children.

[69] Certainty in a trial outcome can ensure an end to a period of immense turmoil, strife, and costs; parties should do what they can to promote it. Evidence that does not satisfy the due diligence criterion should therefore generally not be admitted, even on an appeal of a best-interests-of-the-child determination.

[70] That said, an absence of due diligence may in rare instances be superseded by the interests of justice: see *Children's Aid Society of Halton (Region) v. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7 (Ont. C.A.), at para. 56. There may be exceptional cases involving a child's best interests where the need for finality and order may need to yield in the interests of justice. The intervener the Office of the Children's Lawyer provides one such example: in urgent matters requiring an immediate decision — a pressing medical or other issue bearing on the child's best interests — it

*de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 13. En effet, les enfants devraient être rassurés de savoir, avec un certain degré de certitude, où ils vont vivre et avec qui. Malheureusement, lorsqu'un appel est interjeté, l'incertitude subsiste et les difficultés ainsi que le stress que l'enfant doit endurer perdurent.

[68] Les litiges qui s'éternisent créent également des contraintes financières additionnelles pour les parties. En raison de la séparation des conjoints, les familles qui ont recours à une procédure contradictoire sont souvent en crise et aux prises avec deux ménages qui ont besoin d'aide. Comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, les parties à un litige familial, en particulier les femmes, sont souvent déjà confrontées aux conséquences économiques de la rupture du mariage. Certaines d'entre elles n'ont pas les moyens d'assumer le coût financier et émotionnel d'une procédure judiciaire en première instance, sans parler des contraintes découlant d'un nouveau débat sur les faits en appel. Prolonger inutilement cette procédure contradictoire n'aide en rien les parties, qui doivent trouver un moyen de restructurer leurs relations et de coopérer pour le bien de leurs enfants.

[69] La certitude quant à la décision rendue à l'issue d'un procès peut mettre un terme à une période d'agitation, de conflits et de coûts immenses, et les parties devraient faire tout ce qui est en leur pouvoir pour la favoriser. Les éléments de preuve qui ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable ne devraient donc généralement pas être admis, même dans le cas de l'appel d'une décision portant sur l'intérêt de l'enfant.

[70] Cela dit, dans de rares cas, il sera possible d'outrepasser le défaut de diligence raisonnable dans l'intérêt de la justice : voir *Children's Aid Society of Halton (Region) c. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7 (C.A. Ont.), par. 56. Il peut y avoir des cas exceptionnels mettant en cause l'intérêt de l'enfant où l'importance de préserver le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires doit céder le pas devant l'intérêt de la justice. Le Bureau de l'avocat des enfants, intervenant dans la présente affaire, en donne un exemple : dans les affaires

may not serve the interests of justice to require a party to show due diligence and further prolong or delay proceedings.

[71] In other cases, admitting the additional evidence may not offend the principle of finality at all, despite the failure to meet the due diligence criterion. For instance, where the appellate court has already identified a material error in the trial judgment below, evidence that may help determine an appropriate order — whether to show the need for a new trial, support a substitute order, or otherwise — may exceptionally warrant admission: *Children’s Aid Society of Halton (Region)*, at paras. 27 and 52-56; *Children’s Aid Society of Toronto v. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267 (Ont. C.A.), at paras. 8-9. This may promote timely justice, consistent with a child’s need to have their future determined with due dispatch: C. Leach, E. McCarty and M. Cheung, “Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.

[72] To be clear, such exceptional circumstances do not dispense with the other *Palmer* criteria — the evidence still must be relevant, credible, and have some material bearing on the outcome. Similarly, the best interests of the child cannot be routinely leveraged to ignore the due diligence criterion and admit additional evidence on appeal. An appeal is not the continuation of a trial. Rather, the party must satisfy the judge that the interest of finality and order is clearly outweighed by the need to reach a just result in the context of the proceedings. In such circumstances, the interests of justice may demand additional evidence to be admitted on appeal.

urgentes exigeant une décision immédiate — une question urgente d’ordre médical ou autre touchant l’intérêt de l’enfant —, il peut ne pas être dans l’intérêt de la justice d’exiger d’une partie qu’elle fasse la preuve de sa diligence raisonnable et de prolonger ou de retarder davantage les procédures.

[71] Dans d’autres cas, il se peut que l’admission d’éléments de preuve supplémentaires ne porte aucunement atteinte au principe du caractère définitif des décisions judiciaires, même si le critère de la diligence raisonnable n’a pas été respecté. Par exemple, lorsque la juridiction d’appel a déjà relevé une erreur importante dans le jugement de première instance, les éléments de preuve qui peuvent l’aider à déterminer l’ordonnance qui s’impose — que ce soit pour démontrer la nécessité d’un nouveau procès, pour justifier le prononcé d’une ordonnance particulière ou pour étayer toute autre décision — pourraient exceptionnellement être admis : *Children’s Aid Society of Halton (Region)*, par. 27 et 52-56; *Children’s Aid Society of Toronto c. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267 (C.A. Ont.), par. 8-9. Cela est susceptible de favoriser une justice plus rapide, conformément à l’impératif de veiller à ce que les enfants soient fixés sur leur sort dans les meilleurs délais : C. Leach, E. McCarty et M. Cheung, « Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.

[72] Je veux être bien claire : l’existence de ces circonstances exceptionnelles ne dispense pas de l’application des autres critères de l’arrêt *Palmer*; la preuve doit toujours être pertinente, plausible et pouvoir influencer sur le résultat. De même, l’intérêt de l’enfant ne peut pas être systématiquement invoqué pour faire l’impasse sur le critère de la diligence raisonnable et faire admettre des éléments de preuve supplémentaires en appel. Un appel n’est pas la continuation d’un procès. La partie doit plutôt convaincre le juge que l’intérêt de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l’instance l’emporte largement sur le principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires. En pareil cas, l’intérêt de la justice peut commander que l’on admette en appel des éléments de preuve supplémentaires.

(b) *The Existence of Variation Schemes That Address Factual Developments That Postdate Trial in Parenting Cases*

[73] Turning to the second feature that arises in the family law context, the admission of post-trial evidence on appeal may be unnecessary because, unlike decisions that award damages in one final order, litigation about ongoing parenting arrangements remains subject to court oversight. Specifically, variation schemes permit a judge of first instance to vary a parenting order where a change of circumstances justifies a review of a child’s best interests. As I will explain, the admission of post-trial evidence on appeal unnecessarily undercuts both finality and order in family law judgments, as well as Parliament’s statutory design.

[74] Because variation procedures are available in parenting cases to address changes arising post-trial, the interest in reaching a just result can be fostered through other means. The admission of post-trial evidence on appeal therefore unnecessarily undermines finality and order in family law decisions.

[75] Moreover, courts must be wary of permitting parties to use the *Palmer* framework to circumvent legislative schemes that provide specific procedures for review. An appeal cannot serve as an indirect route of varying the original parenting order. A variation application and an appeal are distinct proceedings based on fundamentally different premises.

[76] In a variation proceeding, “[t]he court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the

b) *L’existence de mécanismes de modification qui traitent des faits nouveaux survenus depuis le procès dans les causes relatives aux droits parentaux*

[73] En ce qui concerne la deuxième particularité qui se présente dans le contexte du droit de la famille, l’admission en appel d’éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès peut s’avérer inutile parce que, contrairement aux décisions finales ordonnant le paiement de dommages-intérêts, les litiges concernant les arrangements de garde en cours restent soumis au pouvoir de surveillance du tribunal. Plus précisément, les mécanismes de modification permettent au juge de première instance de modifier une ordonnance parentale lorsque l’évolution de la situation justifie le réexamen de l’intérêt de l’enfant. Comme je l’expliquerai, l’admission en appel d’éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès porte inutilement atteinte au principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires en droit de la famille, en plus de ne pas respecter le processus établi par le Parlement.

[74] Comme il existe des procédures en modification pour les affaires relatives aux droits parentaux afin de tenir compte des changements survenus depuis le procès, la recherche d’un résultat juste peut être favorisée par d’autres moyens. L’admission en appel d’éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès porte donc inutilement atteinte au principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires en ce qui a trait aux décisions en droit de la famille.

[75] De plus, les tribunaux doivent se garder de permettre aux parties d’utiliser le cadre d’analyse de l’arrêt *Palmer* pour contourner les mécanismes législatifs qui prévoient des procédures de révision précises. On ne peut se servir d’un appel comme moyen indirect pour faire modifier une ordonnance parentale initiale. La demande en modification et l’appel sont des procédures distinctes qui reposent sur des postulats fondamentalement différents.

[76] Lorsqu’il est saisi d’une demande en modification, « [l]e tribunal ne peut entendre l’affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire

decision”: *Gordon*, at para. 11. The applicant bears the burden of proving that a child’s best interests differ from those determined in the original decision because the circumstances on which that decision was based have materially changed since trial. Once an applicant discharges this burden, the assessment is prospective: a variation judge must enter into a fresh inquiry to determine where the best interests of the child lie, considering the findings of fact of the judge who made the previous order, together with the evidence of new circumstances (*Gordon*, at para. 17). Finality in this context respects the trial judge’s original determination of the child’s best interests: *Gordon*, at para. 17; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 688, per Sopinka J.

[77] An appeal, in contrast, is designed to determine whether there is an error in the trial decision. In other words, the correctness of the previous decision — and not the implications of subsequent events — is the focal point in an appeal. This assessment is inherently retrospective, with the review typically circumscribed within the four corners of the judgment below. Here, finality in the original decision is preserved unless the court identifies a material error.

[78] It is essential that variation procedures and appeals remain distinct in the family law context: holding otherwise would unfairly require the opposing party to defend the original order — absent a material error — in the wrong forum, with appellate judges effectively performing the work assigned to first instance judges in variation procedures. This would displace the corrective function of appellate courts and allow litigants to circumvent Parliament’s variation scheme.

[79] Litigants must not be permitted to game the system in this way: an appeal is not an opportunity to avoid the evidentiary burden in a variation proceeding; nor is it an opportunity to seek a fresh determination,

à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision » : *Gordon*, par. 11. Il incombe au demandeur de prouver que l’intérêt de l’enfant diffère de celui qui a été déterminé dans la décision initiale parce qu’un changement important est survenu dans sa situation depuis que cette décision a été rendue. Une fois que le demandeur s’est acquitté de ce fardeau, l’analyse devient prospective : le juge saisi de la demande en modification doit de nouveau déterminer l’intérêt de l’enfant en tenant compte des conclusions de fait tirées par le premier juge, ainsi que de la preuve relative à la nouvelle situation (*Gordon*, par. 17). Dans ce contexte, le principe du caractère définitif garantit le respect des conclusions tirées au départ par le juge de première instance au sujet de l’intérêt de l’enfant : *Gordon*, par. 17; *Willick v. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688, le juge Sopinka.

[77] L’appel, en revanche, vise à déterminer si la décision de première instance est entachée d’une erreur. En d’autres termes, l’appel porte essentiellement sur le bien-fondé de la décision antérieure, et non sur les conséquences découlant de faits survenus ultérieurement. Il s’agit d’une analyse essentiellement rétrospective dont le cadre est généralement délimité par le jugement rendu en première instance. Dans ce scénario, le caractère définitif de la décision initiale est préservé, à moins que la juridiction d’appel n’y décèle une erreur importante.

[78] Il est essentiel de préserver la distinction entre les procédures en modification et les appels dans le contexte du droit de la famille : s’il en était autrement, on obligerait injustement l’intimé à défendre l’ordonnance initiale — exempte d’erreur importante — devant le mauvais tribunal, obligeant par le fait même les juges d’appel à s’arroger le rôle confié aux juges de première instance dans les demandes en modification. Les cours d’appel se verraient ainsi confier un rôle différent du leur qui consiste à corriger des erreurs commises en première instance, et les parties pourraient contourner le mécanisme de modification établi par le Parlement.

[79] On ne doit pas permettre aux parties de déjouer ainsi le système. Un appel ne doit pas donner à une partie l’occasion de se soustraire au fardeau de preuve qui lui incombe dans une instance en modification; il ne doit pas

after remedying gaps in a trial strategy with the assistance of the trial judge’s “preliminary” reasons. Such a tactical approach in family cases will often be at the expense of the children.

[80] Consequently, in an appeal of a parenting order, courts should consider whether a variation application would be more appropriate in the circumstances. Where an application for additional evidence amounts to what is “in substance a disguised application to vary” (*Riel*, at para. 20), a court may refuse to admit additional evidence without considering the *Palmer* criteria.

(4) The Use of Properly Admitted Evidence on Appeal

[81] As a final observation, even when evidence is properly admitted on appeal, appellate courts must defer to the trial judge’s factual findings that are unaffected by the additional evidence. While assessing the proper outcome in light of additional evidence may require a global consideration of the case (*St-Cloud; Gordon*), appellate courts are not entitled to reweigh or disregard the trial judge’s underlying factual findings absent palpable and overriding error.

(5) Did the Court of Appeal Err in Admitting the Additional Evidence?

[82] In this case, the Court of Appeal erred in admitting the father’s evidence on appeal. It applied the wrong test and failed to consider whether the father exercised due diligence. The evidence could have been available for trial with due diligence. And in any event, this matter could have been dealt with solely on the basis that a fresh evidence motion was not in the interests of justice given the availability of a variation procedure.

non plus constituer une occasion de chercher à obtenir une nouvelle décision, après avoir remédié aux lacunes d’une stratégie adoptée au procès, en tirant profit des motifs « préliminaires » du juge de première instance. Le recours à de telles tactiques dans des causes de droit de la famille se fait souvent au détriment des enfants.

[80] Le tribunal saisi de l’appel d’une ordonnance parentale doit donc se demander si une demande en modification ne conviendrait pas mieux dans les circonstances. Lorsqu’une demande en production d’éléments de preuve supplémentaires équivaut [TRA-DUCTION] « en réalité à une demande en modification déguisée » (*Riel*, par. 20), le tribunal peut refuser d’admettre d’autres éléments de preuve, indépendamment des critères de l’arrêt *Palmer*.

(4) Utilisation en appel d’éléments de preuve correctement admis

[81] Enfin, même lorsque des éléments de preuve sont correctement admis en appel, la juridiction d’appel doit faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait du juge de première instance qui ne sont pas affectées par cette preuve supplémentaire. Bien que la recherche d’un résultat juste à la lumière des éléments de preuve supplémentaires puisse exiger un examen global de l’affaire (*St-Cloud; Gordon*), les juridictions d’appel ne sont pas autorisées à réévaluer ou à ignorer les conclusions de fait sous-jacentes du juge de première instance, sauf en cas d’erreur manifeste et déterminante.

(5) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en admettant les éléments de preuve supplémentaires?

[82] Dans le cas qui nous occupe, la Cour d’appel a commis une erreur en admettant en appel les éléments de preuve présentés par le père. Elle n’a pas appliqué le bon test et ne s’est pas demandé si le père avait fait preuve de diligence raisonnable. Si cela avait été le cas, les éléments de preuve auraient pu être disponibles au procès. Par ailleurs, en tout état de cause, cette question aurait pu être décidée uniquement sur le fondement que la présentation d’une requête en production d’une preuve nouvelle n’était pas dans l’intérêt de la justice compte tenu de l’existence d’un mécanisme de modification.



[83] The father sought to adduce an affidavit at the conclusion of the appeal hearing. He deposed that he had taken steps to pay the mother her interest in the family property “to comply with the order of the trial judge”: C.A. reasons, at para. 27. He also deposed that he refinanced the home and his parents increased their personal line of credit, which went towards renovations that had been partially completed.

[84] The father argues that the evidence addressed the trial judge’s concerns that because of their financial position, his ability to remain in the family home, or even in West Kelowna, was “less than certain”: see R.F., at para. 5; see also trial reasons, at para. 40. These preoccupations, he says, are now “demonstrably incorrect”: R.F., at para. 31.

[85] In a similar vein, the Court of Appeal admitted the evidence because it was “cogent and material”, and it “directly address[ed] one of the two primary underpinnings of the trial decision” (para. 51), since the trial judge’s “concern, or expectation, or ‘assumption’” regarding the father’s ability to remain in the family home “ha[d] been displaced” (para. 57).

[86] The trial judge’s predictions about the state of the father’s finances and his ability to remain at his residence, however, should not be mischaracterized. It was open to the trial judge to make an assessment about the future and make a finding of fact based on the evidence before him. Here, the fact that the father later moved to cure evidentiary deficiencies regarding his ability to finance and renovate the home does not mean that the trial judge erred in his findings or conclusions.

[87] More to the point, the father failed to act with due diligence. Most obviously, the facts he now seeks to prove and rely upon on appeal — that he had the

[83] Le père a cherché à produire un affidavit à la fin de l’audition de l’appel. Il y a affirmé qu’il avait pris des mesures pour payer à la mère sa part de la propriété familiale [TRADUCTION] « afin de se conformer à l’ordonnance du juge de première instance » : motifs de la C.A., par. 27. Il y a également déclaré qu’il avait refinancé la maison et que ses parents avaient augmenté leur marge de crédit personnelle, ce qui lui avait permis de payer les rénovations, qui étaient partiellement achevées.

[84] Le père soutient que ces éléments de preuve dissipaient les doutes soulevés par le juge de première instance, qui estimait que, en raison de leur situation financière, la capacité du père de demeurer dans la maison, ou même à Kelowna Ouest, était [TRADUCTION] « incertaine » : voir m.i., par. 5; voir aussi les motifs de première instance, par. 40. Selon lui, il a été démontré depuis que ces doutes étaient [TRADUCTION] « clairement injustifiés » : m.i., par. 31.

[85] Dans le même ordre d’idées, la Cour d’appel a admis les éléments de preuve parce qu’ils étaient [TRADUCTION] « convaincants et importants » et qu’ils « concern[ai]ent l’un des deux principaux fondements de la décision de première instance » : par. 51. En effet, [TRADUCTION] « la préoccupation, l’attente ou l’“hypothèse” » du juge de première instance quant à la capacité du père de demeurer dans la maison familiale « [avaient] été réfutés » : par. 57.

[86] Il ne faut toutefois pas déformer les prédictions du juge de première instance au sujet de l’état des finances du père et de sa capacité de demeurer dans sa maison. Le juge de première instance pouvait faire une analyse prospective et tirer une conclusion de fait d’après la preuve dont il disposait. En l’espèce, le fait que, par la suite, le père a présenté une demande pour remédier aux lacunes de sa preuve concernant sa capacité de financer et de rénover la maison ne signifie pas pour autant que le juge de première instance a commis une erreur dans ses constatations ou ses conclusions.

[87] Ce qui importe, c’est que le père n’a pas fait preuve de diligence raisonnable. De toute évidence, les faits qu’il cherchait alors à établir et à invoquer

necessary financing to keep his home and make it habitable for the children — were squarely at issue before the trial judge. He could have taken reasonable steps to obtain financing before trial, since he was aware that he needed to refinance to stay in the house: trial reasons, at para. 35. His plan was contingent on obtaining financing from his father, whose testimony was “less definite” (para. 36):

Mr. Grebliunas Sr. has no commitment letters regarding financing. Asked whether he was prepared to offer any more than the amount of the debt, he hedged, saying “We’ll see what the final number is”, and offered his opinion that the property would be “a good investment”. [Emphasis added; para. 38.]

As the trial judge concluded, the practicability of that arrangement remained “an open question”: para. 39.

