

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

118-15-CA

| | | |
|-------------|------------|-------------|
| <u>J.H.</u> | | <u>J.H.</u> |
| | APPELLANT | APPELANT |
| - and - | | - et - |
| <u>T.H.</u> | | <u>T.H.</u> |
| | RESPONDENT | INTIMÉE |

J.H. v. T.H., 2017 NBCA 7

J.H. c. T.H., 2017 NBCA 7

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
December 10, 2015

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 10 décembre 2015

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
[2015] N.B.J. No 321

Décision frappée d'appel :
[2015] A.N.-B. n° 321

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
November 30, 2016

Appel entendu :
le 30 novembre 2016

Judgment rendered:
February 2, 2017

Jugement rendu :
le 2 février 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Tracy Peters

Pour l'appellant :
Tracy Peters

For the respondent:
Martin Siscoe

Pour l'intimée :
Martin Siscoe

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed. Costs are ordered in the amount of \$2,500, payable by the appellant to the respondent.

L'appel est rejeté. L'appellant est condamné à verser des dépens de 2 500 \$ à l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction and Background

[1] This dispute concerns parents who have been unable to set aside their personal hostilities following the breakdown of their marriage in 2013, and who continue to litigate the custody of their two daughters, now aged eight and six years, respectively. The father’s appeal engages the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, (the “Act”), and the body of jurisprudence concerning the “best interests of the child”. Since the date of separation, there have been numerous hearings concerning interim custody and child support, including two before this Court. It is the decision which finally determined the issue of custody that is the subject matter of this appeal.

[2] In brief, following the separation of these parents, a Notice of Application was filed by the mother in which she claimed custody of the children or, alternatively, joint custody. The first interim Court Order issued on December 3, 2013, granting interim exclusive custody to her and giving the father liberal and generous access. The second interim Court Order dated January 13, 2014, granted the parents interim joint custody of the children; however, their primary residence was assigned to the mother, with liberal access to the father. A third interim Court Order which issued on April 15, 2014, provided for interim joint custody, with the primary residence of the children to be with the mother and the father was granted access every second weekend. The father successfully sought leave to appeal this order. On June 23, 2014, the Court rendered a decision which mandated a sharing of the children’s physical custody on an equal basis. When this latter decision issued, the merits of the custody question had not yet been determined. The decision was grounded on material errors this Court concluded were made by the motion judge. On December 8, 2014, there was a further interim hearing before the same motion judge which resulted in a Consent Order dated February 19, 2015. In that order, the parents agreed to continue the shared custody arrangement, and

they consented to participate in an assessment with a psychologist. The merits of the Notice of Application were finally heard on March 31 and April 1, 2015. A decision was rendered on November 30, 2015, at a time when the parties had shared the custodial care of the children for approximately seventeen months. The order which issued by the application judge was the first final order which settled the issue of custody.

[3] In that order, and despite the recommendations of the psychologist, the application judge altered the interim shared custody arrangement, and granted the parents joint custody of the children, with their principal residence assigned to the mother. The mother was also given a right of veto over major issues pertaining to the children. The father was granted access every second weekend during the academic year, from Thursday afternoon at 4:00 p.m. until Sunday afternoon at 4:00 p.m., and every alternate Thursday from 4:00 p.m. until 7:00 p.m., subject to specific holiday and vacation provisions. In the result, the father's overnight visits with the children were reduced from sixteen to six monthly, thus significantly eroding his overall access to the children.

II. Grounds of Appeal

[4] The father appeals the application judge's decision on numerous grounds. In summary, he asserts the judge erred in fact and in law when he varied the shared custody arrangement which had been in effect for approximately seventeen months, and he submits the decision was based on erroneous assumptions and speculations which were not supported by the evidence. He argues there was insufficient consideration given to the "best interests of the child" test, more specifically, the criteria set out in s. 1 of the *Act*. On this point he contends the application judge should have embarked on a fresh inquiry. Finally, he alleges the application judge erred in not following the recommendations of the psychologist, and he disregarded the maximum contact principle as well as the children's views and preferences.

III. Standard of Review

[5] I begin with the trite observation that appellate courts do not retry cases. The review of a lower court's decision is limited to a determination whether there was a misapprehension of the evidence, an error in law or in principle, or an error in mixed fact or law. See *J.E.J. v. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 N.B.R. (2d) 119 at para. 35; *Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 N.B.R. (2d) 300 at para. 14. The standard of review specific to family law cases, was articulated by the Supreme Court in *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014 at para. 11, where Bastarache J. adopted the directive set out by the Supreme Court in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL) at para. 12.