[88] Allowing the father to resolve these concerns and redraw the factual landscape at the eleventh hour of the appeal occasioned considerable unfairness. In effect, he was allowed to relitigate the same issues on the basis of more favourable facts, displacing the corrective function of the appellate court. Nothing on the record indicates that he was prevented from obtaining the financing commitments before trial. This ran firmly against the interest in finality and order that due diligence is meant to safeguard.

[89] Further, as noted above, an alternative legislative mechanism for varying the trial order was available to deal with any material changes of circumstances arising after trial: *Divorce Act*, s. 17(5); *Gordon*, at para. 10. By successfully adducing the additional evidence, the father was able to circumvent the burden he would have faced in a variation application — that is, proving a change of circumstances from those that justified the children’s relocation to

en appel — en l’occurrence, qu’il disposait du financement nécessaire pour garder sa maison et la rendre habitable pour ses enfants — étaient directement en litige devant le juge de première instance. Il aurait pu prendre des mesures raisonnables pour obtenir du financement avant le procès, puisqu’il savait qu’il devait refinancer la maison pour continuer à y habiter : motifs de première instance, par. 35. Son plan était subordonné à l’obtention d’un financement de la part de son père qui, dans son témoignage, [TRADUCTION] « est demeuré plutôt vague » (par. 36) sur ce point :

[TRADUCTION] Monsieur Grebliunas père n’a pas signé de lettre d’engagement concernant le financement. Interrogé quant à savoir s’il était disposé à offrir davantage que le montant de la dette, il s’est montré hésitant, disant : « [o]n verra quel sera le chiffre final », ajoutant que la propriété serait « un bon investissement ». [Je souligne; par. 38.]

Comme le juge de première instance l’a conclu, la question de savoir si cet arrangement était réalisable demeurait [TRADUCTION] « entière » : par. 39.

[88] En permettant au père de dissiper ces doutes et de redéfinir la trame factuelle à la toute fin de l’appel, la Cour d’appel a créé une grave injustice. En effet, elle lui a permis de plaider de nouveau les mêmes questions en invoquant des faits qui lui étaient plus favorables, s’écarterant par le fait même du rôle qui lui est dévolu de corriger des erreurs commises en première instance. Rien dans le dossier ne permet de penser que le père ait été empêché d’obtenir des engagements financiers avant le procès. Cette façon de procéder allait carrément à l’encontre du principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires devant être protégé par le critère de la diligence raisonnable.

[89] En outre, comme je l’ai déjà signalé, la loi prévoit un autre mécanisme pour obtenir la modification de l’ordonnance de première instance afin de tenir compte des changements de situation importants depuis le procès : *Loi sur le divorce*, par. 17(5); *Gordon*, par. 10. En réussissant à produire les éléments de preuve supplémentaires, le père a pu se soustraire au fardeau de preuve auquel il aurait été assujéti dans le cadre d’une demande en modification et qui l’aurait

Telkwa. Instead, he received what amounted to a near fresh evaluation of the children’s best interests.

[90] A flexible approach to *Palmer* in cases involving the welfare of children must not permit what is “in substance a disguised application to vary”: *Riel*, at para. 20. And as stated above, courts should be mindful of not permitting parties to use the *Palmer* framework to circumvent and undermine parliamentary schemes that provide specific procedures for review or variation upon shifts in the factual landscape.

[91] There are no circumstances here that render the admission of this evidence necessary in the interests of justice. The Court of Appeal erred in admitting the additional evidence on appeal.

#### B. *The Framework Governing Relocation Cases*

[92] I turn now to the second question in this appeal: whether the trial judge erred in his analysis of the mother’s application to relocate to Telkwa with the children.

[93] The father argues that the trial judge erred in his application of the common law framework that governs relocation applications, and that this framework should be updated. He raises concerns regarding the trial judge’s application of *Gordon* to the parties’ shared parenting arrangement; his treatment of the “maximum contact principle”; the weight he afforded to the mother’s reasons for moving; his neglect of the mother’s testimony that she would stay in Kelowna and co-parent if her application failed; and the impact of family violence and discord between the parties on his analysis: R.F., at paras. 24-29, 33-37, 67 and 84-88.

obligé à démontrer qu’un changement était survenu dans la situation qui avait initialement justifié le déménagement des enfants à Telkwa. Au lieu de cela, il a pu bénéficier de ce qui équivalait à une évaluation presque entièrement nouvelle de l’intérêt des enfants.

[90] L’application d’une approche souple du test de l’arrêt *Palmer* dans les affaires mettant en cause le bien-être d’enfants ne doit pas donner lieu à ce qui correspond [TRADUCTION] « en réalité à une demande en modification déguisée » : *Riel*, par. 20. Et comme je l’ai déjà expliqué, les tribunaux doivent veiller à ne pas permettre aux parties d’utiliser le cadre d’analyse de l’arrêt *Palmer* pour contourner et affaiblir un régime législatif qui prévoit des mécanismes précis de révision ou de modification en cas d’évolution du contexte factuel.

[91] En l’espèce, la situation ne rend pas l’admission de ces éléments de preuve nécessaire dans l’intérêt de la justice. La Cour d’appel a commis une erreur en les admettant en appel.

#### B. *Cadre d’analyse des affaires mettant en cause un déménagement important*

[92] Je passe maintenant à la seconde question en litige dans le présent pourvoi, en l’occurrence celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la demande présentée par la mère pour être autorisée à déménager à Telkwa avec les enfants.

[93] Le père plaide que le juge de première instance a commis une erreur dans son application du cadre d’analyse applicable aux demandes relatives à un déménagement, ajoutant qu’il y a lieu d’actualiser ce cadre. Il soulève des questions concernant l’application de l’arrêt *Gordon*, par le juge de première instance, à l’arrangement de garde partagée des parties, la façon dont il a appliqué le « principe du contact maximum », le poids qu’il a accordé aux raisons invoquées par la mère pour justifier le déménagement, le fait qu’il a négligé le témoignage de la mère selon lequel elle demeurerait à Kelowna et partagerait les responsabilités parentales si sa demande était rejetée, et les incidences de la violence familiale et de la discorde entre les parties sur son analyse : m.i., par. 24-29, 33-37, 67 et 84-88.

[94] These submissions all bring into focus how case law across the country has refined and supplemented the *Gordon* framework for over 25 years. Indeed, the *Gordon* framework is flexible by design; it is not an unyielding set of rules. And with decades of *Gordon* jurisprudence as a guide, the federal government and many provinces have now enacted statutory relocation regimes that largely reflect the judicial experience evinced in the case law. As I will explain, this jurisprudential and legislative lineage provides a clear framework for all family arrangements going forward. The trial judge's assessment of the best interests of the child is consistent with this refined framework. It was free from material error and entitled to deference on appeal.

[95] My reasons proceed as follows. First, I touch on the best interests of the child and the unique nature of mobility cases. Second, I underline the importance of deference in cases involving parenting issues. Third, I set out the refined *Gordon* framework in light of jurisprudential and legislative refinements that have occurred over the past two decades. Finally, I turn to the specific issues raised in this case: whether the trial judge erred in his application of the *Gordon* framework.

(1) The Best Interests of the Child

[96] The best interests of the child are an important legal principle in our justice system: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 9. It is a staple in domestic statutes, international law, and the common law: see, for example, *Divorce Act*, s. 16; *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1); *Gordon*; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2

[94] Ces arguments nous amènent à nous pencher sur la manière dont la jurisprudence qui a été élaborée un peu partout au pays a précisé et complété le cadre de l'arrêt *Gordon* durant les 25 dernières années. D'ailleurs, ce cadre a été conçu pour être souple. Il ne s'agit pas d'un ensemble de règles inflexibles. Fort de la jurisprudence sur ce cadre d'analyse élaborée depuis des décennies, le gouvernement fédéral et bon nombre de provinces ont en outre adopté des régimes législatifs en matière de déménagement qui s'inspirent en grande partie de l'expérience judiciaire. Comme je vais l'expliquer, cette jurisprudence et ces lois fournissent désormais des balises claires pour tous les arrangements familiaux. L'évaluation que le juge de première instance a faite de l'intérêt des enfants est conforme à ce cadre d'analyse précisé. Son analyse n'est entachée d'aucune erreur importante et elle commande la déférence en appel.

[95] J'exposerai mes motifs dans l'ordre suivant. Premièrement, j'aborderai la question de l'intérêt de l'enfant et le caractère unique des affaires dans lesquelles il est question d'un déménagement important. Deuxièmement, j'insisterai sur l'importance de faire preuve de déférence dans les affaires portant sur des droits parentaux. Troisièmement, j'exposerai le cadre de l'arrêt *Gordon* précisé à la lumière des nuances apportées par la jurisprudence et par les lois au cours des deux dernières décennies. Finalement, je me pencherai sur la question précise soulevée en l'espèce, soit celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son application du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*.

(1) L'intérêt de l'enfant

[96] L'intérêt de l'enfant est un principe juridique important dans notre système de justice : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 9. Il occupe une place centrale dans nos lois internes, en droit international et en common law : voir, par exemple, *Loi sur le divorce*, art. 16; *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, par. 3(1); *Gordon*; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *A.C. c. Manitoba (Directeur*

S.C.R. 181; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909.

[97] But, even with a wealth of jurisprudence as guidance, determining what is “best” for a child is never an easy task. The inquiry is “highly contextual” because of the “multitude of factors that may impinge on the child’s best interest”: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 11; *Gordon*, at para. 20.

[98] The difficulties inherent to the best interests principle are amplified in the relocation context. Untangling family relationships may have profound consequences, especially when children are involved. A child’s welfare remains at the heart of the relocation inquiry, but many traditional considerations do not readily apply in the same way.

[99] In *Gordon*, this Court set out a framework for deciding whether relocation is in the best interests of the child. Under this framework, a judge has the onerous task of determining a child’s best interests in the tangle of competing benefits and detriments posed by either outcome: *Hejzlar v. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49, at para. 23. And as Abella J.A. (as she then was) once observed, “[i]t can be no more than an informed opinion made at a moment in the life of a child about what seems likely to prove to be in that child’s best interests”: *MacGyver v. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 489.

(2) The Importance of Deference in Parenting Cases Affecting the Best Interests of the Child

[100] The scope of appellate review in family law cases is narrow: *Van de Perre*, at para. 11. Determining a child’s best interests is always a fact-specific and highly discretionary determination: *Van de Perre*,

*des services à l’enfant et à la famille*), 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909.

[97] Cela dit, même avec une abondante jurisprudence pour guider les tribunaux, il n’est jamais facile de déterminer où réside « l’intérêt » d’un enfant. Il s’agit d’une analyse qui « dépen[d] fortement du contexte », en raison de la « multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l’intérêt de l’enfant » : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 11; *Gordon*, par. 20.

[98] Les difficultés inhérentes à l’application du principe de l’intérêt sont amplifiées en cas de déménagement important. L’éclatement d’une cellule familiale peut avoir de lourdes conséquences, surtout lorsque des enfants sont impliqués. Le bien-être de l’enfant demeure au cœur de l’analyse du déménagement, mais bon nombre de considérations traditionnelles ne s’appliquent pas aussi aisément que dans d’autres contextes.

[99] Dans l’arrêt *Gordon*, notre Cour a défini un cadre d’analyse permettant de déterminer si le déménagement est dans l’intérêt de l’enfant. Selon ce cadre, le juge a la lourde tâche de déterminer l’intérêt de l’enfant en tenant compte de l’ensemble des avantages et des inconvénients concurrents que présente l’une ou l’autre des issues : *Hejzlar c. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49, par. 23. Et, comme la juge Abella (plus tard juge de notre Cour) l’a déjà fait observer, [TRADUCTION] « [i] ne peut s’agir que d’une opinion éclairée, formulée à un moment précis de la vie d’un enfant, sur ce qui semble susceptible d’être dans son intérêt » : *MacGyver c. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 489.

(2) L’importance de faire preuve de déférence dans les causes relatives aux responsabilités parentales ayant une incidence sur l’intérêt de l’enfant

[100] Dans les affaires familiales, la portée du contrôle en appel est restreinte : *Van de Perre*, par. 11. La détermination de l’intérêt de l’enfant est toujours une décision hautement discrétionnaire et tribunaire



at para. 9. And as Gonthier J. observed, “Courts of Appeal should be highly reluctant to interfere with the exercise of a trial judge’s discretion”: *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1374.

[101] The trial judge is the fact finder and has the benefit of the intangible impact of conducting the trial: *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801, at para. 81. After hearing from the parties directly, weighing the evidence, and making factual determinations, the trial court is best positioned to determine the best parenting arrangement.

[102] An appellate court’s role, as noted, is instead generally one of error correction; it is not to retry a case. Permitting appellate courts to become venues for dissatisfied parties to relitigate issues already resolved at trial erodes the public’s confidence in the judicial process and the rule of law. The proper functioning of our judicial system requires each level of court to remain moored to its respective role in the administration of justice.

[103] Therefore, an appellate court may only intervene where there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law: *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, at para. 12; *Van de Perre*, at para. 11.

[104] Absent an error of law or a palpable and overriding error of fact, deference is vital: *Housen*, at paras. 8, 10, 36 and 39. Appellate courts must review a trial judge’s reasons generously and as a whole, bearing in mind the presumption that trial judges know the law: *G.F.*, at para. 79. As I have explained, an appeal is not a litigant’s opportunity for a “second kick at the can”, especially in parenting cases where finality is of paramount importance: *Van de Perre*, at para. 13.

des faits : *Van de Perre*, par. 9. Et, comme le juge Gonthier l’a souligné, « [l]es cours d’appel devraient avoir beaucoup d’hésitation à intervenir dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’un juge de première instance » : *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1374.

[101] Le juge de première instance est le juge des faits; il bénéficie à ce titre de l’avantage intangible que lui confère le fait de présider le procès : *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801, par. 81. Après avoir entendu directement les parties, évalué la preuve et tiré des conclusions de fait, le tribunal de première instance est le mieux placé pour déterminer quel est le meilleur arrangement de garde.

[102] Comme je l’ai déjà signalé, le rôle d’une juridiction d’appel consiste généralement à corriger les erreurs, pas à recommencer le procès. Permettre à une partie insatisfaite de s’adresser à une juridiction d’appel pour plaider de nouveau des questions déjà tranchées en première instance minerait la confiance du public envers le processus judiciaire et la primauté du droit. Le bon fonctionnement de notre système judiciaire exige que chaque niveau de juridiction respecte fidèlement le rôle qui lui est dévolu dans l’administration de la justice.

[103] Une juridiction d’appel ne peut donc intervenir que si elle relève une erreur importante, une erreur significative dans l’interprétation de la preuve ou une erreur de droit dans le jugement de première instance : *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, par. 12; *Van de Perre*, par. 11.

[104] En l’absence d’erreur de droit ou d’erreur de fait manifeste et déterminante, la retenue est de mise : *Housen*, par. 8, 10, 36 et 39. Les juridictions d’appel doivent examiner les motifs du juge de première instance de façon généreuse et dans leur ensemble, en tenant compte de la présomption selon laquelle les juges de première instance connaissent le droit : *G.F.*, par. 79. Comme je l’ai expliqué, l’appel n’est pas une « seconde chance » accordée à une partie, surtout dans les affaires concernant les droits parentaux, dans lesquelles la résolution définitive des litiges revêt une importance capitale : *Van de Perre*, par. 13.

(3) The Legal Principles Governing Relocation Applications

[105] For over 25 years, *Gordon* has been the governing authority for mobility applications. McLachlin J. (as she then was) set out a two-stage inquiry for determining whether to vary a parenting order under the *Divorce Act* and permit a custodial parent to relocate with the child: first, the party seeking a variation must show a material change in the child's circumstances; second, the judge must determine what order reflects the child's best interests in the new circumstances. *Gordon* then provided factors to be considered in relocation cases.

[106] Although *Gordon* concerned a variation order, courts have also applied the framework when determining a parenting arrangement at first instance, with appropriate modifications: see *Nunweiler v. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323, at paras. 27-28; *L.D.D. v. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200, at paras. 10, 24-25, 27 and 29; *Bjornson v. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236 (C.A.), at para. 18. As well, courts have applied the framework in cases governed by provincial family law acts, even though *Gordon* concerned an application under the *Divorce Act*: *Bjornson*, at paras. 8 and 17; *G.J. v. C.M.*, 2021 YKSC 20, at para. 26 (CanLII); *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125, at paras. 11-12 (CanLII).

[107] At the time *Gordon* was rendered, the *Divorce Act* and provincial family legislations did not contain any provisions pertaining to relocation. In 2019, Parliament amended the *Divorce Act* to provide a statutory regime that governs relocation applications. Several provinces have enacted similar statutory relocation regimes in recent years: see *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, ss. 65 to 71; *The Children's Law Act, 2020*, S.S. 2020, c. 2, ss. 13 to 17; *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 39.4; *Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23, ss. 60 to 66; *Parenting and*

(3) Principes juridiques régissant les demandes relatives à un déménagement important

[105] Depuis plus de 25 ans, l'arrêt *Gordon* fait autorité en matière de demandes relatives à un déménagement. La juge McLachlin (plus tard juge en chef) y établit une analyse en 2 étapes pour déterminer dans quels cas il y a lieu de modifier une ordonnance parentale en application de la *Loi sur le divorce* et de permettre au parent gardien de déménager avec l'enfant : le parent qui demande la modification de l'ordonnance doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant; le juge doit ensuite rendre l'ordonnance qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant étant donné la nouvelle situation. L'arrêt *Gordon* énumère en outre des facteurs dont il convient de tenir compte dans les affaires de déménagement.

[106] Bien que l'arrêt *Gordon* ait porté sur une ordonnance modificative, les tribunaux ont aussi appliqué son cadre d'analyse pour déterminer des arrangements de garde en première instance, en y apportant les modifications appropriées : voir *Nunweiler c. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323, par. 27-28; *L.D.D. c. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2e) 200, par. 10, 24-25, 27 et 29; *Bjornson c. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236 (C.A.), par. 18. De même, les tribunaux ont appliqué ce cadre d'analyse dans des affaires régies par des lois provinciales sur le droit de la famille, même si l'arrêt *Gordon* concernait une demande présentée en vertu de la *Loi sur le divorce* : *Bjornson*, par. 8 et 17; *G.J. c. C.M.*, 2021 YKSC 20, par. 26 (CanLII); *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125, par. 11-12 (CanLII).

[107] Au moment où l'arrêt *Gordon* a été rendu, la *Loi sur le divorce* et les lois provinciales sur la famille ne contenaient aucune disposition en matière de changement de lieu de résidence ou de déménagement. En 2019, le Parlement a modifié la *Loi sur le divorce* pour y prévoir un régime législatif qui régit les demandes relatives à un déménagement. Au cours des dernières années, plusieurs provinces ont adopté des régimes semblables en matière de déménagement : voir la *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 65 à 71; *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, L.S. 2020,

*Support Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 18E to 18H; *Children's Law Act*, S.P.E.I. 2020, c. 59, ss. 46 to 52.

[108] Subject to some notable exceptions, the *Divorce Act* and these provincial statutes largely codified this Court's framework in *Gordon*. As I will explain, where they depart from *Gordon*, the changes reflect the collective judicial experience of applying the framework for over 25 years.

[109] The *Divorce Act* amendments came into force on March 1, 2021, after the courts below decided this case. Therefore, the mobility application under appeal proceeded under the *Gordon* framework. That said, the transitional provision in s. 35.3 of the amended *Divorce Act* provides:

**35.3** A proceeding commenced under this Act before the day on which this section comes into force and not finally disposed of before that day shall be dealt with and disposed of in accordance with this Act as it reads as of that day.

[110] This Court did not receive any submissions on the application of s. 35.3. As I will explain, however, the outcome would be the same regardless of whether this case were decided under the amended *Divorce Act* or the refined *Gordon* framework. The new relocation provisions in the *Divorce Act* largely mirror developments in the common law since *Gordon*. As a result, I leave the discussion of the transitional provision for another day. This case, however, provides an opportunity to bring the common law framework in line with the amended *Divorce Act* to assist judges in dealing with future mobility cases.

[111] In the sections that follow, I clarify how certain aspects of the framework for determining

c. 2, art. 13 à 17; *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 39.4; *Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, c. 23, art. 60 à 66; *Parenting and Support Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 18E à 18H; *Children's Law Act*, S.P.E.I. 2020, c. 59, art. 46 à 52.

[108] À quelques importantes exceptions près, la *Loi sur le divorce* et les lois provinciales en question ont largement codifié le cadre d'analyse énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Gordon*. Comme je l'expliquerai, les dispositions qui divergent du cadre de l'arrêt *Gordon* reflètent l'expérience judiciaire collective découlant de l'application de ce cadre depuis plus de 25 ans.

[109] Les modifications à la *Loi sur le divorce* sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2021, soit après que les juridictions d'instances inférieures eurent statué sur la présente affaire. La demande relative au déménagement en l'espèce a donc été jugée en fonction du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*. Cela dit, la disposition transitoire de l'art. 35.3 de la *Loi sur le divorce* modifiée est ainsi libellée :

**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.

[110] La Cour n'a pas reçu d'observations au sujet de l'application de l'art. 35.3. Toutefois, comme je l'expliquerai, le résultat serait le même, que l'affaire soit jugée sous le régime de la *Loi sur le divorce* modifiée ou selon le cadre précisé de l'arrêt *Gordon*. Les nouvelles dispositions de la *Loi sur le divorce* relatives aux déménagements reflètent en grande partie l'évolution de la common law depuis l'arrêt *Gordon*. Je préfère donc laisser en suspens l'examen de la disposition transitoire. La présente affaire nous offre toutefois l'occasion d'harmoniser le cadre d'analyse de la common law avec la *Loi sur le divorce* modifiée pour faciliter à l'avenir l'examen par les juges des affaires mettant en cause un déménagement.

[111] Dans les sections qui suivent, je préciserai de quelle manière certains aspects du cadre d'analyse des

parental relocation issues have evolved since this Court decided *Gordon*.

(a) *Determining Relocation Issues at First Instance and by Way of Variation Applications*

[112] The approach to mobility issues when they are raised at first instance, as in this case, differs from the approach to such issues when they are raised by way of a variation application, as in *Gordon*. Without a pre-existing judicial determination, a parent's desire to relocate is simply part of the factual matrix in the assessment of what parenting arrangement is in the best interests of the child. Therefore, the first stage of *Gordon* — which sets out the usual requirement for a variation order — has no application.

[113] Even where there is an existing parenting order, relocation will typically constitute a material change in circumstances and therefore satisfy the first stage of the *Gordon* framework: *Gordon*, at para. 14; see also *Divorce Act*, s. 17(5.2).

[114] Therefore, regardless of how the relocation issue is brought before the court, the first stage of the *Gordon* inquiry will likely not raise a contentious issue. That said, when the relocation issue arises by way of a variation application, a court must consider the findings of fact of the judge who made the previous order, together with the evidence of new circumstances: *Gordon*, at para. 17. The history of parenting arrangements is always relevant to understanding a child's best interests.

(b) *Determining a Child's Best Interests in Mobility Cases*

[115] Accordingly, the so-called second stage of the *Gordon* framework is often the sole issue when

questions portant sur le déménagement des parents ont évolué depuis que notre Cour a tranché l'affaire *Gordon*.

a) *Trancher les questions de déménagement en première instance et au moyen de demandes en modification*

[112] L'approche utilisée pour traiter les questions relatives à un déménagement lorsqu'elles sont soulevées en première instance, comme en l'espèce, diffère lorsque ces mêmes questions sont soulevées au moyen d'une demande en modification, comme dans l'arrêt *Gordon*. Si aucune décision judiciaire n'a encore été rendue à ce sujet, le désir d'un parent de déménager fait simplement partie du contexte factuel lorsqu'il s'agit de déterminer quel arrangement de garde est dans l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, le premier volet de l'analyse de l'arrêt *Gordon* — qui prévoit la condition à laquelle il doit habituellement être satisfait dans le cas d'une ordonnance modificative — ne s'applique pas.

[113] Cela dit, même lorsqu'il existe déjà une ordonnance parentale, le déménagement constitue généralement un changement important dans la situation et satisfait donc au premier volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* : *Gordon*, par. 14; voir aussi *Loi sur le divorce*, par. 17(5.2).

[114] Par conséquent, peu importe la façon dont la question du déménagement est soumise au tribunal, le premier volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* ne soulèvera probablement pas de question litigieuse. Cela étant, lorsque la question du déménagement est soulevée au moyen d'une demande en modification, le tribunal doit examiner à la fois les conclusions de fait du juge qui a rendu l'ordonnance précédente et la preuve relative aux changements de situation survenus : *Gordon*, par. 17. Les arrangements de garde déjà conclus sont toujours pertinents pour comprendre ce qui est dans l'intérêt de l'enfant.

b) *Détermination de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de déménagement important*

[115] Ce que l'on appelle le second volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* est donc souvent le seul

determining a relocation issue. The crucial question is whether relocation is in the best interests of the child.

[116] Five considerations that bear upon the best-interests-of-the-child analysis arise in this case: (i) the application of *Gordon* to shared parenting arrangements and the so-called “great respect principle”; (ii) a moving parent’s reasons for relocation; (iii) the “maximum contact principle”; (iv) a moving parent’s testimony about how the outcome of the application will influence their decision to relocate; and (v) the impact of family violence. I address each in turn, looking at their evolution in the case law since *Gordon* and their reflection in amendments to the *Divorce Act*.

- (i) The Application of *Gordon* to Shared Parenting Arrangements and the So-Called “Great Respect Principle”

[117] In determining the best interests of the child, *Gordon* first instructs that “[t]he inquiry does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent’s views are entitled to great respect”: para. 49.

[118] In this case, the father contends that this aspect of *Gordon* is of limited value where there is a shared parenting arrangement: R.F., at para. 28. He says the trial judge should not have paid special “respect” to the mother’s decision to move given their history of shared parenting roles. He relies on Newbury J.A.’s observation in *Q. (R.E.) v. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622, at para. 58, that “[i]t is not clear how the ‘great respect’ principle should work where both parents are custodial parents.”

[119] The parent who cares for the child on a daily basis is in a unique position to assess what is in their best interests: *Gordon*, at para. 48. This logic applies to both parents in a shared parenting arrangement, and accordingly, both of their views are entitled to great

point litigieux à trancher dans les affaires de déménagement. La question cruciale est celle de savoir si le déménagement est dans l’intérêt de l’enfant.

[116] En l’espèce, cinq facteurs ayant une incidence sur l’analyse de l’intérêt de l’enfant entrent en jeu : (i) l’application de l’arrêt *Gordon* aux arrangements de garde partagée et ce qu’on appelle le « principe du grand respect »; (ii) les raisons invoquées par le parent pour justifier le déménagement; (iii) le « principe du contact maximum »; (iv) le témoignage du parent qui souhaite déménager sur la façon dont l’issue de la demande influencera sa décision de réaliser son projet; (v) les incidences de la violence familiale. Je les examinerai à tour de rôle, en tenant compte de leur évolution dans la jurisprudence depuis l’arrêt *Gordon* et de l’influence que ces facteurs ont eue sur les modifications apportées à la *Loi sur le divorce*.

- (i) Application de l’arrêt *Gordon* aux arrangements de garde partagée et ce qu’on appelle le « principe du grand respect »

[117] Pour déterminer l’intérêt de l’enfant, l’arrêt *Gordon* indique d’abord que « [l]’analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu’il faille accorder un grand respect à l’opinion de ce dernier » : par. 49.

[118] En l’espèce, le père soutient que cet aspect de l’arrêt *Gordon* est d’une valeur limitée lorsqu’il existe un arrangement de garde partagée : m.i., par. 28. Il affirme que le juge de première instance n’aurait pas dû accorder un « respect » particulier à la décision de la mère de déménager puisqu’ils se sont historiquement partagé les rôles parentaux. Il s’appuie sur l’observation formulée par la juge Newbury dans l’arrêt *Q. (R.E.) c. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622, par. 58 : [TRADUCTION] « [o]n ne sait pas avec certitude comment le principe du “grand respect” devrait s’appliquer lorsque les deux parents agissent comme parents gardiens. »

[119] Le parent qui prend soin de l’enfant au quotidien est dans une position unique pour évaluer ce qui est dans son intérêt : *Gordon*, par. 48. Cette logique s’applique aux deux parents qui ont conclu un arrangement de garde partagée, de sorte que leur



respect in an assessment of the child’s best interests. This makes sense: a court always pays careful attention to the views of the parents. In my view, it adds little value to this analysis to label it a separate principle of “great respect”.

[120] As for any legal presumption in relocation cases, the Court in *Gordon* noted that the wording of the *Divorce Act* belied the need to defer to the custodial parent. Rather, the Act expressly stipulated that the judge hearing the application should be concerned only with the best interests of the child, and the variation provisions did not place a burden on any parent at the merits stage of the analysis: paras. 37 and 39.

[121] But over time, certain patterns have emerged. In practice, a move is more likely to be approved where the clear primary caregiver for a child seeks to relocate and more likely to be denied if there is a shared parenting arrangement. Professor Thompson refers to this as the unspoken “primary caregiver presumption”: see D. A. R. Thompson, “Ten Years After *Gordon*: No Law, Nowhere” (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307, at p. 317; R. Thompson, “Where Is B.C. Law Going? The New Mobility” (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.

[122] In discussing presumptions, *Gordon* relied on the fact that Parliament had not set out any general rules. It has since done so. In 2019, Parliament enacted a burden of proof, set out in s. 16.93 of the *Divorce Act*, which corresponds to the broad trends in the jurisprudence.

[123] Therefore, in all cases, the history of caregiving will be relevant. And while it may not be useful to label the attention courts pay to the views of the parent as a separate “great respect” principle, the history of caregiving will sometimes warrant a burden of proof in favour of one parent. Indeed, federal and provincial legislatures have increasingly enacted presumptions, bringing clarity to the law. In

opinion respective a droit à un grand respect lorsqu’il s’agit d’évaluer l’intérêt de l’enfant. Cela est logique : le tribunal accorde toujours une attention particulière au point de vue des parents. À mon avis, le fait de qualifier cette attention de principe distinct de « grand respect » n’apporte que peu à l’analyse.

[120] Quant à l’existence d’une présomption de droit dans les affaires de déménagement, la Cour a fait observer, dans l’arrêt *Gordon*, que le libellé de la *Loi sur le divorce* ne confirmait pas la nécessité de s’en remettre au parent gardien. Elle prescrivait plutôt explicitement que le juge qui entend la demande ne doit être guidé que par l’intérêt de l’enfant, et les dispositions relatives aux demandes en modification n’imposaient aucun fardeau à l’un ou l’autre des parents à l’étape de l’examen du bien-fondé de la demande : par. 37 et 39.

[121] Cependant, au fil du temps, certaines tendances ont émergé. En pratique, il est plus probable que le déménagement soit autorisé lorsqu’il est demandé par la personne qui, de toute évidence, s’occupe principalement des enfants; et il est plus susceptible d’être refusé s’il existe un arrangement de garde partagée. C’est ce que le professeur Thompson appelle la [TRADUCTION] « présomption en faveur du parent gardien » : voir D. A. R. Thompson, « Ten Years After *Gordon* : No Law, Nowhere » (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307, p. 317; R. Thompson, « Where Is B.C. Law Going? The New Mobility » (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.

[122] Dans son examen des présomptions, l’arrêt *Gordon* s’est appuyé sur le fait que le Parlement n’avait pas établi de règles générales. Or, il l’a fait depuis. En effet, en 2019, il a prévu à l’art. 16.93 de la *Loi sur le divorce* un fardeau de preuve qui correspond aux grandes tendances de la jurisprudence.

[123] Dans tous les cas, la façon dont les tâches ont été partagées entre les parents dans le passé est donc une considération pertinente. En outre, même s’il n’est peut-être pas utile d’étiqueter l’attention qu’accordent les tribunaux au point de vue des parents comme un principe distinct de « grand respect », la façon dont les tâches ont été partagées justifie parfois que le fardeau de preuve repose sur un parent. En effet,

all cases, however, the inquiry remains an individual one. The judge must consider the best interests of the particular child in the particular circumstances of the case. Other considerations may demonstrate that relocation is in the child's best interests, even if the parties have historically co-parented.

(ii) The Reasons for Relocation

[124] The second refinement to the *Gordon* framework concerns the moving parent's reasons for relocating. Here, the father and the Court of Appeal took issue with the weight the trial judge ascribed to the mother's reasons for relocation, the implication being that this consideration detracted from his focus on the child's best interests.

[125] In *Gordon*, McLachlin J. cautioned that courts should avoid “descend[ing] into inquiries into the custodial parent's reason or motive for moving” because “[u]sually, the reasons or motives for moving will not be relevant to the custodial parent's parenting ability”: paras. 22-23. Therefore, “absent a connection to parenting ability, the custodial parent's reason for moving should not enter into the inquiry”: para. 23. To hold otherwise, McLachlin J. reasoned, would shift the focus from the best interests of the child to the conduct of the custodial parent: para. 22.

[126] In practice, courts across the country have found that the reason for the move often bears on the best interests of the child: N. Bala, “Bill C-78: The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada's *Divorce Act*” (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45, at p. 71; Thompson (2007); E. Jollimore and R. Sladic, “Mobility — Are We There Yet?” (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.

[127] Recent amendments to the *Divorce Act* now instruct courts to consider the moving parent's reasons for relocation: s. 16.92(1)(a). Similarly, provinces across Canada have incorporated the moving parent's

les législateurs fédéral et provinciaux ont clarifié le droit en adoptant de plus en plus de présomptions. Toutefois, dans tous les cas, l'analyse est individuelle et le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant en cause à la lumière des circonstances particulières de l'affaire. Par ailleurs, d'autres considérations peuvent démontrer que le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant, et ce, même si, dans le passé, les parties ont partagé les tâches parentales.

(ii) Raisons du déménagement

[124] La deuxième précision apportée au cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* concerne les raisons pour lesquelles le parent souhaite déménager. En l'espèce, le père et la Cour d'appel ont reproché au juge de première instance le poids qu'il avait accordé aux raisons invoquées par la mère pour déménager, en laissant entendre que, ce faisant, le juge ne s'était pas suffisamment attardé à l'intérêt de l'enfant.

[125] Dans l'arrêt *Gordon*, la juge McLachlin a invité les tribunaux à ne pas transformer leur examen « en analyse des motifs qui amènent le parent gardien à déménager », parce qu'« [e]n général, les raisons qui motivent un déménagement n'auront aucun rapport avec l'aptitude du parent gardien à agir à titre de père ou de mère » : par. 22-23. Ainsi, « s'ils ne sont pas liés à l'aptitude du parent, les motifs du déménagement du parent gardien ne devraient pas entrer en ligne de compte » (par. 23); sinon, a expliqué la juge McLachlin, on mettrait l'accent non plus sur l'intérêt de l'enfant, mais sur la conduite du parent gardien (par. 22).

[126] En pratique, partout au pays, les tribunaux ont constaté que les raisons qui motivent un déménagement ont souvent une incidence sur l'intérêt de l'enfant : N. Bala, « Bill C-78 : The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada's *Divorce Act* » (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45, p. 71; Thompson (2007); E. Jollimore et R. Sladic, « Mobility — Are We There Yet? » (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.

[127] Des modifications récentes apportées à la *Loi sur le divorce* obligent désormais les tribunaux à tenir compte des raisons qui motivent le parent à déménager : al. 16.92(1)a). De même, partout au Canada,

reasons for relocation within their statutory relocation regimes: *Family Law Act*, s. 69(6)(a) (B.C.); *The Children’s Law Act, 2020*, s. 15(1)(a) (Sask.); *Children’s Law Reform Act*, s. 39.4(3)(a) (Ont.); *Family Law Act*, s. 62(1)(a) (N.B.); *Parenting and Support Act*, s. 18H(4)(b) (N.S.); *Children’s Law Act*, s. 48(1)(a) (P.E.I.).

[128] Indeed, isolating the custodial parent’s reasons for the move from the broad, individualized inquiry of the child’s best interests has frequently proven impractical. There will often be a connection between the expected benefits of the move for the child and the relocating parent’s reasons for proposing the move in the first place. Relocation for financial reasons, for instance, will clearly carry implications for a child’s material welfare. Considering the parent’s reasons for moving can be relevant, and even necessary, to assess the merits of a relocation application.

[129] That said, the court should avoid casting judgment on a parent’s reasons for moving. A moving parent need not prove the move is justified. And a lack of a compelling reason for the move, in and of itself, should not count against a parent, unless it reflects adversely on a parent’s ability to meet the needs of the child: *Ligate v. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423 (C.A.), at p. 434.

[130] Ultimately, the moving parent’s reasons for relocating must not deflect from the focus of relocation applications — they must be considered only to the extent they are relevant to the best interests of the child.

(iii) The “Maximum Contact Principle” or “Parenting Time Consistent With the Best Interests of the Child”

[131] *Gordon* requires courts to consider “the desirability of maximizing contact between the child and both parents”: para. 49. This consideration has been

les régimes relatifs au déménagement prévus par les lois provinciales considèrent maintenant les raisons invoquées par le parent qui déménage : *Family Law Act*, al. 69(6)(a) (C.-B.); *Loi de 2020 sur le droit de l’enfance*, al. 15(1)a (Sask.); *Loi portant réforme du droit de l’enfance*, al. 39.4(3)a (Ont.); *Loi sur le droit de la famille*, al. 62(1)a (N.-B.); *Parenting and Support Act*, al. 18H(4)(b) (N.-É.); *Children’s Law Act*, al. 48(1)(a) (Î.-P.-É.).

[128] En effet, on a souvent constaté qu’il était impossible de dissocier les raisons invoquées par le parent gardien pour déménager de l’examen global et individualisé de l’intérêt de l’enfant. Il y a souvent un lien entre les avantages que le déménagement est censé apporter à l’enfant et les raisons qui motivent le parent à proposer le déménagement. Par exemple, un déménagement motivé par des raisons financières aura de toute évidence des incidences sur le bien-être matériel de l’enfant. L’examen des raisons du parent qui déménage peut être pertinent, voire nécessaire, pour évaluer le bien-fondé de sa demande.

[129] Cela dit, le tribunal doit éviter de porter un jugement sur les raisons qui motivent un parent à déménager. Ce dernier n’a pas à prouver que son déménagement est justifié. Et le fait qu’il n’existe pas de raison impérieuse pour le justifier ne devrait pas, en soi, jouer contre le parent, à moins que cela nuise à sa capacité à répondre aux besoins de l’enfant : *Ligate c. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423 (C.A.), p. 434.

[130] En fin de compte, les raisons qui motivent le parent à déménager ne devraient pas détourner l’attention de ce sur quoi est censé porter l’examen de la demande relative au déménagement. Ces raisons ne devraient entrer en ligne de compte que dans la mesure où elles sont pertinentes pour déterminer l’intérêt de l’enfant.