[6] This standard was applied by Larlee J.A., writing for the Court in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at paras. 8 and 9. See also *T.D.L. v. A.-G.L.*, 2014 NBCA 57, 423 N.B.R. (2d) 359; *Brooks v. Brooks*, 2014 NBCA 29, 419 N.B.R. (2d) 326, at para. 9. I add here the poignant words of the Court in *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147:

[...] [D]eference is owed to a motion judge's assessment of the evidence, determination of custody and all incidental terms. However, deference is not owed when reviewing a decision on a question of law, including what the proper criteria should be when determining whether a material change in circumstances has occurred, what the best interests of the child are or when the motion judge fails to give sufficient reasons for his or her decision. [para. 10]

[7] Thus, in order for the father to be successful, he must satisfy the Court the decision under review is the product of an error in law, an error in principle, there was a misapprehension of the evidence or the decision is clearly wrong. As was stated by Green J.A. in *T.D.L.*, alleged errors of mixed fact and law must rise to the level of palpable and overriding in order to warrant appellate intervention.

IV. Law and Analysis

A. *Fresh Inquiry*

[8] I start with a brief review of the *Act*. Section 129(1) specifically ordains that parents shall have joint custody of their children unless there is a separation agreement or a court order stating otherwise. Thus, by virtue of the legislation, this is the starting point for an analysis in a proceeding which involves the custody of a child. I observe the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), does not have the same presumptive starting point. Pursuant to the *Act*, a court order can issue on the consent of the parties, or following a hearing. Hearings can be either interim or final, depending on the relief requested and the pleadings that are filed. All of the court orders which issued prior to the decision in contest in this appeal were interim; thus, the merits of the relief claimed in the Notice of Application had not been adjudicated. Interim orders, by their nature, are issued to provide reasonably acceptable solutions pending trial, and are generally decided on unchallenged affidavit evidence. These proceedings are designed to provide an expedient resolution pending the hearing on the merits.

[9] In *Benoît v. Reid* (1995), 171 N.B.R. (2d) 161, [1995] N.B.J. No. 553 (C.A.) (QL), Bastarache J.A. (as he then was) reasoned when there is contested affidavit evidence and where the dispute focuses on a change in the custody of a child, *viva voce* evidence should be received. This is a laudable objective; however, the time constraints imposed on judges who sit in the Family Division courts make this objective moot at best. Consequently, the majority of court orders which address interim child custody are determined by way of affidavit evidence. See also *D.G. v. H.F.*, 2006 NBCA 36, [2006] N.B.J. No. 158 (QL), per Larlee and Deschênes, J.J.A.

[10] The temporary nature of interim court orders was discussed by the Court in *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (C.A.) (QL), where Richard J.A. stated:

The purpose of an interim order is to cover a short period of time between the making of the order and trial. By

necessity, the order is made on limited evidence: usually by affidavit. It is designed to “provide a reasonably acceptable solution to a difficult problem until trial”[.] [para. 4]

[11] In *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388, the first appeal hearing in the case at bar, Larlee J.A., writing for the Court, altered the interim court order for reasons she identified in the decision. The parties adopted a shared custody regime pursuant to that decision, which was never intended to be, nor was it a final order. I raise this issue now, to address the appellant’s submission the hearing judge had a duty to “embark on a fresh enquiry” on the basis there had been a material change of circumstances since the previous interim court order. With respect, I disagree. The application judge had no such obligation, in my opinion. The application judge’s duty was to hear the Notice of Application, which he did. The fresh inquiry imperative discussed by the Supreme Court in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), is undertaken when a party seeks to vary an order or agreement with respect to custody. In *Gordon*, the parties had previously settled the issue of the custody of their daughter by court order, and the wife sought to vary custody as a result of a planned move to Australia. McLachlin J. (as she then was), writing for the Court, made it abundantly clear that once the threshold condition of a material change is met, the court should consider the matter afresh (para. 17); however, this analysis assumes there was a final order, or an agreement between the parents with respect to custody. At paras. 49-50, she emphasizes there is no presumption in favor of the custodial parent, and each case “turns on its own unique circumstances”. She adds the “focus is on the best interests of the child, not the interests and rights of the parents”. See also *K.C.W.V. v. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 N.B.R. (2d) 351, at para. 15, per Quigg J.A., writing for the Court.