(iii) Le « principe du contact maximum » ou le « temps parental compatible avec l’intérêt de l’enfant »

[131] L’arrêt *Gordon* oblige les tribunaux à tenir compte de « l’avantage de maximiser les contacts entre l’enfant et les deux parents » : par. 49. C’est ce

referred to as the “maximum contact principle”: see *Gordon*, at para. 24; see also *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 53, per L’Heureux-Dubé J., and p. 118, per McLachlin J. (as she then was). In this case, the father contends that the trial judge neglected this consideration.

[132] Concerns about parenting time with the child will inevitably be engaged in relocation cases: the crux of the dispute is whether it is in the child’s best interests to move notwithstanding the impact on their relationship with the other parent. In other words, this concern is folded into the central inquiry before the court.

[133] What is known as the maximum contact principle has traditionally emphasized that children shall have as much contact with each parent as is consistent with their best interests. A corollary to this is sometimes referred to as the “friendly parent rule”, which instructs courts to consider the willingness of a parent to foster and support the child’s relationship with the other parent, where appropriate: see *Young*, at p. 44. Both of these considerations have long been recognized by the *Divorce Act*: see *Divorce Act*, pre-amendments, ss. 16(10) and 17(9); and *Divorce Act*, post-amendments, ss. 16(6) and 16(3)(c).

[134] Although *Gordon* placed emphasis on the “maximum contact principle”, it was clear that the best interests of the child are the sole consideration in relocation cases, and “if other factors show that it would not be in the child’s best interests, the court can and should restrict contact”: *Gordon*, at para. 24; see also para. 49. But in the years since *Gordon*, some courts have interpreted what is known as the “maximum contact principle” as effectively creating a presumption in favour of shared parenting arrangements, equal parenting time, or regular access: *Folahan v. Folahan*, 2013 ONSC 2966, at para. 14 (CanLII); *Slade v. Slade*, 2002 YKSC 40, at para. 10 (CanLII); see also F. Kelly, “Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts” (2011), 49 *Osgoode Hall L.J.* 277, at pp. 278 and 296-98. Indeed, the

qu’on appelle le « principe du contact maximum » : voir *Gordon*, par. 24; voir aussi *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 53, la juge L’Heureux-Dubé, et p. 118, la juge McLachlin (plus tard juge en chef). En l’espèce, le père affirme que le juge de première instance a négligé ce facteur.

[132] Le temps parental avec un enfant est une question qui se pose inmanquablement dans les affaires relatives à un déménagement : le nœud du litige consiste à déterminer s’il est dans l’intérêt de l’enfant de déménager avec un parent, malgré les répercussions qu’aura le déménagement sur sa relation avec l’autre parent. En d’autres termes, ce facteur fait partie intégrante de l’analyse à laquelle procède le tribunal.

[133] Ce qu’on appelle le principe du contact maximum a traditionnellement mis l’accent sur l’importance pour l’enfant d’avoir autant de contacts avec chaque parent que compatible avec son intérêt. Un corollaire de ce principe est ce qu’on appelle parfois la règle du « parent animé de bonnes intentions » selon laquelle le tribunal doit tenir compte du fait que le parent est disposé à maximiser la communication entre l’enfant et l’autre parent : voir *Young*, p. 44. La *Loi sur le divorce* reconnaît depuis longtemps ces deux facteurs : voir la *Loi sur le divorce*, avant les modifications, par. 16(10) et 17(9); et la *Loi sur le divorce*, après les modifications, par. 16(6) et al. 16(3)(c).

[134] Même si l’arrêt *Gordon* insistait sur le « principe du contact maximum », il est évident que l’intérêt de l’enfant est le seul facteur dont on tient compte pour l’examen des affaires de déménagement et, « si d’autres éléments révèlent que l’application du principe ne serait pas dans l’intérêt de l’enfant, le tribunal peut et doit limiter le contact » : *Gordon*, par. 24; voir aussi par. 49. Or, depuis que l’arrêt *Gordon* a été rendu, certains tribunaux ont interprété ce qu’on appelle le « principe du contact maximum » comme créant une présomption favorable aux arrangements de garde partagée, au temps parental égal ou à un accès régulier : *Folahan c. Folahan*, 2013 ONSC 2966, par. 14 (CanLII); *Slade c. Slade*, 2002 YKSC 40, par. 10 (CanLII); voir aussi F. Kelly, « Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts » (2011), 49

term “maximum contact principle” seems to imply that as much contact with both parents as possible will necessarily be in the best interests of the child.

[135] These interpretations overreach. It is worth repeating that what is known as the maximum contact principle is *only* significant to the extent that it is in the child’s best interests; it must not be used to detract from this inquiry. It is notable that the amended *Divorce Act* recasts the “maximum contact principle” as “[p]arenting time consistent with best interests of child”: s. 16(6). This shift in language is more neutral and affirms the child-centric nature of the inquiry. Indeed, going forward, the “maximum contact principle” is better referred to as the “parenting time factor”.

- (iv) A Parent’s Testimony About Whether They Will Relocate Regardless of the Outcome of the Relocation Application

[136] *Gordon* is silent as to whether, and how, a trier of fact may consider how the outcome of an application would affect the parties’ relocation plans. In this case, the mother indicated that she would return to Kelowna if her application was refused, while the father indicated he would not move to the Bulkley Valley if her application was granted.

[137] In the years since *Gordon*, many courts have recognized the danger that such evidence will place parties in a “double bind”. As Paperny J.A. explained in *Spencer v. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115, at para. 18:

In conducting this inquiry, it is problematic to rely on representations by the custodial parent that he or she will not move without the children should the application to relocate be denied. The effect of such an inquiry places the parent seeking to relocate in a classic double bind. If the answer is that the parent is not willing to remain behind with the children, he or she raises the prospect of being regarded as self interested and discounting the children’s best interests in favour of his or her own. On the

*Osgoode Hall L.J.* 277, p. 278 et 296-298. D’ailleurs, l’expression « principe du contact maximum » semble supposer que la maximisation des contacts de l’enfant avec ses deux parents est nécessairement dans son intérêt.

[135] Ces interprétations vont trop loin. Il vaut la peine de répéter que ce qu’on appelle le principe du contact maximum n’importe *que dans la mesure où* ce contact est dans l’intérêt de l’enfant; il ne doit pas être utilisé pour détourner l’objet de cette analyse. D’ailleurs, la *Loi sur le divorce* modifiée a reformulé le « principe du contact maximum » et parle désormais de « [t]emps parental compatible avec l’intérêt de l’enfant » : par. 16(6). Cette nouvelle formulation est plus neutre et confirme que l’analyse est centrée sur l’enfant. En réalité, à l’avenir, il serait préférable de parler du « facteur du temps parental ».

- (iv) Témoignage du parent sur son intention de déménager ou non, quelle que soit l’issue de la demande relative au déménagement

[136] L’arrêt *Gordon* est muet sur la question de savoir si et comment le juge des faits peut tenir compte de l’incidence de l’issue de la demande sur les projets de déménagement des parties. En l’espèce, la mère a indiqué qu’elle retournerait à Kelowna si sa demande était refusée, tandis que le père a affirmé qu’il refuserait de déménager dans la vallée de Bulkley si la demande de la mère était accueillie.

[137] Au fil des ans, depuis que l’arrêt *Gordon* a été rendu, de nombreux tribunaux ont reconnu que ce genre d’affirmations risque de placer les parties dans une « impasse ». Comme la juge Paperny l’a expliqué dans l’arrêt *Spencer c. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115, par. 18 :

[TRADUCTION] Pour effectuer cette analyse, il est problématique de se fier aux déclarations du parent gardien selon lesquelles il ne déménagera pas sans les enfants si sa demande relative au déménagement est rejetée. Une telle analyse a pour effet de placer le parent qui cherche à déménager dans une situation d’impasse classique. S’il répond qu’il n’est pas prêt à rester avec les enfants, il risque de passer pour quelqu’un d’égoïste et qui néglige l’intérêt des enfants au profit du sien. Par ailleurs,



other hand, advising the court that the parent is prepared to forgo the requested move if unsuccessful, undermines the submissions in favour of relocation by suggesting that such a move is not critical to the parent's well-being or to that of the children. If a judge mistakenly relies on a parent's willingness to stay behind "for the sake of the children," the status quo becomes an attractive option for a judge to favour because it avoids the difficult decision the application presents.

[138] I agree. Considering a parent's willingness to move with or without the child can give rise to a double bind: a parent can either appear to be putting their own interests ahead of their child, or they risk undermining the strength of their relocation application (see *D.P. v. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61, at para. 32; Jollimore and Sladic, at pp. 373-74).

[139] This risk has led appellate courts in many provinces to discourage trial judges from relying on a parent's representations about whether they will move without the children: see *Hopkins v. Hopkins*, 2011 ABCA 372, at para. 6 (CanLII); *Hejzlar*, at paras. 24-27; *D.P.*, at para. 32; *N.T. v. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350, at para. 9; *Morrill v. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165, at para. 12.

[140] The same approach is now reflected in the *Divorce Act*: s. 16.92(2) precludes the court from considering whether the moving parent would relocate with or without the children. I would add that a responding parent could just as easily fall victim to the problematic inferences associated with the double bind: see *Joseph v. Washington*, 2021 BCSC 2014, at paras. 101-11 (CanLII). Therefore, in all cases, the court should not consider how the outcome of an application would affect the parties' relocation plans.

(v) Family Violence as a Relevant Factor

[141] In this case, the acrimonious relationship between the parties — featuring abusive conduct during the marriage, at separation, and at trial — was a significant factor in the trial judge's relocation

si le parent informe le tribunal qu'il est prêt à renoncer au déménagement advenant que sa demande soit rejetée, son propos affaiblit les arguments favorables au déménagement en suggérant que celui-ci n'est pas essentiel à son bien-être ou à celui des enfants. Si un juge se fie à tort à la volonté d'un parent de renoncer à déménager « pour le bien des enfants », le statu quo devient une option attrayante pour le juge parce qu'il lui évite de prendre la décision difficile nécessaire pour trancher la demande.

[138] Je suis du même avis. Tenir compte de la volonté du parent de déménager avec ou sans l'enfant risque de placer les parties dans une impasse : un parent peut soit sembler faire passer ses propres intérêts avant ceux de son enfant, soit risquer de fragiliser sa demande relative au déménagement (voir *D.P. c. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61, par. 32; Jollimore et Sladic, p. 373-374).

[139] Ce risque a amené les juridictions d'appel de nombreuses provinces à dissuader les juges de première instance de se fier aux déclarations d'un parent quant à son intention de déménager avec ou sans les enfants : voir *Hopkins c. Hopkins*, 2011 ABCA 372, par. 6 (CanLII); *Hejzlar*, par. 24-27; *D.P.*, par. 32; *N.T. c. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350, par. 9; *Morrill c. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165, par. 12.

[140] La *Loi sur le divorce* reflète désormais cette approche. En effet, le par. 16.92(2) prescrit que le tribunal ne doit pas tenir compte de la question de savoir si le parent qui souhaite déménager déménagerait avec ou sans les enfants. J'ajouterais que le parent défendeur pourrait tout aussi facilement être victime des déductions problématiques associées à l'impasse évoquée précédemment : voir *Joseph c. Washington*, 2021 BCSC 2014, par. 101-111 (CanLII). Dans tous les cas, le tribunal ne doit donc pas tenir compte de l'incidence que l'issue de la demande risque d'avoir sur les projets de déménagement des parties.

(v) La violence familiale comme facteur pertinent

[141] En l'espèce, la relation acrimonieuse entre les parties — qui a donné lieu à une conduite abusive durant le mariage, la séparation et le procès — a constitué un facteur important dans l'analyse du

analysis. On appeal, the father argues that such “friction” is “not unusual for separating couples”: R.F., at para. 35.

[142] Since *Gordon*, courts have increasingly recognized that any family violence or abuse may affect a child’s welfare and should be considered in relocation decisions: see *Prokopchuk v. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless v. Lawless*, 2003 ABQB 800, at para. 12 (CanLII); *Cameron v. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen v. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. v. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8, at paras. 22-23 and 35; *E.S.M. v. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232, at paras. 55-57. Courts have been significantly more likely to allow relocation applications where there was a finding of abuse: Department of Justice, *A Study of Post-Separation/Divorce Parental Relocation* (2014), at ch. 3.3.4.

[143] The suggestion that domestic abuse or family violence has no impact on the children and has nothing to do with the perpetrator’s parenting ability is untenable. Research indicates that children who are exposed to family violence are at risk of emotional and behavioural problems throughout their lives: Department of Justice, *Risk Factors for Children in Situations of Family Violence in the Context of Separation and Divorce* (February 2014), at p. 12. Harm can result from direct or indirect exposure to domestic conflicts, for example, by observing the incident, experiencing its aftermath, or hearing about it: S. Artz et al., “A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth” (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493, at p. 497.

[144] Domestic violence allegations are notoriously difficult to prove: P. G. Jaffe, C. V. Crooks and N. Bala, “A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes” (2009), 6 *J. Child Custody* 169, at p. 175; A. M. Bailey, “Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest

déménagement par le juge de première instance. En appel, le père plaide que de telles [TRADUCTION] « frictions » ne sont « pas rares pour les couples qui se séparent » : m.i., par. 35.

[142] Depuis que l’arrêt *Gordon* a été rendu, les tribunaux reconnaissent de plus en plus que toute violence ou tout abus au sein d’une famille peut avoir une incidence sur le bien-être d’un enfant et devraient être pris en considération dans les décisions qui concernent un déménagement : voir *Prokopchuk c. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless c. Lawless*, 2003 ABQB 800, par. 12 (CanLII); *Cameron c. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen c. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. c. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8, par. 22-23 et 35; *E.S.M. c. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232, par. 55-57. Les tribunaux ont été beaucoup plus enclins à accueillir les demandes relatives à un déménagement lorsqu’ils ont conclu à une situation abusive : Ministère de la Justice, *Étude sur le déménagement des parents après le divorce ou la séparation* (2014), c. 3.3.4.

[143] La suggestion selon laquelle les abus et la violence familiale n’ont pas d’incidence sur les enfants et n’ont rien à voir avec la capacité parentale de celui qui en est l’auteur est intenable. La recherche indique que les enfants exposés à la violence familiale sont à risque de souffrir de problèmes émotionnels et de comportement durant toute leur vie : Ministère de la Justice, *Les facteurs de risque pour les enfants exposés à la violence familiale dans le contexte de la séparation ou du divorce* (février 2014), p. 12. Le préjudice peut résulter de l’exposition directe ou indirecte à des conflits familiaux, par exemple, en étant témoin de l’incident, en subissant les conséquences, ou en entendant parler : S. Artz et autres, « A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth » (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493, p. 497.

[144] Il est notoire que les allégations de violence familiale sont difficiles à prouver : P. G. Jaffe, C. V. Crooks et N. Bala, « A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes » (2009), 6 *J. Child Custody* 169, p. 175; A. M. Bailey, « Prioritizing Child Safety as the Prime

Factor” (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35, at pp. 44-45. As the interveners West Coast LEAF Association and Rise Women’s Legal Centre point out, family violence often takes place behind closed doors and may lack corroborating evidence: see S. B. Boyd and R. Lindy, “Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act*: Early Jurisprudence” (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101, at p. 115. Thus, proof of even one incident may raise safety concerns for the victim or may overlap with and enhance the significance of other factors, such as the need for limited contact or support.

[145] The prospect that such findings could be unnecessarily relitigated on appeal will only deter abuse survivors from coming forward. And as it stands, the evidence shows that most family violence goes unreported: L. C. Neilson, *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases* (2nd ed. 2020), 2017 CanLIIDocs 2 (online), at ch. 4.5.2.

[146] The recent amendments to the *Divorce Act* recognize that findings of family violence are a critical consideration in the best interests analysis: s. 16(3)(j) and (4). The *Divorce Act* broadly defines family violence in s. 2(1) to include any violent or threatening conduct, ranging from physical abuse to psychological and financial abuse. Courts must consider family violence and its impact on the ability and willingness of any person who engaged in the family violence to care for and meet the needs of the child.

[147] Because family violence may be a reason for the relocation and given the grave implications that any form of family violence poses for the positive development of children, this is an important factor in mobility cases.

Best-Interest Factor » (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35, p. 44-45. Comme le soulignent les intervenants la West Coast LEAF Association et le Rise Women’s Legal Centre, la violence familiale survient souvent derrière des portes closes et peut ne pas se prêter à l’existence de preuve corroborante : voir S. B. Boyd et R. Lindy, « Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act* : Early Jurisprudence » (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101, p. 115. Ainsi, la preuve, même d’un seul incident, peut soulever des préoccupations en matière de sécurité pour la victime, ou elle peut chevaucher ou accroître l’importance d’autres facteurs, comme la nécessité de limiter les contacts ou de garantir que la victime aura accès à du soutien.

[145] La perspective que de telles conclusions puissent être inutilement remises en cause en appel ne fait que dissuader les survivants d’abus de se manifester. D’ailleurs, dans l’état actuel des choses, les preuves montrent que la plupart des violences familiales ne sont pas signalées : L. C. Neilson, *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases* (2<sup>e</sup> éd. 2020), 2017 CanLIIDocs 2 (en ligne), c. 4.5.2.

[146] Les modifications récentes à la *Loi sur le divorce* reconnaissent que les conclusions de violence familiale sont des considérations cruciales dans l’analyse de l’intérêt de l’enfant : al. 16(3)(j) et par. 16(4). La *Loi sur le divorce* définit la violence familiale dans les grandes lignes au par. 2(1) en énonçant qu’il s’agit de toute conduite violente ou menaçante, allant de l’abus physique aux mauvais traitements psychologiques et à l’exploitation financière. Les tribunaux doivent tenir compte de la violence familiale et de ses effets sur la capacité et la volonté de toute personne auteure de violence familiale de prendre soin de l’enfant et de satisfaire à ses besoins.

[147] Comme la violence familiale peut motiver un déménagement, et compte tenu des répercussions sérieuses de toute forme de violence familiale pour le développement positif des enfants, il s’agit d’un facteur important dans les causes relatives à un déménagement.

(c) *Summary of the Framework for Determining Whether Relocation Is in the Best Interests of the Child*

[148] More than two decades ago, this Court set out a framework for relocation applications in *Gordon*: paras. 49-50. It applies to relocation issues that arise at first instance and in the context of applications to vary existing parenting orders.

[149] Since then, our jurisprudence has refined the *Gordon* framework, and, subject to two notable exceptions, the *Divorce Act* has largely codified it. Where the *Divorce Act* departs from *Gordon*, the changes reflect the collective judicial experience of applying the *Gordon* factors. While *Gordon* rejected a legal presumption in favour of either party, the *Divorce Act* now contains a burden of proof where there is a pre-existing parenting order, award or agreement: s. 16.93. And although *Gordon* restricted whether courts could consider a moving party's reasons for relocating, this is now an express consideration in the best-interests-of-the-child analysis: s. 16.92(1)(a).

[150] The new *Divorce Act* amendments also respond to issues identified in the case law over the past few decades, which did not arise in *Gordon*. Section 16.92(2) now provides that trial judges shall not consider a parent's testimony that they would move with or without the child. Furthermore, ss. 16(3)(j) and 16(4) of the *Divorce Act* now instruct courts to consider any form of family violence and its impact on the perpetrator's ability to care for the child.