[12] In the case at bar, although there had been several interim court orders, the merits of the Notice of Application had not been determined until the final hearing in 2015. The father submits the application judge erred, when he stated at para. 50 of his reasons, his focus was primarily on events that had occurred subsequent to the previous interim court order. This is what the application judge stated:

Historically, I am on record as having determined, based on my interpretation of the Affidavit evidence at the 2014 Motion, that custody should be joint with primary care and residence with the Applicant and that the Respondent be given access every second weekend. That conclusion, which was written in my Order of April 14, 2014, was modified by the Court of Appeal to provide equal access, hence the 50/50 schedule on alternate weeks.

Considering the above, this decision will be based primarily on the evidence that was presented at the hearing of the Application with respect to events that took place subsequent to the June of 2014.

In addition, the oral evidence has allowed the Court to listen, observe and determine the credibility of both parties during direct and cross-examination and it has the benefit of assessing the provisional period of equally shared access that lasted over nine (9) months.

[para. 49-50]

[13] The father asserts, on this basis, the application judge narrowed the focus of his analysis, and therefore committed reversible error. Although, at first blush, I would agree the application judge's statement could be interpreted in this way, the reasons demonstrate the analysis was more holistic. The record included evidence concerning events that had occurred prior to the interim court order of June 2014. The psychologist's report chronicled the history of the family following their separation. I conclude the application judge was live to the difficulties these parents had experienced following their separation, and the weight given to those events was squarely within the application judge's purview when he formulated his decision.

B. *The Conflict and Adverse Effect on the Children*

[14] Neither party challenges the application judge's recitation of the facts. The reasons reveal he considered the number of changes in the physical and the legal custody of the children that had taken place following the separation date.

[15] The application judge was concerned with the level of parental conflict and the effect it was having on their ability to parent the children. He finds the following:

The evidence indicates that the 50/50 schedule was viable and acceptable to both parties during the summer of 2014. The problems raised by the Applicant relate to events that occurred after the beginning of the 2014-2015 school year in September of 2014.

The parties lack of or inability to communicate and cooperate is at the center of this litigation.

[...]

Telephone calls made by the Applicant to the Respondent were forwarded to voice mail for a while and then later on were forwarded to his parents' or his [sister's] phones. In neither case was the Applicant able to contact the Respondent or the children.

As a result of the above, the Applicant blocked the Respondent's phone from hers.

The only way the parties were, and are, able to exchange information (communicate) was, and is, via pieces of paper (Exhibits #3) upon which each party wrote/writes a note(s) to the other party, in sequential alternation, which is/are then placed in the children's backpack at the end of each seven (7) day period. No contact or communication of any kind between parent/child nor parent/parent takes place within the seven (7) day access period of either party.

The result of this method of communication is that neither party gets information in a timely manner; events that occur in day 1 of the access period are only communicated (received by) to the other party on day 7 or 8. This can be problematic and indeed has been, particularly for school events and extra curriculum activities. The Applicant missed some teacher / parent meetings and the children missed extra curriculum activities as a direct result of this means of miscommunication.

[...]

The Applicant's concerns, all related to the inability of the parties to communicate and cooperate, can be summarized as follows:

- a. the non-sharing of medical information;
- b. too long an interval without contact from the children;
- c. strange behavioral issues by the children;
- d. A. having a hard time settling down at night and expressing weird things;
- e. A.'s weight gain;
- f. L. being pressured into not talking about experiences while with her father;
- g. L.'s lack of attention at school being noted by her teachers;
- h. no knowledge of the children's routine while with the Respondent.

[...]

The lack of, or should I say the non-existence of, any contact between the parties is well beyond civility. There is absolutely no reason for two educated, intelligent, and supposedly mature individuals to be so silly, for lack of a better word.

Beyond the silliness, I find the Respondent is bullying the Applicant by his attitude specifically by his behavior in the incidences identified as the "texting marathon", the "dance recital", the "extracurricular activities", and the "Christmas incident", all of which are detailed and described as such in the evidence. [paras. 27-28, 30-33, 39 and 42-43]

[16] As was observed in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL), there are three imperatives that must govern child placement decisions. Those decisions should: safeguard the child's need for continuity of relationships; reflect the child's, not the adult's, sense of time; and take into account the law's inability to

supervise interpersonal relationships and the limits of knowledge to make long-range predictions.

C. *Best Interests of the Children*

[17] The father submits the application judge committed reversible error when he failed to consider all of the factors set out in s. 1 of the *Act*. Once again, I respectfully disagree. The application judge not only considered the criteria set out in the *Act*, he supplemented them when he referred to the expanded factors laid out by Graser J. in the oft quoted decision of *Rideout v. Rideout* (1998), 201 N.B.R. (2d) 249, [1998] N.B.J. No. 233 (Q.B.) (QL).