[151] In light of the jurisprudential and legislative refinements, the common law relocation framework can be restated as follows.

c) *Résumé du cadre d'analyse pour déterminer si un déménagement est dans l'intérêt de l'enfant*

[148] Il y a plus de deux décennies, dans l'arrêt *Gordon*, la Cour a énoncé un cadre d'analyse pour traiter les demandes relatives à un déménagement : par. 49-50. Ce cadre s'applique aux questions soulevées à cet égard tant en première instance que dans le contexte de demandes en modification des ordonnances parentales existantes.

[149] Depuis, notre jurisprudence a précisé ce cadre et, sous réserve de deux exceptions notables, la *Loi sur le divorce* l'a en grande partie codifié. Là où la *Loi sur le divorce* diffère de l'arrêt *Gordon*, les changements reflètent l'expérience judiciaire collective découlant de l'application des facteurs énoncés dans cet arrêt. D'abord, bien que l'arrêt *Gordon* ait rejeté l'adoption d'une présomption juridique favorable à l'une ou l'autre des parties, la *Loi sur le divorce* prévoit désormais un fardeau de preuve lorsqu'il existe déjà une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente quant aux droits parentaux : art. 16.93. Ensuite, même si l'arrêt *Gordon* a restreint la capacité des tribunaux d'examiner les raisons pour lesquelles un parent souhaite déménager, il s'agit maintenant d'une considération expressément prévue dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant : al. 16.92(1)a).

[150] Les nouvelles modifications apportées à la *Loi sur le divorce* répondent également aux questions cernées dans la jurisprudence durant les dernières décennies, et qui ne se posaient pas dans l'affaire *Gordon*. Ainsi, le par. 16.92(2) prévoit désormais que le juge de première instance ne doit pas tenir compte du témoignage d'un parent selon lequel il déménagerait avec ou sans l'enfant. De plus, selon l'al. 16(3)j) et le par. 16(4) de la *Loi sur le divorce*, les tribunaux doivent maintenant tenir compte de la présence de violence familiale et de ses effets sur la capacité de son auteur à prendre soin de l'enfant.

[151] À la lumière des précisions jurisprudencielles et législatives, le cadre d'analyse applicable au déménagement peut être reformulé de la façon suivante.

[152] The crucial question is whether relocation is in the best interests of the child, having regard to the child's physical, emotional and psychological safety, security and well-being. This inquiry is highly fact-specific and discretionary.

[153] Our jurisprudence and statutes provide a rich foundation for such an inquiry: see, for example, s. 16 of the *Divorce Act*. A court shall consider all factors related to the circumstances of the child, which may include the child's views and preferences, the history of caregiving, any incidents of family violence, or a child's cultural, linguistic, religious and spiritual upbringing and heritage. A court shall also consider each parent's willingness to support the development and maintenance of the child's relationship with the other parent, and shall give effect to the principle that a child should have as much time with each parent, as is consistent with the best interests of the child. These examples are illustrative, not exhaustive. While some of these factors were specifically noted under *Gordon*, they have broad application to the best interests of the child.

[154] However, traditional considerations bearing on the best interests of the child must be considered in the context of the unique challenges posed by relocation cases. In addition to the factors that a court will generally consider when determining the best interests of the child and any applicable notice requirements, a court should also consider:

- the reasons for the relocation;
- the impact of the relocation on the child;
- the amount of time spent with the child by each person who has parenting time or a pending application for a parenting order and the level of involvement in the child's life of each of those persons;
- the existence of an order, arbitral award, or agreement that specifies the geographic area in which the child is to reside;

[152] La question cruciale est celle de savoir si le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant, eu égard à sa sûreté, à sa sécurité et à son bien-être physiques, émotionnels et psychologiques. L'examen de ces questions est éminemment factuel et discrétionnaire.

[153] Notre jurisprudence et nos lois fournissent des bases solides pour procéder à un tel examen : voir, par exemple, l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs liés à la situation de l'enfant, qui peuvent inclure, notamment, son point de vue et ses préférences, l'historique des soins qui lui ont été apportés, tout incident de violence familiale, ou encore son éducation et son patrimoine culturels, linguistiques, religieux et spirituels. Le tribunal doit aussi tenir compte de la volonté de chaque parent de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre parent, et il doit donner effet au principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque parent autant de temps que compatible avec son intérêt. Ces exemples ne sont que des illustrations et ne constituent pas une énumération exhaustive des facteurs à prendre en compte. S'il est vrai que certains de ces facteurs ont été spécifiquement soulignés dans l'arrêt *Gordon*, ils s'appliquent néanmoins de façon générale à toute détermination de l'intérêt de l'enfant.

[154] Cependant, les considérations traditionnelles servant à juger de l'intérêt de l'enfant doivent être prises en compte dans le contexte des défis uniques que posent les causes relatives à un déménagement. En effet, en plus des facteurs qu'un tribunal examine généralement lorsqu'il détermine l'intérêt de l'enfant et de toutes exigences applicables en matière d'avis, un tribunal doit examiner :

- les raisons du déménagement;
- l'incidence du déménagement sur l'enfant;
- le temps que passe avec l'enfant chaque personne ayant du temps parental ou dont une demande d'ordonnance parentale est en cours et le degré d'engagement dans la vie de l'enfant de chacune de ces personnes;
- l'existence d'une ordonnance, d'une décision arbitrale ou d'une entente qui précise le secteur géographique dans lequel l'enfant doit résider;



- the reasonableness of the proposal of the person who intends to relocate the child to vary the exercise of parenting time, decision making responsibility or contact, taking into consideration, among other things, the location of the new place of residence and the travel expenses; and
- whether each person who has parenting time or decision-making responsibility or a pending application for a parenting order has complied with their obligations under family law legislation, an order, arbitral award, or agreement, and the likelihood of future compliance.

The court should not consider how the outcome of an application would affect either party's relocation plans — for example, whether the person who intends to move with the child would relocate without the child or not relocate. These factors are drawn from s. 16.92(1) and (2) of the *Divorce Act* and largely reflect the evolution of the common law for over 25 years.

[155] As I have explained, several pillars underlying the Court's reasoning in *Gordon* have shifted over time, leading courts and now legislatures to refine, modify, and supplement the *Gordon* factors. These refinements leave us with a clear framework going forward.

(4) Did the Trial Judge Err in His Relocation Analysis?

[156] The father raises four issues with the trial judge's analysis. He argues that (i) the trial judge failed to account for the historical parenting roles of the parties; (ii) the trial judge's decision was inconsistent with the parenting time factor; (iii) the mother's need for emotional support could not justify relocation in this case; and (iv) the trial judge paid undue attention to the acrimonious relationship between the parties.

- le caractère raisonnable du réaménagement du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts, proposé par la personne qui entend déménager, compte tenu notamment du nouveau lieu de résidence et des frais de déplacement;
- le fait que les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de l'enfant ou dont la demande d'ordonnance parentale est en cours ont respecté ou non les obligations qui leur incombent au titre des lois en matière familiale, d'une ordonnance, d'une décision arbitrale ou d'une entente, et la mesure dans laquelle elles sont susceptibles de les respecter à l'avenir.

Le tribunal ne tient toutefois pas compte de l'incidence qu'aurait l'issue de la demande sur les projets de l'une ou l'autre des parties de déménager — par exemple, que la personne qui entend déménager le ferait sans l'enfant ou ne le ferait pas si une ordonnance interdisait le déménagement important de l'enfant. Ces facteurs sont tirés des par. 16.92(1) et (2) de la *Loi sur le divorce* et reflètent en grande partie l'évolution du droit au cours des 25 dernières années.

[155] Je le répète, plusieurs piliers sous-jacents au raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Gordon* ont évolué avec le temps, de sorte que les tribunaux et maintenant les assemblées législatives ont été amenés à préciser, à modifier et à compléter les facteurs énumérés dans cet arrêt. Grâce à ces précisions, nous disposons désormais d'un cadre d'analyse clair.

(4) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans son analyse du déménagement?

[156] Le père soulève quatre enjeux quant à l'analyse du juge de première instance. Il plaide que (i) le juge de première instance n'a pas tenu compte des rôles parentaux assumés par les parties dans le passé; (ii) la décision du juge de première instance était incompatible avec le facteur du temps parental; (iii) le besoin de soutien émotionnel de la mère ne devrait pas justifier le déménagement en l'espèce; (iv) le juge de première instance a donné une importance induë à la relation acrimonieuse qu'entretiennent les parties.

[157] I would not accede to any of these submissions. The trial judge’s *Gordon* analysis was free from a material error, serious misapprehension of evidence, or error of law.

(a) *The Trial Judge’s Decision Considered the Historical Parenting Roles of the Parties*

[158] The father first contends the trial judge’s analysis did not reflect the parties’ shared parenting responsibilities throughout the marriage and after separation. This submission relies on the trial judge’s statement, derived from *Gordon*, that “barring an improper motive, relocation must be approached from the perspective of respect for a parent’s decision to live and work where they choose”: para. 21. This statement, says the father, may be applicable to the views of a “custodial” parent, but it is not applicable where both parents have been fully engaged in a shared parenting arrangement.

[159] In my view, the trial judge’s reasons do not suggest that he gave more “respect” or undue weight to the mother’s desire to live and work in Telkwa. Rather, the trial judge canvassed, in detail, why staying in Kelowna with their father was not best for the children. Most notably, the trial judge was concerned about the father’s animosity towards the mother and the possibility that it could influence or otherwise impact the children: paras. 41-42. There were significant issues with the Kelowna residence, which was described as a working environment, not a living environment: para. 33. And the children and the mother would benefit from family support in Telkwa, including from her parents and siblings: para. 44.

[160] Nevertheless, the Court of Appeal concluded that the trial judge erred by failing to consider Kelowna as a viable option, especially because the mother testified that she was willing to move to Kelowna should the application be denied. The mother’s evidence on

[157] Je suis d’avis de ne faire droit à aucun de ces arguments. L’analyse fondée sur l’arrêt *Gordon* menée par le juge de première instance était exempte d’erreur importante, d’erreur grave d’appréciation de la preuve ou d’erreur de droit.

a) *La décision du juge de première instance a tenu compte des rôles parentaux assumés par les parties dans le passé*

[158] Le père soutient d’abord que l’analyse du juge de première instance n’a pas tenu compte du partage des responsabilités parentales par les parties durant tout le mariage et après la séparation. Cet argument se fonde sur la déclaration du juge de première instance, inspirée de l’arrêt *Gordon*, selon laquelle [TRADUCTION] « à moins d’un motif inapproprié, il faut examiner l’à-propos d’un déménagement avec respect pour la décision d’un parent de vivre et de travailler là où il choisit de le faire » : par. 21. Selon le père, cette affirmation pourrait s’appliquer au point de vue du parent « gardien », mais elle ne s’applique pas lorsque les deux parents ont pleinement participé à la garde et aux soins des enfants dans le cadre d’un arrangement de garde partagée.

[159] Selon moi, les motifs du juge de première instance ne donnent pas à penser qu’il a davantage « respecté » le souhait de la mère de vivre et de travailler à Telkwa ou qu’il y a donné un poids indu. Il a plutôt examiné en détail pourquoi il n’était pas dans l’intérêt des enfants de demeurer à Kelowna avec leur père. Plus particulièrement, le juge de première instance était inquiet de l’animosité du père envers la mère et de la possibilité que cette animosité influence les enfants ou ait autrement une incidence sur eux : par. 41-42. La résidence de Kelowna, décrite comme un lieu de travail, et non un lieu de vie, posait de sérieux problèmes : par. 33. De plus, à Telkwa, tant les enfants que la mère pourraient tirer avantage d’un soutien familial, notamment des parents et de la fratrie de cette dernière : par. 44.

[160] Quoi qu’il en soit, la Cour d’appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en ne considérant pas Kelowna comme une option viable, surtout parce que la mère a affirmé durant son témoignage qu’elle était disposée à y déménager

this point, however, could not be determinative. The trial judge understood the risk posed by the double bind.

[161] The Court of Appeal also took issue with the trial judge's failure to consider whether the children should stay with their father in Kelowna since he also concluded that either "parent was, in concept, able to care for the children": C.A. reasons, at para. 86. However, the trial judge expressed serious reservations about whether the father would foster a positive relationship between the children and their mother: para. 42. The trial judge was right to take this into consideration when determining the options before him.

[162] The trial judge's reasoning on these points disclosed no reviewable error. It was owed deference on appeal.

(b) *The Trial Judge Considered Parenting Time Consistent With the Best Interests of the Child*

[163] The father submits the trial judge failed to give due weight to the parenting time factor. The Court of Appeal took a similar position, concluding that "[p]ermitting the relocation was inconsistent with the object of maximizing contact between the children and both their parents. Indeed the relocation was likely to permanently and profoundly alter the relationship of the children with their father": para. 87. I have two concerns with this line of reasoning.

[164] First, the question before the trial judge was not how to best promote the parenting time factor; it was how to best promote the best interests of the children. These considerations are not synonymous. Nor are they necessarily mutually reinforcing. Courts should only give effect to the parenting time factor *to the extent* that it is in the best interests of the child.

[165] Second, the trial judge did not fail to consider that children should have as much contact with each

si la demande était rejetée. Or, le témoignage de la mère à cet égard ne pouvait être déterminant. Le juge de première instance comprenait le risque posé par l'impasse dont j'ai traité précédemment.

[161] Puisque le juge de première instance avait aussi conclu que chaque [TRADUCTION] « parent était, en principe, capable de prendre soin des enfants » (motifs de la C.A., par. 86), la Cour d'appel a également critiqué le fait qu'il ne s'est pas demandé si les enfants devaient demeurer avec leur père à Kelowna. Or, le juge de première instance a exprimé de sérieux doutes quant à la volonté du père de favoriser une relation harmonieuse entre les enfants et leur mère : par. 42. Le juge a eu raison de tenir compte de cet élément pour décider des options dont il disposait.

[162] Le raisonnement du juge de première instance sur ces éléments ne contenait aucune erreur susceptible de révision. Il commandait la déférence en appel.

b) *Le juge de première instance a tenu compte du temps parental compatible avec l'intérêt des enfants*

[163] Le père plaide que le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment de poids au facteur du temps parental. La Cour d'appel a adopté une position similaire, concluant que [TRADUCTION] « [l]e fait de permettre le déménagement était incompatible avec l'objectif de maximiser le contact entre les enfants et leurs deux parents. En effet, le déménagement était susceptible de modifier pour toujours et profondément la relation des enfants avec leur père » : par. 87. Ce raisonnement me préoccupe à deux égards.

[164] Premièrement, la question dont le juge était saisi n'était pas celle de savoir comment favoriser au mieux le facteur du temps parental, mais bien de savoir comment favoriser au mieux l'intérêt des enfants. Ces considérations ne sont pas synonymes. Elles ne se renforcent pas non plus nécessairement l'une l'autre. Le tribunal ne doit donner effet au facteur du temps parental *que dans la mesure* où celui-ci est dans l'intérêt de l'enfant.

[165] Deuxièmement, le juge de première instance n'a pas omis de tenir compte du fait que les

parent as is consistent with their best interests. He considered that “the children would suffer a very significant loss in being deprived of frequent care from and contact with their father” and “[t]here would also be some detriment to the children in removing them from the community they have lived in and the friends they have made”: para. 50. He was clearly alive to the risk of reducing contact with the father.

[166] The trial judge also did not fail to consider the corollary of the parenting time factor: whether either parent would be willing to facilitate contact and help foster a positive relationship between the children and the other parent. Again, the trial judge concluded that the father harboured animus towards the mother, and that she was more likely to build a positive relationship between the children and him than the converse.

[167] On the whole, the trial judge found that relocation would best promote the children’s welfare, notwithstanding the impact on the relationship between the children and their father. This was a determination the trial judge was entitled to make, and it was owed deference on appeal.

(c) *The Mother’s Need for Emotional Support*

[168] The father submits the trial judge gave undue weight to the mother’s need for emotional support. The Court of Appeal similarly held that a parent’s need for emotional support, “even with some friction between the parties”, cannot justify relocation: para. 74.

[169] The mother’s need for emotional support was a relevant consideration in the best interests analysis. The mother followed the father to Kelowna, but her family remained in Telkwa. A move that can improve a parent’s emotional and psychological state can enrich a parent’s ability to cultivate a healthy, supportive, and positive environment for their child. Courts have frequently recognized that a child’s best interests are furthered by a well-functioning and happy parent: *Burns v. Burns*, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66, at

enfants devraient avoir, avec chaque parent, autant de contacts que compatible avec leur intérêt. Selon lui, [TRADUCTION] « les enfants subiraient [à la fois] une très lourde perte s’ils étaient privés de contacts fréquents avec leur père et si ce dernier ne pouvait prendre souvent soin d’eux » et « un certain préjudice s’ils étaient éloignés de la communauté où ils ont vécu et des amis qu’ils s’y sont faits » : par. 50. Il était clairement conscient du risque qu’impliquait une réduction des contacts avec le père.

[166] Le juge de première instance n’a pas non plus omis de tenir compte du corollaire du facteur du temps parental : soit de savoir si chaque parent est disposé à faciliter les contacts entre les enfants et l’autre parent et à contribuer à favoriser une relation harmonieuse entre eux. Encore une fois, il a conclu que le père nourrissait une animosité envers la mère et que celle-ci était plus susceptible d’établir une relation harmonieuse entre les enfants et lui que l’inverse.

[167] Dans l’ensemble, le juge de première instance a conclu que le déménagement favoriserait le mieux le bien-être des enfants, en dépit de l’incidence qu’il aurait sur leur relation avec leur père. Il pouvait tirer cette conclusion, et sa décision commandait la déférence en appel.

c) *Le besoin de soutien émotionnel de la mère*

[168] Le père plaide que le juge de première instance a donné un poids excessif au besoin de soutien émotionnel de la mère. La Cour d’appel a conclu elle aussi que le besoin de soutien émotionnel d’un parent, [TRADUCTION] « même en présence de friction entre les parties », ne peut justifier un déménagement : par. 74.

[169] Le besoin de soutien émotionnel de la mère était une considération pertinente dans l’analyse de l’intérêt des enfants. Elle avait suivi le père à Kelowna, mais sa famille vivait encore à Telkwa. Un déménagement qui peut améliorer l’état émotionnel et psychologique d’un parent peut accroître sa capacité à cultiver un environnement sain, favorable et positif pour son enfant. D’ailleurs, les tribunaux ont souvent reconnu que l’intérêt de l’enfant est favorisé par le bon fonctionnement et le bonheur du parent : *Burns c.*

pp. 81-82; *L. (S.S.) v. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464, at para. 33; *Bjornson*, at para. 30; *Orring v. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211, at para. 57.

[170] It is also simplistic to suggest that emotional support for the mother was the only benefit that weighed in favour of relocation. The trial judge described, in great detail, how the continuing animosity between the parents would impact the children should they stay in Kelowna. He also noted that the move would provide the mother with the benefit of housing support, childcare, better employment, and opportunities to advance her education: paras. 1, 44 and 46-47.

[171] These considerations all have direct or indirect bearing on the best-interests-of-the-child assessment. Relocation that provides a parent with more education, employment opportunities, and economic stability can contribute to a child's wellbeing: *Larose v. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262, at paras. 6 and 19; *H.S. v. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55, at para. 26; see also E. El Fateh, "A Presumption for the Best?" (2009), 25 *Can. J. Fam. L.* 73, at pp. 80-83.

[172] Similarly, the additional support of family and community at the new location can enhance the parent's ability to care for the children: *D.A.F. v. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387, at para. 17. Extended family, for example, can provide additional support to children while their parents begin to navigate the new terrain of post-separation life: *Harnett v. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49, at paras. 22 and 42; *C.M. v. R.L.*, 2013 NSFC 29, at para. 139 (CanLII).

[173] It is often difficult to disentangle the interests of a parent from the interests of a child. Indeed, "the reality that the nurture of children is inextricably intertwined with the well-being of the nurturing parent" is far from novel: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 845; see also *Willick*, at pp. 724-25, per L'Heureux-Dubé J. A child's welfare is often advanced in tandem with improvements in the parent's

*Burns*, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66, p. 81-82; *L. (S.S.) c. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464, par. 33; *Bjornson*, par. 30; *Orring c. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211, par. 57.

[170] Qui plus est, il est simpliste de suggérer que le soutien émotionnel de la mère était le seul avantage qui pesait en faveur du déménagement. Le juge de première instance a décrit, de manière très détaillée, comment l'animosité persistante entre les parents affecterait les enfants s'ils devaient demeurer à Kelowna. Il a aussi noté que le déménagement permettrait à la mère d'avoir accès à du soutien à l'hébergement, à des services de garde, à un meilleur emploi, et à l'occasion de parfaire son éducation : par. 1, 44 et 46-47.

[171] Ces considérations ont toutes une incidence directe ou indirecte sur l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. Un déménagement qui accroît les chances pour un parent de poursuivre son éducation et de décrocher un emploi ainsi que d'atteindre une meilleure stabilité financière peut contribuer au bien-être d'un enfant : *Larose c. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262, par. 6 et 19; *H.S. c. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55, par. 26; voir aussi E. El Fateh, « A Presumption for the Best? » (2009), 25 *Rev. can. d. fam.* 73, p. 80-83.

[172] De même, le soutien additionnel de la famille et de la communauté au nouveau lieu de résidence peut accroître la capacité du parent à prendre soin des enfants : *D.A.F. c. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387, par. 17. La famille élargie, par exemple, peut leur offrir un soutien additionnel pendant que leurs parents commencent à apprivoiser la nouvelle réalité de leur vie après la séparation : *Harnett c. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49, par. 22 et 42; *C.M. c. R.L.*, 2013 NSFC 29, par. 139 (CanLII).

[173] Il est souvent difficile de démêler les intérêts d'un parent de ceux d'un enfant. En effet, « la réalité que les soins prodigués aux enfants sont inextricablement liés au bien-être du parent nourricier » est loin d'être nouvelle : *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 845; voir aussi *Willick*, p. 724-725, la juge L'Heureux-Dubé. Le bien-être d'un enfant va souvent de pair avec l'amélioration de la situation financière,



financial, social, and emotional circumstances. The trial judge found this to be the case here.

[174] At all times, the trial judge remained focused on the child’s best interests. He only considered the mother’s needs — emotional or otherwise — to the extent that they were relevant to the children. The trial judge was clearly of the view that relocation would both directly and indirectly benefit the children, whereas “they would at least suffer indirectly to some degree if their mother remained in the Okanagan”: para. 46.

[175] Once again, his analysis on this point was free from any reviewable error.

(d) *The Parties’ Acrimonious Relationship*

[176] The father also submits the trial judge erred in placing undue emphasis on the acrimonious relationship between the parties. For the father, the “friction” was a “thing of the past” (R.F., at para. 34), it was nothing unusual for parties who are separating, and there was no evidence that it occasioned any distress for the children.

[177] I disagree. The trial judge’s factual findings were well supported by the evidence.

[178] The trial judge carefully explained why he viewed the parties’ relationship as acrimonious, both during the marriage and at the time of trial. He found that there was friction during the marriage: the mother had been subject to the father’s controlling and overbearing personality; there was “possibly some degree of emotional abuse”; she had been physically assaulted; and she was emotionally traumatized.

[179] And the father’s continued animosity towards the mother became readily apparent during the trial itself. The trial judge found his conduct at trial to be abusive: para. 41. Most notably, the father adduced a nude “selfie” of the mother in an affidavit, which the trial judge found served no purpose but to humiliate

sociale et émotionnelle du parent. Le juge de première instance a conclu qu’il en était ainsi en l’espèce.

[174] À tout moment, le juge de première instance est resté concentré sur l’intérêt des enfants. Il n’a examiné les besoins de la mère — émotionnels et autres — que dans la mesure où ils étaient pertinents pour le bien-être des enfants. Il était clairement d’avis que le déménagement serait avantageux pour les enfants, tant directement qu’indirectement, tandis qu’ils [TRADUCTION] « souffriraient, à tout le moins indirectement à un certain degré, si leur mère restait dans l’Okanagan » : par. 46.

[175] Une fois de plus, son analyse sur cette question était exempte d’erreur susceptible de révision.

d) *La relation acrimonieuse qu’entretiennent les parties*

[176] Le père plaide en outre que le juge de première instance a commis une erreur en mettant indûment l’accent sur la relation acrimonieuse entre les parties. Pour le père, la [TRADUCTION] « friction » était une « chose du passé » (m.i., par. 34), n’avait rien d’inhabituel pour des parties en instance de séparation, et rien ne prouvait qu’elle avait fait souffrir les enfants.

[177] Je ne suis pas d’accord. Les conclusions de fait du juge de première instance étaient bien étayées par la preuve.

[178] Le juge de première instance a expliqué minutieusement pourquoi il était d’avis que la relation entre les parties était acrimonieuse, tant durant le mariage qu’au moment du procès. Il a conclu qu’il y avait eu de la friction durant le mariage : la mère était soumise à la personnalité contrôlante et dominante du père; il y avait [TRADUCTION] « possiblement un certain degré d’abus émotionnel »; elle avait été agressée physiquement; et elle était traumatisée émotionnellement.

[179] De plus, l’animosité persistante du père envers la mère est devenue clairement visible durant le procès lui-même. Le juge de première instance a conclu que sa conduite à cette occasion avait été abusive : par. 41. Plus particulièrement, le père a joint à un affidavit un « égoportrait » de la mère nue, ce qui, selon le

her. The trial judge also noted that the assault, and the father’s denials that it had occurred, was “likely to be an ongoing source of acrimony”: para. 41 (emphasis added). The trial judge concluded that this high-conflict relationship between the parties had “particularly significant” implications for the children: para. 41. These considerations weighed in favour of the children staying primarily with the mother. In these circumstances, it was open for the trial judge to conclude that a co-parenting arrangement could only work in Telkwa. If the mother returned to Kelowna, she would likely be socially isolated and reliant on the father.

[180] Despite the trial judge’s findings, which were well supported by the record, the Court of Appeal intervened because “the trial judge’s concerns about Mr. Grebliunas’ behaviour towards Ms. Barendregt warrant some context”: para. 70.

[181] The court identified four factors that purportedly “attenuated” the seriousness of the circumstances. First, the mother never argued that hostility between the parties supported her move; her evidence was that the parties were getting along better than when they first separated. Second, many of the issues the judge had been concerned about had taken place in the past. Third, there was no evidence of any event involving or taking place in the presence of the children since separation. And fourth, the trial judge failed to consider the evidence that the parties’ relationship was improving.

[182] None of these factors gave the Court of Appeal licence to disturb the trial judge’s factual findings regarding the relationship between the parties.

[183] First, although counsel for the mother did not advance the father’s animus as a factor that supported

juge de première instance, n’a servi à rien sinon qu’à humilier celle-ci. Le juge de première instance a aussi souligné que l’agression — ainsi que les dénégations du père à ce sujet — était [TRADUCTION] « susceptible d’être une source constante d’acrimonie » : par. 41 (je souligne). Le juge de première instance a conclu que cette relation très conflictuelle entre les parties avait des répercussions [TRADUCTION] « particulièrement importantes » sur les enfants : par. 41. Ces considérations ont pesé pour que ceux-ci demeurent principalement avec la mère. Dans ces circonstances, le juge de première instance pouvait conclure qu’un arrangement de garde conjointe ne pourrait fonctionner qu’à Telkwa. Si la mère retournait à Kelowna, elle serait vraisemblablement isolée socialement et dépendante du père.

[180] En dépit des conclusions du juge de première instance, qui étaient bien étayées par le dossier, la Cour d’appel est intervenue, jugeant que [TRADUCTION] « les préoccupations du juge de première instance concernant le comportement de M. Grebliunas à l’égard de M<sup>me</sup> Barendregt devaient être mises en contexte » : par. 70.

[181] La cour a identifié quatre facteurs qui [TRADUCTION] « atténuaient » supposément la gravité de la situation. Premièrement, la mère n’avait jamais soutenu que l’hostilité entre les parties militait pour son déménagement; selon son témoignage, les parties s’entendaient mieux qu’au début de leur séparation. Deuxièmement, de nombreux événements parmi ceux qui préoccupaient le juge s’étaient déroulés dans le passé. Troisièmement, il n’y avait aucune preuve d’un quelconque événement impliquant les enfants ou s’étant déroulé en leur présence depuis la séparation. Quatrièmement, le juge de première instance n’a pas tenu compte des éléments de preuve selon lesquels la relation entre les parties s’améliorait.

[182] Aucun de ces facteurs ne donnait à la Cour d’appel le droit de modifier les conclusions de faits du juge de première instance quant à la relation entre les parties.

[183] Premièrement, même si l’avocat de la mère n’avait pas fait valoir l’animosité du père comme

relocation, the state of the parties' relationship was obviously relevant. And as the interveners West Coast LEAF Association and Rise Women's Legal Centre point out, it is important to be aware of the social and legal barriers to women disclosing family violence in family law proceedings.

[184] Second, the parties' acrimonious relationship was far from a relic of the distant past. Again, the acrimony surfaced during the trial itself. And abusive dynamics often do not end with separation — in fact, the opposite is often true: Jaffe, Crooks and Bala, at p. 171; Neilson, at ch. 4.5.1, 7.2.2 and 7.2.6. Trial judges have the advantage of observing the dynamic between the parties first-hand; any resulting assessment of their ability to work together in the future must attract deference.

[185] Third, the fact that there was no evidence of any event involving the children, or taking place in the children's presence, could not be determinative. Not only can *indirect* exposure to conflict have implications for the children's welfare, the trial judge found there was a significant risk that conflict between the parties would spill over and *directly* impact the children. He was entitled to make that finding on the evidence before him.

[186] Fourth, the record discloses no indication that the trial judge forgot, ignored, or misconceived the evidence showing improvements in the parties' relationship. An omission in the reasons, in and of itself, does not mean that the appellate court is permitted to review the evidence heard at trial. And in any event, cooperating, staying, or reconciling with a party does not necessarily indicate that an incident of abuse or violence was not serious: see D. Martinson and M. Jackson, "Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases" (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 34. In the end, what mattered was the trial judge's conclusion that it was unlikely that the parents could work cooperatively to promote the children's best

facteur au soutien du déménagement, l'état de la relation entre les parties était manifestement pertinent. En outre, comme le soulignent les intervenants la West Coast LEAF Association et le Rise Women's Legal Centre, il importe d'être conscients des obstacles sociaux et juridiques à la divulgation de l'existence de violence familiale par les femmes dans le cadre de procédures en droit de la famille.

[184] Deuxièmement, la relation acrimonieuse entre les parties était loin d'être de l'histoire ancienne. Je le répète, l'animosité a refait surface durant le procès lui-même. D'ailleurs, les dynamiques d'abus ne prennent généralement pas fin avec la séparation — en fait, c'est souvent le contraire qui se produit : Jaffe, Crooks et Bala, p. 171; Neilson, c. 4.5.1, 7.2.2 et 7.2.6. Le juge de première instance a l'avantage d'observer directement la dynamique entre les parties; toute évaluation qui découle de cette position privilégiée concernant la capacité des parties à travailler ensemble à l'avenir commande la déférence.

[185] Troisièmement, l'absence de preuve d'un événement impliquant les enfants, ou survenu en leur présence, ne saurait être déterminante. Non seulement une exposition *indirecte* à des conflits peut avoir des conséquences sur le bien-être des enfants, mais le juge de première instance a conclu à l'existence d'un risque élevé que le conflit entre les parties dégénère et ait une incidence *directe* sur les enfants. Il pouvait conclure de la sorte en se basant sur la preuve présentée.

[186] Quatrièmement, rien dans le dossier n'indique que le juge de première instance a oublié les éléments de preuve démontrant une amélioration de la relation entre les parties, qu'il n'en a pas tenu compte ou qu'il les a mal interprétés. Une omission dans les motifs, en soi, n'autorise pas le tribunal d'appel à réexaminer la preuve présentée au procès. Et, en tout état de cause, le fait de coopérer, de demeurer ou de se réconcilier avec une partie n'indique pas nécessairement qu'un incident d'abus ou de violence n'a pas été grave : voir D. Martinson et M. Jackson, « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11, p. 34. En définitive, ce qui importait, c'était la conclusion du juge de première instance selon laquelle il était

interests in a shared parenting structure in the near future: para. 42.

[187] Nevertheless, the Court of Appeal concluded that the trial judge’s findings regarding the acrimonious relationship between the parties could “no longer support the ultimate result arrived at by the trial judge”: para. 69.

[188] Quite simply, however, it was not the place of the Court of Appeal to decide that the broader context could “attenuate” the seriousness of the father’s behavior in the absence of an overriding and palpable error. Nor was it the court’s place to reweigh a factor that had been carefully considered by the trial judge. A difference in opinion does not provide an appellate court licence to eclipse the trial court’s judgment in favour of its own. The Court of Appeal was wrong to dispense with deference in the absence of a reversible error.

(e) *The Other Gordon Factors*

[189] I am satisfied that the trial judge’s *Gordon* analysis was free from material error. The following factors all supported the trial judge’s conclusion that relocation was in the children’s best interests: there was a significant risk that the high-conflict nature of the parents’ relationship would impact the children if they stayed in Kelowna; the mother needed her family’s support to independently care for the children, which was only available in Telkwa; she was more willing to facilitate a positive relationship between the children and the father than the converse; and there were findings of family violence. I see no reason to set aside the trial judge’s decision.

VI. Disposition

[190] The appeal is allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside, and paras. 1 to 6 of the

improbable que les parents travaillent de concert, dans un avenir rapproché, pour favoriser l’intérêt des enfants dans le cadre d’une structure de garde partagée : para. 42.

[187] Quoi qu’il en soit, la Cour d’appel a jugé que les conclusions du juge de première instance quant à la relation acrimonieuse entre les parties [TRADUCTION] « ne pouvaient plus soutenir le résultat ultime auquel [il] en est arrivé » : par. 69.

[188] Or, très simplement, il n’appartenait pas à la Cour d’appel de décider que le contexte plus large pouvait [TRADUCTION] « atténuer » la gravité du comportement du père en l’absence d’une erreur manifeste et déterminante. Il ne lui appartenait pas non plus de soulever de nouveau un facteur qui avait été examiné avec soin par le juge de première instance. Une différence d’opinions n’autorise pas un tribunal d’appel à écarter le jugement d’un tribunal de première instance et à y substituer le sien. La Cour d’appel a eu tort de ne pas faire preuve de déférence envers les conclusions du juge de première instance en l’absence d’une erreur susceptible de révision.

e) *Les autres facteurs énoncés dans l’arrêt Gordon*

[189] Je suis convaincue que l’analyse menée par le juge de première instance fondée sur l’arrêt *Gordon* n’était entachée d’aucune erreur importante. Les facteurs suivants militaient tous en faveur de sa conclusion selon laquelle le déménagement était dans l’intérêt des enfants : il existait un risque élevé que la nature très conflictuelle de la relation entre les parents ait une incidence sur les enfants s’ils restaient à Kelowna; la mère avait besoin du soutien de sa famille pour prendre soin des enfants de manière autonome, un soutien qu’elle ne pouvait avoir qu’à Telkwa; elle était davantage disposée à promouvoir une relation harmonieuse entre les enfants et le père que l’inverse; et le juge de première instance a conclu à l’existence de violence familiale. À mes yeux, il n’existe aucun motif pour annuler sa décision.

VI. Dispositif

[190] L’appel est accueilli. La décision de la Cour d’appel est annulée, et les par. 1 à 6 de l’ordonnance

trial judge’s order regarding the primary residence of the children are restored. The mother is entitled to her costs in this Court and the courts below.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting in part) —

### I. Overview

[191] I have had the benefit of reading my colleague Justice Karakatsanis’s reasons. While I agree that the test laid out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, governs, as it applies to both “fresh” and “new” evidence, I disagree with my colleague’s application of *Palmer* to the facts of this appeal. For the reasons that follow, I would uphold the Court of Appeal’s ultimate conclusion that the evidence is admissible, but reject its treatment of *Palmer* and its decision to reassess the best interests of the children.

[192] I respectfully part company with my colleague’s analysis on two points. First, it is in my view inappropriate to comment on the *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, framework in the context of this appeal. This issue was not raised by the appellant, Ms. Barendregt (“mother”), nor was it formally raised by the respondent, Mr. Grebliunas (“father”), who did not cross-appeal. It is therefore not properly before this Court. Even if it were, I do not believe it prudent to comment on amendments to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), without the benefit of submissions and of a full evidentiary record on the matter. It follows that I cannot agree with my colleague’s analysis as set out in paras. 105-89 of her reasons. I will say no more on this issue; it ought to be left for another day.

[193] Second, as I mentioned, I disagree with my colleague’s application of *Palmer* to the facts of this case. Appellate courts that strictly apply the *Palmer*

du juge de première instance quant à la résidence principale des enfants sont rétablis. La mère a droit à ses dépens devant notre Cour et devant les juridictions d’instances inférieures.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) —

### I. Aperçu

[191] J’ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Karakatsanis. Je conviens que le test établi dans l’arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, régit les faits de la présente affaire, puisqu’il s’applique tant à la preuve « nouvelle » qu’aux « nouveaux » éléments de preuve. Je ne suis toutefois pas d’accord avec son application de cet arrêt aux faits du présent pourvoi. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de confirmer la conclusion principale de la Cour d’appel selon laquelle les éléments de preuve sont admissibles, mais de rejeter son traitement de l’arrêt *Palmer* ainsi que sa décision de réexaminer l’intérêt des enfants.

[192] Avec égards, je me dissocie de l’analyse de ma collègue sur deux points. Premièrement, j’estime qu’il est inapproprié de commenter le cadre d’analyse prescrit par l’arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, dans le contexte du présent pourvoi. Cette question n’a pas été soulevée par l’appelante, M<sup>me</sup> Barendregt (« mère »), et ne l’a pas été formellement non plus par l’intimé, M. Grebliunas (« père »), lequel n’a pas interjeté d’appel incident. La Cour n’en est donc pas dûment saisie. Même si elle l’était, je suis d’avis qu’il n’est pas prudent de formuler des commentaires quant à des modifications apportées à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), sans le bénéfice d’observations et d’un dossier de preuve complet sur la question. Je ne peux donc souscrire à l’analyse que ma collègue énonce aux par. 105-189 de ses motifs. Je n’en dirai pas plus sur la question, qui devrait être tranchée à une autre occasion.

[193] Deuxièmement, comme je l’ai mentionné, je ne suis pas d’accord avec l’application que fait ma collègue de l’arrêt *Palmer* aux faits de la présente



test tend to focus too narrowly on the potential for further evidence to distort the appellate standard of review rather than properly focusing on the best interests of the child as the overriding consideration. The *Palmer* test must be applied flexibly in *all* cases involving the welfare of children. My colleague recognizes this well-established principle, yet her application of *Palmer* is devoid of flexibility.