[18] For clarity, I have paired the factors set out in s. 1 of the *Act*, with the application judge's findings:

- a. The mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both; at paragraph 93 the application judge states: "[...] I am concerned by the amount of time that may be required to find a mediator and conclude a successful mediation, given the circumstance of this case; it may take a lot of time. Time, however, is not in the best interest of the children; they need mental, physical, and emotional stability now.";
- b. The views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained; the application judge did not consider the children's views as expressed to the psychologist;
- c. The need to provide a secure environment; at paragraph 44, the application judge discusses an incident having to do with a prescription for an antibiotic the father obtained for one of the children, but did not provide details to the mother; at paragraph 45 he states: "The "look it up" comment is pure arrogance and not in the children's best interests." At paragraph 102, he adds; "In this case, the custodial issues that are the most potentially problematic relate to the educational and medical components". He finds at paragraph 103: "[...]"

the evidence suggests that it was mostly the result of the Applicant's [T.] interjection at the School Board/School level, that allowed the children to remain where they were notwithstanding that both parties had their respective residences in areas outside of that particular school, post separation.”;

- d. The effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity; The application judge expressed the need for the children to have stability after many months of litigation. He states at paragraph 93 he is concerned with the time frame involved to locate a suitable mediator and again, opines the children need emotional, physical and mental stability now; and
- e. The love and affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted; at paragraph 79 of the reasons the application judge observes: “[...] each party is a good parent and loves their children. Neither of them should be excluded from the lives of their children.” At paragraph 80 he continued: “In my opinion, there is no other option than to grant joint custody of the children to the parties in this matter”.

[19] The application judge outlined the various custody orders available to him. He observed joint custody orders, by their nature, require parents to share major decision making authority and responsibility in all areas that affect their children (see *T.E.T. v. J. D.L.*, 2003 SKQB 517, [2003] S.J. No. 778 (QL); affirmed 2004 SKCA 75, [2004] S.J. No. 339 (QL)). This requires a degree of cooperation between the parents, and at best, it presumes they have the ability to effectively communicate with each other. See *Young v. Young*, at para. 44; *Giri v. Wentges*, 2009 ONCA 606, [2009] O.J. No. 5173 (QL), at para. 10.

[20] The father contends the application judge placed too much weight on the lack of communication between the parents. In point of fact, the application judge correctly acknowledged the lack of communication between the parents was but one consideration. He discussed the fact the father had not taken as active a role in maintaining the children in the same school. Following the parents' move, he did not

attend parent teacher meetings, nor did he convey information from the school to the mother. He observed, as noted, the children were missing extracurricular activities and there had been an incident concerning an antibiotic prescription for one of the children. I conclude the application judge decided the “best interests” of the children from a child centered perspective, and he correctly considered the factors in the context of the evidence. The above, along with the other problems that were identified, militated against a continuation of the shared custody arrangement. A shared parenting or a shared custody arrangement requires parents not only to have the ability to communicate in an effective manner, it also requires them to cooperate in the decision making process in order to protect the health, safety and emotional well-being of their children.

D. *The Psychologist’s Recommendations*

[21] The application judge acknowledged the psychologist recommended a qualified continuation of the shared custody order. It was his opinion the parents should participate in mediation for the purpose of enabling them to effectively communicate with each other. His recommendation was rendered somewhat moot, however, as he could not name a “professional” available in the area, although he believed such a person could be found. The application judge took this practical difficulty into consideration when he rendered his decision. The father submits the application judge’s decision to deviate from the report constitutes an error in law. I respectfully disagree.

[22] The views and preferences of the children were available to the application judge as expressed in the psychologist’s report. The oldest expressed the desire to maintain the *status quo*. The psychologist observed a strong bond between the children and their parents. The father contends the application judge should have considered the children’s preferences. He argues the application judge placed too much weight on the parents’ inability to communicate with each other, and he overlooked other elements in the report, thus committing reversible error.