[194] On a proper application of *Palmer*, I would admit the new evidence and remand the appeal to the trial court for reconsideration of the children’s best interests in light of the new information regarding the father’s financial situation and the condition of the West Kelowna home. The effect of holding otherwise would be to relocate 2 children 1,000 km away from their father based on an inaccurate picture of reality.

## II. Analysis

[195] As my colleague rightfully notes, the *Palmer* test must be applied more flexibly in family law cases involving the best interests of a child (para. 67; *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165). In such cases, an accurate assessment of the current situation of the parties, and of the children in particular, is of crucial importance (*Catholic Children’s Aid*, at p. 188). A child’s welfare is “ongoing and fluid, an undammed stream, and usually it is better that the Court have the full context” (*T.G. v. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202, at para. 82).

[196] Although the rules for admitting new evidence are not designed to permit litigants to retry their cases, it is trite law that the best interests of a child “may provide a compelling reason to admit evidence on appeal” (*C.K.S. v. O.S.S.*, 2014 ABCA 416, at para. 10 (CanLII)). After all, a custody appeal “is ultimately about a child and will affect the welfare of a child” (*Bacic v. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th)

affaire. Les cours d’appel qui appliquent strictement le test énoncé dans cet arrêt ont tendance à se concentrer trop étroitement sur la possibilité que des éléments de preuve supplémentaires altèrent la norme de contrôle en appel, plutôt que de jauger comme il se doit l’intérêt de l’enfant, la considération prépondérante. Le test de l’arrêt *Palmer* doit être appliqué avec flexibilité dans *tous* les dossiers où il est question du bien-être d’enfants. Ma collègue reconnaît ce principe bien établi, mais son application de l’arrêt *Palmer* est dépourvue de flexibilité.

[194] Appliquant l’arrêt *Palmer* comme il se doit, je suis d’avis d’admettre les nouveaux éléments de preuve et de renvoyer l’appel au tribunal de première instance pour qu’il réexamine l’intérêt des enfants à la lumière des nouveaux renseignements concernant la situation financière du père et la condition de la maison de Kelowna Ouest. Décider autrement aurait pour effet de relocaliser 2 enfants à 1 000 km de leur père sur le fondement d’un portrait inexact de la réalité.

## II. Analyse

[195] Comme l’a noté à bon droit ma collègue, le test de l’arrêt *Palmer* doit être appliqué avec plus de flexibilité dans les dossiers en droit de la famille où l’intérêt d’un enfant est en jeu (par. 67; *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165). Dans de tels dossiers, il est crucial d’évaluer avec précision la situation actuelle des parties, et particulièrement celle des enfants (*Catholic Childen’s Aid*, p. 188). En effet, le bien-être d’un enfant est [TRADUCTION] « de nature évolutive et fluide, un flot continu, et il est généralement préférable que le tribunal dispose du contexte complet » (*T.G. c. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202, par. 82).

[196] Même si les règles relatives à l’admissibilité de nouveaux éléments de preuve ne sont pas conçues pour permettre aux parties de plaider de nouveau leur cause, il est bien établi en droit que l’intérêt d’un enfant [TRADUCTION] « peut constituer un motif convaincant pour admettre des éléments de preuve en appel » (*C.K.S. c. O.S.S.*, 2014 ABCA 416, par. 10 (CanLII)). Après tout, un appel relatif à la garde

571, at para. 24; see also *P. (J.) v. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92, at para. 24; *O. (A.) v. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34, at paras. 115-17; *C.L.B. v. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228, at paras. 21-22).

[197] This flexibility is borne out by a review of the relevant case law. Over the last decade, Canadian appellate courts admitted additional evidence in family law cases in 48 out of 152 reported cases reviewed. Notably, however, the national rate of admission was considerably higher in cases involving child custody and the welfare of children. In 85 such cases, the court admitted the evidence almost half the time (41 out of 85). By contrast, the national rate of admission in cases not concerning children was closer to one tenth (7 out of 67). This supports my view that the rules for admitting further evidence ought to be relaxed — and in practice *are* relaxed — where the best interests of a child are at stake.

[198] My colleague appears to accept the importance of flexibility in this context. She notes that there may be “exceptional cases” where a child’s best interests favour admitting further evidence. For instance, she observes that the need for “finality” and “order” may yield “in the interest of justice” in “urgent matters requiring an immediate decision” (para. 70).

[199] But, respectfully, my colleague’s approach — narrowing *Palmer*’s flexibility to “exceptional cases” — is unduly rigid and undermines the specificity needed in cases involving children’s welfare. Indeed, it would often deny judges the full context they need in order to make a sound determination of the best interests of the child in a particular case.

[TRADUCTION] « concerne au premier chef un enfant et aura une incidence sur le bien-être d’un enfant » (*Bacic c. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th) 571, par. 24; voir aussi *P. (J.) c. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92, par. 24; *O. (A.) c. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34, par. 115-117; *C.L.B. c. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228, par. 21-22).

[197] L’existence de cette flexibilité est confirmée par un examen de la jurisprudence pertinente. Durant la dernière décennie, les cours d’appel canadiennes ont admis des éléments de preuve supplémentaires dans des dossiers en droit de la famille dans 48 des 152 décisions publiées examinées. Toutefois, fait important, le taux national d’admission était considérablement plus élevé dans les dossiers où il était question de la garde et du bien-être d’enfants. Dans 85 de ces dossiers, les tribunaux ont admis la preuve près d’une fois sur deux (41 sur 85). En revanche, le taux national d’admission dans les dossiers qui ne concernaient pas des enfants était plus proche d’un dixième (7 sur 67). Cela appuie mon point de vue selon lequel les règles relatives à l’admission d’éléments de preuve supplémentaires doivent être assouplies — et, en pratique, *sont* assouplies — lorsque l’intérêt d’un enfant est en jeu.

[198] Ma collègue semble reconnaître l’importance de la flexibilité dans ce contexte. Elle souligne qu’il peut y avoir des « cas exceptionnels » où l’intérêt d’un enfant milite en faveur de l’admission d’éléments de preuve supplémentaires. Par exemple, elle note que les impératifs que sont « le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires » peuvent céder le pas devant « l’intérêt de la justice » dans les « affaires urgentes exigeant une décision immédiate » (par. 70).

[199] Cependant, avec égards, l’approche préconisée par ma collègue — soit de restreindre l’application flexible de l’arrêt *Palmer* aux « cas exceptionnels » — est indûment rigide et nuit à la spécificité nécessaire dans les dossiers où il est question du bien-être d’enfants. En effet, cette approche priverait souvent les juges du contexte complet dont ils ont besoin pour bien juger de l’intérêt de l’enfant dans un dossier donné.

[200] Contrary to my colleague’s reasoning, all of the criteria must be applied flexibly in cases involving the best interests of children. I will briefly explain why this is so with respect to the first and fourth of the *Palmer* criteria — due diligence and whether the evidence could have affected the result at trial — as only these criteria are at issue in this appeal. I will then move on to apply *Palmer* — with the requisite flexibility — to the facts of this case.

#### A. *Palmer Test*

##### (1) Flexibility in Assessing Due Diligence

[201] Finality and order are not judicial straitjackets. Infants grow quickly into toddlers and then — in what may seem like the blink of an eye — into young adults. This development and maturation process demands that our courts have ample flexibility to decide each child custody case based on the most current information available. I could not agree more with the intervenor the Office of the Children’s Lawyer that a flexible approach “recognizes the need to be aware of children’s updated circumstances to understand how appellate decisions will impact their current lives, not the lives they had when the original decision was made” (I.F., at para. 6).

[202] With respect, my colleague takes a rigid view of due diligence. She focuses inordinately and narrowly on the “litigant’s conduct”, stating that parties should not be permitted to “benefit from their own inaction” (paras. 60-61). She asserts that only in exceptional circumstances may courts admit evidence that does not meet the due diligence criterion. I respectfully disagree with this rigid approach for three reasons.

[200] Contrairement à ce qu’affirme ma collègue, tous les critères doivent être appliqués avec flexibilité dans les dossiers où l’intérêt d’enfants est en jeu. Je vais brièvement expliquer pourquoi il en est ainsi relativement aux premier et quatrième critères du test de l’arrêt *Palmer* — la diligence raisonnable et la question de savoir si les éléments de preuve auraient influé sur le résultat au procès —, puisque seuls ces critères sont en cause dans le présent pourvoi. Je passerai ensuite à l’application de l’arrêt *Palmer* aux faits du présent dossier — avec la flexibilité requise.

#### A. *Test de l’arrêt Palmer*

##### (1) Flexibilité dans l’examen de la diligence raisonnable

[201] Le caractère définitif des décisions judiciaires et le déroulement ordonné des procédures judiciaires ne sont pas des camisoles de force juridiques. Les nourrissons deviennent rapidement des bambins et, ensuite, dans ce qui semble être un battement de paupière, de jeunes adultes. Ce processus de développement et de maturation exige que nos tribunaux fassent preuve de beaucoup de flexibilité, de manière à trancher chaque dossier de garde d’enfant en fonction des renseignements les plus à jour dont on dispose. Je suis entièrement d’accord avec l’intervenant, le Bureau de l’avocat des enfants, selon lequel l’approche flexible [TRADUCTION] « reconnaît la nécessité d’avoir conscience de la situation à jour dans laquelle se trouvent les enfants pour comprendre dans quelle mesure les décisions en appel auront une incidence sur leur vie actuelle, et non sur la vie qu’ils avaient au moment du prononcé de la décision originale » (m. interv., par. 6).

[202] Avec égards, ma collègue adopte une vision rigide de la diligence raisonnable. Elle se concentre excessivement et étroitement sur la « conduite du plaideur », et affirme que les parties ne devraient pas être autorisées à « tirer profit de [leur] propre inaction » (par. 60-61). À son avis, ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux peuvent admettre des éléments de preuve qui ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable. Avec égards, je ne suis pas d’accord avec cette approche rigide, et ce, pour trois raisons.

[203] First, I believe the reason for flexibility in this context to be obvious. It is to ensure that reviewing courts have the full context, given the ongoing nature of a child’s welfare — the undammed stream. This is precisely why appellate courts nationwide have held that due diligence is to be applied flexibly (*Shortridge-Tsuchiya v. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61, 315 D.L.R. (4th) 498, at para. 87; *Jiang v. Shi*, 2017 BCCA 232, at para. 11 (CanLII); *PT v. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235, at para. 61; *G (JD) v. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543, at para. 39). These cases stand for a clear, principled proposition: the mere fact that new evidence could potentially have been obtained for the trial should not, on its own, preclude an appellate court from reviewing information that bears directly upon the welfare of a child (see, e.g., *Babich v. Babich*, 2020 SKCA 25; *Bacic*, at para. 24). Moreover, even if some of the evidence could have been adduced at trial, this does not end the *Palmer* analysis, as it is well established that a “failure to meet the due diligence criterion is not always fatal” (*R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, at para. 42). Where there has been such a failure, it must be determined whether the strength of the other *Palmer* criteria “is such that failure to satisfy the due diligence requirement is overborne” (*ibid.*). This clearly further supports my view that due diligence in the child custody context must be applied with greater flexibility than my colleague’s approach permits.

[204] Second, finality is a double-edged sword. My colleague is rightly concerned about the impact of protracted litigation on “women, [who] are often already shouldering the economic consequences of a marital breakdown” and who “will be unable to afford the financial and emotional cost of court proceedings” (para. 68). But she seems to overlook the fact that a strict application of due diligence would only add to the burden she describes. By requiring all family law litigants to “put their best foot forward at trial” (para. 60), my colleague would require a

[203] Premièrement, selon moi, la raison qui justifie de faire preuve de flexibilité dans ce contexte va de soi. C’est pour garantir que les tribunaux d’appel disposent du contexte complet, compte tenu de la nature évolutive du bien-être d’un enfant — le flot continu. C’est précisément pourquoi les cours d’appel partout au pays ont conclu que le critère de la diligence raisonnable doit être appliqué avec flexibilité (*Shorridge-Tsuchiya c. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61, 315 D.L.R. (4th) 498, par. 87; *Jiang c. Shi*, 2017 BCCA 232, par. 11 (CanLII); *PT c. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235, par. 61; *G (JD) c. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543, par. 39). Ces affaires reposent sur une proposition claire et fondée sur des principes : le simple fait que les nouveaux éléments de preuve auraient pu être obtenus pour le procès ne devrait pas, à lui seul, empêcher une cour d’appel d’examiner des renseignements qui concernent directement le bien-être d’un enfant (voir, p. ex., *Babich c. Babich*, 2020 SKCA 25; *Bacic*, par. 24). De plus, quand bien même certains éléments de preuve auraient pu être produits au procès, cela ne met pas fin à l’analyse prévue par l’arrêt *Palmer*, puisqu’il est bien établi que le « défaut de satisfaire au critère de diligence raisonnable n’est pas toujours fatal » (*R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, par. 42). En présence d’un tel défaut, il faut déterminer si les autres critères énoncés dans l’arrêt *Palmer* ont un poids tel qu’ils « l’emportent sur l’omission de satisfaire au critère de diligence raisonnable » (*ibid.*). Cela soutient clairement encore davantage mon point de vue selon lequel le critère de la diligence raisonnable, dans le contexte de la garde d’un enfant, doit être appliqué avec plus de flexibilité que ne le permet l’approche préconisée par ma collègue.

[204] Deuxièmement, le principe du caractère définitif des décisions judiciaires est un couteau à double tranchant. Ma collègue est préoccupée avec raison de l’incidence des procès interminables sur « les femmes [qui] sont souvent déjà confrontées aux conséquences économiques de la rupture du mariage » et qui « n’ont pas les moyens d’assumer le coût financier et émotionnel d’une procédure judiciaire » (par. 68). Ma collègue semble toutefois négliger le fait que l’application stricte du critère de la diligence raisonnable ne ferait qu’ajouter au fardeau

self-represented single mother of modest means to advance her claim while simultaneously assembling up-to-date financial documentation, the relevance of which may not be apparent until after the initial hearing. Otherwise, this single mother runs the risk that new and potentially decisive evidence about her present circumstances will be ruled inadmissible. The result of my colleague’s approach to *Palmer* is that such a single mother would face a significant legal hurdle in pursuing custody of her children simply because she is unable to get her finances in order in a timely fashion. I fail to see how this promotes my colleague’s conception of “the interests of justice”.

[205] Third, I acknowledge that an application to vary may in some circumstances be the appropriate procedure. But an application to vary, like a motion to adduce further evidence on appeal, is “adversarial”. It would also place “additional strain on the parties’ resources” and generate further delays (para. 68). This begs the question: How does the variation mechanism mitigate the “financial and emotional” cost which so concerns my colleague? I do not find an answer for this in her reasons. Put simply, and with respect, my colleague’s conception of the due diligence criterion undercuts the interests of *all* family litigants, and “particularly women”, in child welfare cases (para. 68).

(2) Flexibility in Assessing Whether the New Evidence Could Have Affected the Result

[206] The fourth *Palmer* criterion requires the court to ask whether the further evidence, if believed, could have affected the result.

qu’elle décrit. En exigeant que toutes les parties à une procédure en droit de la famille « présente[nt leurs] meilleurs arguments et [leur] meilleure preuve au procès » (par. 60), elle impose qu’une mère célibataire, qui se représente seule et qui ne dispose que de peu de moyens, présente sa demande tout en colligeant simultanément la documentation financière à jour, dont la pertinence peut ne pas être évidente avant la conclusion de la première audience. Autrement, cette mère célibataire courrait le risque que de nouveaux éléments de preuve possiblement déterminants quant à sa situation actuelle soient jugés inadmissibles. Suivant l’interprétation que fait ma collègue de l’arrêt *Palmer*, une mère célibataire ferait face à un obstacle juridique important en tentant d’obtenir la garde de ses enfants, simplement parce qu’elle est incapable de mettre sa situation financière en ordre en temps opportun. Je n’arrive pas à comprendre comment cela favorise la conception qu’a ma collègue de l’« intérêt de la justice ».

[205] Troisièmement, je reconnais que, dans certaines circonstances, c’est une demande en modification qu’il conviendrait de présenter. Cependant, une telle demande, à l’instar d’une requête en vue de présenter un complément de preuve en appel, est une procédure « contradictoire ». Elle créerait en outre des « contraintes financières additionnelles pour les parties » et générerait des délais additionnels (par. 68). Cela pose la question de savoir comment la voie d’une demande en modification réduit le coût « financier et émotionnel » qui préoccupe tant ma collègue. Je ne trouve pas la réponse à cette question dans ses motifs. Dit simplement, et avec égards, la conception qu’a ma collègue du critère de la diligence raisonnable nuit aux intérêts de *toutes* les parties à des litiges en droit de la famille — et « en particulier les femmes » — dans lesquels le bien-être d’un enfant est en jeu (par. 68).

(2) Flexibilité dans l’examen de l’influence possible des nouveaux éléments de preuve sur le résultat

[206] Le quatrième critère énoncé dans l’arrêt *Palmer* exige du tribunal qu’il se demande si les nouveaux éléments de preuve, advenant qu’on leur prête foi, auraient pu influencer sur le résultat.



[207] As with due diligence, however, flexibility is once again nowhere to be found in my colleague’s analysis. She does of course recite the definition of this criterion from *Palmer* and note that it must be approached “purposely”. But she leaves it to readers to discern for themselves what this might mean (para. 63).

[208] Such an approach fails to recognize that in *Catholic Children’s Aid*, this Court explicitly contemplated the need for flexibility in applying the fourth *Palmer* criterion. L’Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court, held as follows:

Counsel for the child supports the approach advanced by the respondent society and also relies on *Genereux* . . . as the appropriate test in matters where the best interests of the child are the paramount concern.

Although I doubt that *Genereux* . . . intended to depart significantly from the test of *Palmer* . . . its approach is to be commended. . . . If *Genereux* . . . has enlarged the scope of the admission of fresh evidence on appeal, it has done so, in the present case at least, with regard to the final arm of the [*Palmer*] test, that is, whether the fresh evidence may affect the result of the appeal when considered with the other evidence. If that is so, and the fact that the admission of up-to-date evidence is essential in cases such as the one at hand, *Genereux* . . . should be applied in cases determining the welfare of children. [Emphasis added; pp. 188-89.]

[209] This excerpt affirms what is by now beyond dispute: the *Palmer* criteria — particularly the fourth criterion — are more flexible in appeals concerning the best interests of children, “where it is important to have the most current information possible ‘[g]iven the inevitable fluidity in a child’s development’” (*K.K. v. M.M.*, 2022 ONCA 72, at para. 17 (CanLII) (brackets in original)).

[210] In light of the foregoing, I will now apply *Palmer* to the situation in the case at bar.

[207] Or, comme dans son analyse de la diligence raisonnable, la flexibilité est absente de l’analyse de ma collègue à ce sujet. Bien entendu, elle reprend la définition de ce critère formulée dans l’arrêt *Palmer*, et elle note qu’il faut adopter une approche « téléologique » à son égard. Elle laisse toutefois le soin aux lecteurs de déceler par eux-mêmes ce que cela pourrait vouloir dire (par. 63).

[208] Une telle approche ne reconnaît pas que, dans l’arrêt *Catholic Children’s Aid*, la Cour a explicitement envisagé la nécessité de la flexibilité dans l’application du quatrième critère du test de l’arrêt *Palmer*. La juge L’Heureux-Dubé, au nom d’une Cour unanime, a tiré la conclusion suivante :

L’avocat de l’enfant appuie la démarche préconisée par la société intimée et est d’avis que le test approprié est celui formulé dans l’arrêt *Genereux* [. . .], dans les cas où l’intérêt véritable de l’enfant est la préoccupation prédominante.