[23] An application judge is required to assess the evidence and to give the appropriate weight to a child custody assessment as is appropriate in the facts of the case and in accord with legal principles. An application judge's role as gatekeeper requires him or her to consider all of the evidence, and to render an independent decision. In *P.R.H.*, at para. 16, Larlee J.A. concluded a "court should not delegate its duty to determine what parenting arrangement is in a child's best interests to an assessor". I agree. If the application judge omitted consideration of a factor integral to the conclusion, appellate intervention is warranted. In *P.R.H.* Larlee J.A. states, citing *Van de Perre v. Edwards*, at para. 15, as her authority:

Speaking for the Court, Bastarache J. further clarified that "an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected the conclusion"[.] [para. 9]

[24] I respectfully disagree there was a myopic approach taken by the application judge, as suggested. In my view, his conclusion was based on a principled analysis of the factors he considered important to the children's long term best interests. In doing so, the views and preferences of the children were but one consideration. Given their ages, there would be little weight attached to their expressed desires. It is apparent the application judge exercised his own judgment, he applied the facts to the legal principles, and he made a decision which was pre-eminently child focused. The failure to consider the children's preferences was not material to the conclusion, in my opinion.

E. *Failure to make "an order as to an effective method of communication between the parties"*

[25] In my opinion, the application judge did not have to make such an order once he determined the mother would have the primary day to day care of the children.

F. *Misapprehension of the maximum contact principle*

[26] The father asserts the application judge's order has significantly eroded the contact he will have with the children and therefore it violates the maximum contact principle. Although he referred to s. 16(10) of the *Divorce Act*, rather than s. 116 of the *Act*, the principle remains the same. The Supreme Court addressed the issue of maximum contact in *Gordon*, as follows:

[...] The "maximum contact" principle, as it has been called, is mandatory, but not absolute. The Act only obliges the judge to respect it to the extent that such contact is consistent with the child's best interests; if other factors show it would not be in the child's best interests, the court can and should restrict contact[.] [para. 24]

[27] In other words, the *sine qua non* of the principle is that maximum contact is subordinate to the best interests of a child. The principle, although a laudable objective, is diminished in cases where there is high parental conflict, and where the trier of fact determines it is necessary to reduce access in order to immunize the children from its long term negative consequences. See *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99, per Larlee J.A., writing for the Court.

[28] I would not interfere with the application judge's decision in this regard.

G. *The Veto Power*

[29] The application judge acknowledged that generally, joint custody orders are created to enable both parents to equally participate in the major decision making concerning their children. He distinguished this case on the basis the parents "cannot put their differences aside and put the best interests of the children in priority". He identified the biggest problem areas as those relating to the "educational and medical components". He carefully circumscribed the decision in this regard, noting on several occasions he was considering only the best interests of the children.

[30] The father submits when the parties appeared before this Court in June, 2014, there was a clear recognition they had an inability to communicate, yet, the Court granted them shared custody. In *J.H., Larlee J.A.* states:

Both parents have demonstrated an inability to set their own differences aside and cooperate for the execution of Court orders. But for this, I might have crafted an order that would have allowed them to cooperate in determining the dates and times each would have access to the children. In the circumstances, I think it best to make the determination myself and leave them an opportunity to vary it by mutual consent, failing which the letter of the order will have to be followed. [para. 15]

[31] The father holds the above statement out as an example where this Court granted shared custody, at the same time acknowledging the parents could not effectively communicate with each other. The father submits further that recent jurisprudence suggests shared custody orders can be appropriate in high conflict separations, when the court imposes strict parenting rules, or, in some cases, parenting coordinators. He cites *McWilliams v. Couture*, 2014 NBQB 86, 419 N.B.R. (2d) 115, at paras. 109-111, as his authority.

[32] The psychologist suggested the use of a parenting coordinator, however, there was no evidence such a person exists in the Bathurst area. I agree with the father there is a growing body of jurisprudence which supports the creative use of parenting orders. In those cases, strict provisions concerning the division of parental responsibilities are set out, such as those found in parallel parenting decisions. In *Hsiung v. Tsioutsoulas*, 2011 ONCJ 517, [2011] O.J. No. 4492 (QL), Brownstone J. found:

[...] [C]ourts are increasingly prepared to order joint custody, even in high conflict cases, where satisfied that the parents have insulated the children from the conflict and sufficient protective factors are in place to ensure that the joint parental authority will be workable. [para. 17]

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

[34] In *M.C. v. T.C.*, 2010 NBQB 192, [2010] N.B.J. No. 187 (QL), Walsh J. correctly observed "an award of 'joint custody' can also include the right of one parent to have final decision making authority, most often given to the parent who has the day to day care of the child" (para. 14). See also *Lamont-Daneault v. Daneault*, 2003 MBCA 111, [2003] M.J. No. 318 (QL), at paras. 18-19, on this point.

[35] I conclude it was within the discretionary authority of the application judge to grant the mother the decision making authority. This ground of appeal fails.

H. *Insufficient Reasons*

[36] As stated by Larlee J.A. in *P.R.H.*, at paras. 10-13, when considering sufficiency of reasons, the Court should read them as a whole, in the context of the evidence. Reasons need to inform the parties why the decision was made, in order to provide public accountability, and to demonstrate how a judge reached his or her conclusion. A hearing judge is not obligated to discuss every piece of evidence in detail.

Due to the fact-based and discretionary nature of custody decisions, appellate courts are reluctant to second guess the result in the absence of material error.

[37] This decision contained 151 paragraphs and clearly demonstrated the path the application judge followed when he formulated his decision. The reasons reveal an understanding of the evidence which was before the court. The application judge's decision was fact driven and he applied the correct legal principles to the facts. These were not cursory reasons as described by Larlee J.A. in *P.R.H.* I conclude this ground of appeal has no merit. See also *B.P.* at para. 19.

I. *Speculations not supported by the evidence*

[38] The father states the application judge erred in law and in principle when he made findings which were speculative and not supported by the evidence, relying on *Handspiker v. Rafuse*, 2001 NSCA 1, [2001] N.S.J. No. 1 (QL), as his authority. He cites two conclusions found in the reasons to support this statement. Firstly, at para. 93, the application judge states, "I am concerned by the amount of time that may be required to find a mediator". At para. 47, he states "I believe that it is simply a matter of time before the children are the recipients of negative physical and psychological consequences as a direct result of their parents' inability to effectively communicate and cooperate". The father asserts there was no evidence to permit the application judge to comment on either of these issues.

[39] The psychologist testified the best interests of the children would be advanced if there were a certain amount of cooperation between the parents and he recommended they find an experienced mediator in their community. He added that ongoing parental conflict can have a negative effect on a child's well-being. Although the application judge could have repeated what the psychologist actually said, rather than paraphrasing him, his comments, in my opinion, did not fall within the realm of speculation.

V. Conclusion and Disposition

[40] The application judge's decision was fulsome and it demonstrated a consideration of the evidence he deemed pertinent to the issues for determination. He considered the evidence of the psychologist, and he expressed concerns about the level of conflict between the parents and their inability to communicate with each other concerning the children. He left the door open for the parents to return to the court for a review of custody and access once they enlisted the help of a mediator to "learn to communicate and put aside their differences".

[41] The application judge was asked to determine the custodial care of two little girls whose lives had been disrupted since 2013. He did so according to the legal principles. He exercised his discretion fairly and with common sense. I find no fault with his findings, nor with the disposition.

[42] I would dismiss the appeal and order costs in the amount of \$2,500, payable by the appellant to the respondent.

LA JUGE BAIRD

I. Introduction et contexte

[1] Le présent litige concerne des parents qui ont été incapables de mettre leurs hostilités personnelles de côté à la suite de la rupture de leur mariage en 2013 et qui continuent à se disputer devant les tribunaux la garde de leurs deux filles, maintenant âgées respectivement de huit et six ans. L'appel du père fait intervenir la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, (la « *Loi* »), ainsi que la jurisprudence relative à l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Depuis le jour de la séparation, il y a eu de nombreuses audiences concernant la garde provisoire et les aliments au profit des enfants, dont deux devant notre Cour. C'est la décision qui a tranché de façon définitive la question de la garde qui fait l'objet du présent appel.

[2] En résumé, à la suite de la séparation des parents, la mère a déposé un avis de requête dans lequel elle demandait la garde des enfants ou, subsidiairement, la garde conjointe. La première ordonnance judiciaire provisoire a été rendue le 3 décembre 2013; elle accordait provisoirement à la mère la garde exclusive et au père, des droits d'accès larges et généreux. La deuxième ordonnance provisoire est datée du 13 janvier 2014 et elle accordait provisoirement aux parents la garde conjointe des enfants; la résidence principale des enfants devant toutefois être celle de la mère et le père obtenant de généreux droits d'accès. Une troisième ordonnance provisoire qui a été rendue le 15 avril 2014 accordait provisoirement la garde conjointe, les enfants ayant leur résidence principale chez leur mère et le père obtenant un droit d'accès une fin de semaine sur deux. Le père a sollicité l'autorisation d'interjeter appel de cette ordonnance, autorisation qui lui a été accordée. Le 23 juin 2014, la Cour a rendu une décision qui enjoignait aux parties de se partager également la garde physique des enfants. Lorsque cette dernière décision a été rendue, la question de la garde n'avait pas encore été tranchée sur le fond. La décision était fondée sur des erreurs importantes que le juge saisi de la motion avait,