Bien que je doute que l’arrêt *Genereux* [. . .] ait voulu s’écarter sensiblement du critère formulé dans [l’]arrê[t] *Palmer* [. . .], la démarche qu’il préconise est à recommander. [. . .] Si l’arrêt *Genereux* [. . .] a assoupli la règle de l’admission d’une nouvelle preuve en appel, il l’a fait, tout au moins en l’espèce, en ce qui concerne le dernier volet du critère formulé dans l’arrêt [*Palmer*], soit si la nouvelle preuve, combinée aux autres éléments de preuve produits, est susceptible d’influer sur l’issue de l’appel. Si tel est le cas, tenant compte du fait que l’admission d’éléments de preuve à jour est essentielle dans des cas comme le nôtre, l’arrêt *Genereux* [. . .] devrait s’appliquer aux causes visant le bien-être des enfants. [Je souligne; p. 188-189.]

[209] Cet extrait confirme ce qui est désormais indiscutable : les critères établis dans l’arrêt *Palmer* — notamment le quatrième — sont plus flexibles lorsque l’appel concerne l’intérêt d’enfants, [TRADUCTION] « où il importe de disposer des renseignements les plus à jour possible “[c]ompte tenu de l’inévitable fluidité du développement d’un enfant” » (*K.K. c. M.M.*, 2022 ONCA 72, par. 17 (CanLII) (crochets dans l’original)).

[210] À la lumière de ce qui précède, je vais maintenant appliquer l’arrêt *Palmer* à la situation en l’espèce.

### B. *Application of Palmer*

[211] As I mentioned above, only the first and fourth of the *Palmer* criteria are in issue in this appeal. With respect to the first criterion, the mother argues that the new evidence could, with proper diligence, have been adduced at trial. In any event, relying on the fourth criterion, she contends that the new evidence could not have affected the outcome of the case.

[212] As I will explain, I disagree with the mother on both counts.

#### (1) Due Diligence

[213] First, due diligence is not a barrier to admitting the new evidence. By its nature, the evidence could not have been adduced at trial. I acknowledge that the father could have acted more expeditiously in taking steps to address his financial situation and the condition of the family home, and in bringing these matters to the court's attention. However, an inescapable fact remains: The evidence the father produced on appeal was not in existence at the time of the trial. The first *Palmer* factor therefore does not preclude its admission.

[214] Further, even if the evidence in question could have been obtained for the trial, this would not end the analysis. As I have indicated, giving effect to the need for flexibility in the child custody context demands that we apply the well-established principle that due diligence is *not* a condition precedent to admission. Yet this is precisely how my colleague treats due diligence, contrary to this Court's holding in *Lévesque*.

[215] Unlike my colleague, I do not accept that the existence of the variation procedure weighs against admission. She asserts that “[a] variation application and an appeal are distinct proceedings based on fundamentally different premises” (para. 75), and I agree

### B. *Application de l'arrêt Palmer*

[211] Je le répète, seuls les premier et quatrième critères du test de l'arrêt *Palmer* sont en cause dans le présent pourvoi. Quant au premier critère, la mère soutient que les nouveaux éléments de preuve auraient pu, si le père avait fait preuve de la diligence nécessaire, être produits au procès. Quoi qu'il en soit, se fondant sur le quatrième critère, elle soutient que ces nouveaux éléments de preuve n'auraient pas influé sur le résultat du dossier.

[212] Comme je l'expliquerai, je suis en désaccord avec la mère sur les deux points.

#### (1) Diligence raisonnable

[213] D'abord, la diligence raisonnable n'est pas un obstacle à l'admission de nouveaux éléments de preuve. De par sa nature, la preuve n'aurait pas pu être produite au procès. Certes, le père aurait pu agir plus rapidement pour remédier à sa situation financière et à la condition de la maison familiale, ainsi que pour porter ces éléments à l'attention du tribunal. Cependant, un fait inéluctable demeure : les éléments de preuve mis de l'avant par le père en appel n'existaient pas au moment du procès. Le premier critère du test de l'arrêt *Palmer* ne fait donc pas obstacle à leur admission.

[214] En outre, même si les éléments de preuve en question avaient pu être obtenus pour le procès, l'analyse ne se serait pas arrêtée à ce constat. Comme je l'ai indiqué, donner effet à l'impératif de flexibilité lorsqu'il est question de la garde d'un enfant requiert que nous appliquions le principe bien établi selon lequel la diligence raisonnable *n'est pas* une condition préalable à l'admission des nouveaux éléments de preuve. C'est pourtant précisément ainsi que ma collègue traite la diligence raisonnable, contrairement à la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Lévesque*.

[215] À la différence de ma collègue, je n'accepte pas que l'existence de la procédure de modification milite contre l'admission. Elle affirme que « [l]a demande en modification et l'appel sont des procédures distinctes qui reposent sur des postulats

with her. But in this case the father’s appeal would have gone ahead regardless of whether he brought a separate application to vary in the trial court. Hence, the mere existence of the possibility of a variation order does not foreclose a litigant’s right to appeal and therefore the right to present a motion to adduce additional evidence, particularly where the evidence in question is linked to the alleged error.

(2) Whether the New Evidence Could Have Affected the Result

[216] Applying the fourth *Palmer* criterion, I conclude that the new evidence could have affected the result.

[217] It is noteworthy that my colleague does not even reach this branch of the *Palmer* test. She bases her conclusion on the father’s alleged lack of due diligence and on an absence of “circumstances” which might “render the admission of this evidence necessary in the interests of justice” (para. 91). All I would say in this regard is that I do not understand “necessity in the interests of justice” to be a *Palmer* criterion.

[218] More to the point, however, the fourth *Palmer* criterion favours admission of the new evidence. I say this for three reasons.

[219] First, the new evidence bears on a critical aspect of the trial judge’s reasoning. The trial judge found that the “parties’ financial situation, particularly as it pertains to the house”, was an issue that “significantly impact[ed]” his analysis of the children’s best interests (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, at paras. 30-31). It matters not in my view that this issue was *comparatively* less significant than the relationship between the parties. The trial judge devoted 10 paragraphs of his best interests analysis to the financial issues related to the West Kelowna home. It is thus plain that the new evidence, which suggests that the father’s financial position and the condition of the home are much improved, *could* have

fondamentalement différents » (par. 75) et je suis d’accord avec elle. Par contre, en l’espèce, l’appel du père aurait eu lieu, indépendamment de sa décision de présenter ou non une demande distincte en modification devant le tribunal de première instance. Ainsi, la simple existence de la possibilité d’une telle demande ne prive pas une partie du droit d’interjeter appel et, partant, du droit de présenter une requête en vue de produire des éléments de preuve supplémentaires, en particulier lorsque ceux-ci sont liés à l’erreur alléguée.

(2) Les nouveaux éléments de preuve auraient-ils pu influencer sur le résultat?

[216] Lorsque j’applique le quatrième critère du test de l’arrêt *Palmer*, je conclus que les nouveaux éléments de preuve auraient pu influencer sur le résultat.

[217] Il convient de noter que ma collègue ne se rend même pas à ce volet du test. Elle fonde sa conclusion sur le manque allégué de diligence raisonnable du père, et sur l’absence d’une « situation » qui « [rendrait] l’admission de ces éléments de preuve nécessaire dans l’intérêt de la justice » (par. 91). Je me contenterai de dire à cet égard que, selon ma compréhension, la « nécessité dans l’intérêt de la justice » n’est pas un critère du test de l’arrêt *Palmer*.

[218] Par ailleurs, plus précisément, le quatrième critère du test de l’arrêt *Palmer* milite pour l’admission des nouveaux éléments de preuve, et ce, pour trois raisons.

[219] Premièrement, les nouveaux éléments de preuve concernent un aspect crucial du raisonnement du juge de première instance. En effet, il a conclu que la question de [TRADUCTION] « la situation financière des parties, notamment en ce qui a trait à la maison », avait eu une « incidence considérable » sur son analyse de l’intérêt des enfants (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, at par. 30-31). Selon moi, il n’importe pas que cette question ait été *relativement* moins importante que la relation entre les parties. Le juge de première instance a consacré 10 paragraphes de son analyse de l’intérêt des enfants aux enjeux financiers relatifs à la maison de Kelowna Ouest. Manifestement, les nouveaux éléments de

affected the trial judge’s ultimate conclusion on the question whether permitting the children to relocate with their mother was in their best interests.

[220] Second, the new evidence addresses concerns the trial judge had regarding the home environment the father would provide for the children. If believed, the new evidence suggests that the house is now much closer to a “living environment” than to a “working environment”, as it was described at the time of trial (para. 33). The new evidence indicates that the father has renovated the bathroom and the master bedroom, and has definite plans to complete the kitchen renovation.

[221] Finally, the new evidence undermines the trial judge’s conclusion that, given the father’s dire financial straits, his ability to remain in the West Kelowna home was “less than certain” (para. 40). The trial judge found that the father’s “plan to continue living in the house with the boys [was], for all practical purposes, entirely dependent on the willingness and ability of his parents to pay off the mortgage and the debt on the line of credit secured by the home, and finance the remainder of the renovations” (para. 39). As of the date of the trial, this was uncertain. His father had spoken with bankers about buying an interest in the home, but nothing concrete about this plan had been filed in evidence. If believed, the new evidence shows that the father’s plan has come to fruition.

[222] The best interests analysis is of course highly contextual and fact-dependent. It is thus impossible to gauge exactly how this new evidence might have affected the trial judge’s carefully calibrated analysis. However, I agree with the father that the new evidence plainly bears on “one significant pillar” of the trial judge’s two-pronged rationale (R.F., at para. 67). In my view, this evidence could have altered the trial

preuve — qui donnent à penser que la situation financière du père et la condition de la maison se sont nettement améliorées — *auraient donc pu* influencer sur la conclusion que le juge de première instance a ultimement tirée quant à la question de savoir s’il est dans leur intérêt d’autoriser que les enfants vivent dorénavant chez leur mère.

[220] Deuxièmement, les nouveaux éléments de preuve répondent aux préoccupations qu’avait le juge de première instance quant à l’environnement qu’offrirait le père aux enfants à son domicile. Si l’on y prête foi, les nouveaux éléments de preuve suggèrent que la maison est maintenant beaucoup plus proche d’un [TRADUCTION] « lieu de vie » que d’un « lieu de travail », comme elle avait été décrite au moment du procès (par. 33). Les nouveaux éléments de preuve indiquent que le père a rénové la salle de bain et la chambre principale, et qu’il a des plans concrets pour finir la rénovation de la cuisine.

[221] Troisièmement, les nouveaux éléments de preuve affaiblissent la conclusion du juge de première instance selon laquelle la capacité du père de demeurer dans la maison de Kelowna Ouest était [TRADUCTION] « moins que certaine », compte tenu de sa situation financière précaire (par. 40). Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « le plan du père de continuer à vivre dans la maison avec les garçons [était], à toutes fins pratiques, totalement tributaire de la volonté de ses parents de rembourser l’hypothèque et la marge de crédit garantie par la maison et de financer le reste des rénovations ainsi que de leur capacité à le faire » (par. 39). En date du procès, cela était incertain. Son père avait parlé à des banquiers d’acheter une part de la maison, mais rien de concret n’avait été déposé en preuve quant à ce projet. Si on y prête foi, les nouveaux éléments de preuve démontrent que le plan du père s’est réalisé.

[222] Évidemment, l’analyse de l’intérêt est hautement contextuelle et tributaire des faits. Il est donc impossible de jauger exactement comment ces nouveaux éléments de preuve auraient pu influencer sur l’analyse soigneusement pondérée du juge de première instance. Cependant, je suis d’accord avec le père que les nouveaux éléments de preuve portent clairement sur [TRADUCTION] « un pilier

judge’s view that the children’s best interests would be better served by their living with their mother in Telkwa rather than in a shared parenting arrangement with both parents in the Kelowna area.

(3) Conclusion on *Palmer*

[223] Accordingly, on a properly flexible application of *Palmer*, I would admit the new evidence. I see no reason why the interest in “finality and order”, to which my colleague refers numerous times, should have tied the Court of Appeal’s hands in admitting new evidence that was plainly relevant to the issues it had to decide in any event. I will now turn to the separate question of the proper use of that evidence.

C. *Proper Use of the New Evidence*

[224] I agree with the Office of the Children’s Lawyer that the real concern with the new evidence in this appeal is not about appellate courts having up-to-date information on current circumstances which may affect a child’s best interests. Rather, it is about the *use* of new evidence by appellate courts without proper deference to lower courts, which is contrary to the principles developed by this Court in *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014. This issue should be dealt with separately from the admissibility analysis so as not to discourage the admission of new evidence about children’s current circumstances that may be invaluable to appellate courts.

[225] The parties agree that an appellate court admitting further evidence in child custody matters may use that evidence in one of two ways: (1) to justify

important » du raisonnement à deux volets du juge de première instance (m.i., par. 67). Selon moi, ces éléments de preuve auraient pu changer le point de vue de ce dernier selon lequel il était dans l’intérêt des enfants de vivre avec leur mère à Telkwa, plutôt qu’avec les deux parents en garde partagée dans la région de Kelowna.

(3) Conclusion quant à l’arrêt *Palmer*

[223] En conséquence, après avoir appliqué l’arrêt *Palmer* avec la flexibilité requise, je suis d’avis d’admettre les nouveaux éléments de preuve. Rien ne justifie, selon moi, que « le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires », auxquels renvoie ma collègue à de nombreuses reprises, empêchent la Cour d’appel d’admettre les nouveaux éléments de preuve manifestement pertinents quant aux questions qu’elle devait de toute façon trancher. Je vais maintenant me pencher sur la question distincte de l’utilisation appropriée de ces éléments de preuve.

C. *Utilisation appropriée des nouveaux éléments de preuve*

[224] À l’instar du Bureau de l’avocat des enfants, je suis d’avis que la préoccupation réelle concernant les nouveaux éléments de preuve dans le présent pourvoi n’est pas que les cours d’appel disposent de renseignements à jour sur la situation actuelle qui pourraient avoir une incidence sur l’intérêt d’un enfant. Elle concerne plutôt leur *utilisation* par les cours d’appel qui ne font pas preuve de la déférence voulue envers les tribunaux inférieurs, ce qui est contraire aux principes énoncés par la Cour dans l’arrêt *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014. Cette question devrait être traitée séparément de l’analyse de l’admissibilité, de manière à éviter de décourager l’admission de nouveaux éléments de preuve relatifs à la situation actuelle des enfants en cause, et qui pourraient être inestimables pour les cours d’appel.

[225] Les parties conviennent qu’un tribunal d’appel qui admet des éléments de preuve supplémentaires dans un litige sur la garde d’un enfant peut utiliser cette



remanding the matter to the trial court for reconsideration in light of a potentially material change in circumstances or (2) to make its own determination of the best interests of the child.

[226] The mother concedes that if the new evidence is admitted, “the matter should [be] remitted to the trial judge because. . . he ha[s] ‘extensive knowledge of this family and [these] child[ren]’” (A.F., at para. 71).

[227] I agree with the mother’s concession. In my view, while the Court of Appeal was correct to admit this evidence, it should not have used the new evidence regarding the father’s financial situation as a pretext to reweigh the trial judge’s findings regarding the relationship between the parties. Those findings were not affected by the new evidence and were entitled to appellate deference.

[228] As this Court held in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, appellate courts are not entitled to overturn trial court decisions in family law matters “simply because [they] would have made a different decision or balanced the factors differently” (para. 12).

[229] The Court of Appeal accordingly erred in making its own determination based on the new evidence. Moreover, I agree with the father that finality, although important, should not tie the hands of a reviewing court so as to prevent it from crafting a remedy that would advance the best interests of the child. In this case, the new evidence bears directly — and perhaps decisively — on a matter of significance to the children’s welfare. Any additional delay and expense resulting from the reconsideration of this matter is justified by the need to assess whether it is in the children’s best interests to live closer to their father in his *current* circumstances. I would add that an application to vary in these circumstances would be pointless, since it would likewise, as was

preuve de l’une ou l’autre des deux façons suivantes : (1) pour justifier le renvoi de l’affaire au tribunal de première instance pour réexamen à la lumière d’un possible changement important dans la situation, ou (2) pour statuer lui-même sur l’intérêt de l’enfant.

[226] La mère concède que, si les nouveaux éléments de preuve sont admis, [TRADUCTION] « l’affaire devrait être renvoyée au juge de première instance puisqu’il [. . .] “a une connaissance approfondie de cette famille et des enfants” » (m.a., par. 71).

[227] Je suis d’accord avec la concession de la mère. Selon moi, bien que la Cour d’appel ait eu raison d’admettre ces nouveaux éléments de preuve, elle n’aurait pas dû utiliser la preuve qui concernait la situation financière du père comme prétexte pour soupeser de nouveau les conclusions du juge de première instance quant à la relation entre les parties. Les nouveaux éléments de preuve ne portaient pas sur ces conclusions qui auraient donc dû faire l’objet de déférence en appel.

[228] Comme la Cour l’a conclu dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, les cours d’appel ne sont pas autorisées à infirmer les décisions des tribunaux de première instance dans les affaires en droit de la famille « pour le seul motif qu’[elles] aurai[ent] rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment » (par. 12).

[229] La Cour d’appel a donc commis une erreur en tirant ses propres conclusions sur le fondement des nouveaux éléments de preuve. De plus, comme le père, j’estime que le caractère définitif des décisions judiciaires, bien qu’important, ne devrait pas restreindre la latitude du tribunal d’appel au point de l’empêcher de concevoir une réparation qui favoriserait l’intérêt de l’enfant. En l’espèce, les nouveaux éléments de preuve concernent directement — voire de manière déterminante — une question importante en ce qui a trait au bien-être des enfants. Tous les délais ou toutes les dépenses supplémentaires découlant du réexamen de cette question sont justifiés par la nécessité d’évaluer s’il est dans l’intérêt des enfants de vivre plus près de leur père dans la situation où il se trouve *actuellement*.

discussed above, involve further delay and expense to both parties.

### III. Disposition

[230] For the foregoing reasons, I would admit the new evidence and allow the appeal in part, with costs to the father in this Court and in the court below.

[231] In the result, I would remand the appeal to the trial court for reconsideration of the children's best interests in light of the new evidence.

*Appeal allowed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Power Law, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Georgiale Lang & Associates, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Office of the Children's Lawyer: Office of the Children's Lawyer, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Rise Women's Legal Centre: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund Association, Vancouver; Rise Women's Legal Centre, Vancouver.*

J'ajouterais qu'une demande en modification dans ces circonstances serait inutile, puisque, je le réitère, elle donnerait aussi lieu à des délais et à des dépenses supplémentaires pour les deux parties.

### III. Dispositif

[230] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'admettre les nouveaux éléments de preuve et d'accueillir en partie le pourvoi, avec dépens pour le père devant notre Cour et devant la Cour d'appel.

[231] En conséquence, je suis d'avis de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour réexamen de l'intérêt des enfants compte tenu des nouveaux éléments de preuve.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente en partie.*

*Procureurs de l'appelante : Juristes Power, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé : Georgiale Lang & Associates, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le Bureau de l'avocat des enfants : Bureau de l'avocat des enfants, Toronto.*

*Procureurs des intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et Rise Women's Legal Centre : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund Association, Vancouver; Rise Women's Legal Centre, Vancouver.*