selon la conclusion de la Cour, commises. Le 8 décembre 2014, une nouvelle audience provisoire a été tenue devant le même juge qui avait entendu la motion et elle a donné lieu à une ordonnance par consentement datée du 19 février 2015. Dans cette ordonnance, les parents ont accepté de maintenir en vigueur l'entente concernant la garde partagée et ils ont consenti à prendre part à une évaluation auprès d'un psychologue. L'avis de requête a finalement été entendu sur le fond le 31 mars et le 1^{er} avril 2015. Une décision a été rendue le 30 novembre 2015, à un moment où les parents se partageaient la garde des enfants depuis environ dix-sept mois. L'ordonnance rendue par le juge saisi de la requête a été la première ordonnance définitive qui a tranché la question de la garde.

[3] Dans cette ordonnance, et malgré les recommandations du psychologue, le juge saisi de la requête a modifié l'entente provisoire concernant la garde partagée et a accordé aux parents la garde conjointe des enfants, ces derniers devant avoir leur résidence principale chez la mère. La mère s'est également vu accorder un droit de veto relativement aux questions importantes touchant les enfants. Le père a obtenu un droit d'accès une fin de semaine sur deux pendant l'année scolaire, du jeudi après-midi à 16 heures au dimanche après-midi à 16 heures et un jeudi sur deux, de 16 heures à 19 heures, sous réserve de dispositions précises concernant les congés et les vacances. Il s'en est suivi que le nombre des visites au cours desquelles les enfants passaient la nuit chez le père a été réduit, celles-ci passant de seize à six tous les mois, ce qui a considérablement érodé ses droits d'accès globaux auprès aux enfants.

II. Moyens d'appel

[4] Le père fonde son appel de la décision du juge saisi de la requête sur plusieurs moyens. En résumé, il prétend que le juge a commis une erreur de fait et de droit lorsqu'il a modifié l'entente concernant la garde partagée qui avait été en vigueur pendant environ dix-sept mois et il fait valoir que la décision était fondée sur des suppositions et conjectures erronées qui ne trouvaient pas appui dans la preuve. Il prétend que le juge n'a pas suffisamment pris en considération le critère ressortissant à l'« intérêt supérieur de l'enfant » savoir, plus précisément, les critères énoncés à l'art. 1 de la *Loi*. À

cet égard, il prétend que le juge saisi de la requête aurait dû entreprendre une nouvelle analyse de l'intérêt supérieur des enfants. Finalement, il prétend que le juge saisi de la requête a commis une erreur en ne suivant pas les recommandations du psychologue et qu'il n'a pas tenu compte du principe de la maximisation des contacts non plus que de l'opinion et des préférences des enfants.

III. Norme de contrôle

[5] Je commence par reprendre l'observation bien connue voulant que les cours d'appel n'aient pas pour rôle d'instruire à nouveau les affaires. Le contrôle de la décision d'un tribunal d'instance inférieure se limite à décider s'il y a eu une erreur dans l'interprétation de la preuve, une erreur de droit ou de principe ou une erreur mixte de droit et de fait. Voir les arrêts *J.E.J. c. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 R.N.-B. (2^e) 119, au par. 35, et *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2^e) 300, au par. 14. La norme de contrôle qui s'applique spécifiquement aux instances ressortissant au droit de la famille a été énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, au par. 11, où le juge Bastarache a adopté la directive qu'avait formulée la Cour suprême dans l'arrêt *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n^o 9 (QL), au par. 12.

[6] Cette norme a été appliquée par la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour, dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, aux par. 8 et 9. Voir aussi les arrêts *T.D.L. c. A.-G.L.*, 2014 NBCA 57, 423 R.N.-B. (2^e) 359, et *Brooks c. Brooks*, 2014 NBCA 29, 419 R.N.-B. (2^e) 326, au par. 9. J'ajoute ici les propos bien sentis de la Cour dans l'arrêt *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2^e) 147 :

Il y a donc lieu de faire preuve de déférence envers la façon dont le juge saisi d'une motion a apprécié la preuve et dont il a déterminé les droits de garde et fixé toutes les modalités et conditions accessoires. Toutefois, nous ne sommes pas tenus à la déférence lorsqu'il s'agit de réviser une décision sur une question de droit, notamment celle de savoir quels devraient être les critères applicables aux fins de déterminer

si un changement de situation important est survenu, en quoi consiste l'intérêt de l'enfant ou à quel moment le juge saisi de la motion omet de motiver suffisamment sa décision. [par. 10]

[7] En conséquence, pour obtenir gain de cause en l'espèce, le père doit convaincre la Cour que la décision portée en appel est le fruit d'une erreur de droit, d'une erreur de principe, d'une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou qu'elle est manifestement erronée. Comme l'a dit le juge d'appel Green dans l'arrêt *T.D.L.*, les erreurs mixtes de droit et de fait qui sont invoquées doivent satisfaire au critère exigeant qu'elles aient été manifestes et dominantes pour légitimer l'intervention du tribunal d'appel.

IV. Droit et analyse

A. *Une nouvelle analyse*

[8] Je commence par un bref survol de la *Loi*. Le paragraphe 129(1) dispose expressément que les parents ont la garde conjointe de leurs enfants à moins qu'une entente de séparation ou une ordonnance judiciaire ne prescrive le contraire. Donc, en vertu de ce texte législatif, c'est là le point de départ de toute analyse dans une instance qui concerne la garde d'un enfant. Il est à remarquer que la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), n'a pas la même présomption comme point de départ. Conformément à la *Loi*, la Cour peut rendre une ordonnance du consentement des parents ou à la suite d'une audience. Les audiences peuvent être provisoires ou finales, selon la mesure réparatoire demandée et les plaidoiries déposées. Toutes les ordonnances judiciaires qui ont été rendues avant la décision contestée dans le présent appel étaient des ordonnances provisoires, de sorte que la mesure réparatoire demandée dans l'avis de requête n'avait pas été tranchée sur le fond. Les ordonnances provisoires, de par leur nature, sont rendues pour apporter des solutions raisonnablement acceptables en attendant le procès et pour les rendre, les tribunaux s'appuient généralement sur une preuve par affidavit non contestée. Cette procédure a pour but de permettre une solution opportune en attendant l'audience sur le fond.

[9] Dans l'arrêt *Benoît c. Reid* (1995), 171 R.N.-B. (2^e) 161, [1995] A.N.-B. n^o 553 (C.A.) (QL), le juge d'appel Bastarache (tel était alors son titre) a dit que lorsque des preuves par affidavit sont contestées et lorsque le litige a pour principal objet la modification de la garde d'un enfant, il y a lieu de recevoir des témoignages de vive voix. C'est là un objectif louable, mais les contraintes temporelles imposées aux juges qui siègent à la Division de la famille rendent cet objectif théorique, au mieux. Par conséquent, la majorité des ordonnances judiciaires se rapportant à la garde provisoire d'un enfant sont rendues sur le fondement d'une preuve par affidavit. Voir aussi l'arrêt *D.G. c. H.F.*, 2006 NBCA 36, [2006] A.N.-B. n^o 158 (Q.L.), les juges d'appel Larlee et Deschênes.

[10] Notre Cour a examiné la nature temporaire des ordonnances judiciaires provisoires dans l'arrêt *Legault c. Rattray*, [2003] A.N.-B. n^o 442 (C.A.) (QL), où le juge d'appel Richard a dit ceci :

[TRADUCTION]

Une ordonnance provisoire vise à couvrir une courte période se situant entre le moment où l'ordonnance est rendue et le procès. Par nécessité, l'ordonnance est rendue sur le fondement d'une preuve limitée, habituellement par affidavit. L'objet de l'ordonnance, [...] est de [TRADUCTION] « fournir, jusqu'au procès, une solution raisonnablement acceptable à un problème difficile »[.] [par. 4]

[11] Dans l'arrêt *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2^e) 388, le premier appel entendu en l'espèce, la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour, a modifié l'ordonnance provisoire pour des raisons qu'elle a précisées dans la décision. Les parties ont adopté un régime de garde partagée conformément à cette décision, laquelle ne s'est jamais voulue être, et n'a pas non plus été, une ordonnance définitive. Si je soulève cette question maintenant, c'est pour répondre à la prétention de l'appelant selon laquelle le juge qui a entendu la requête avait l'obligation [TRADUCTION] d'« entreprendre une nouvelle analyse » ou de « déterminer de nouveau l'intérêt des enfants » pour le motif qu'il était survenu un changement de

situation important depuis l'ordonnance provisoire précédente. En toute déférence, je ne souscris pas à sa prétention. Le juge saisi de la requête n'avait, à mon avis, aucune obligation de cette nature. L'obligation dont il était tenu consistait à entendre l'avis de requête, ce qu'il a fait. L'obligation de déterminer de nouveau l'intérêt des enfants évoquée par la Cour suprême dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), intervient lorsqu'une partie cherche à faire modifier une ordonnance ou une entente concernant la garde. Dans l'affaire *Gordon*, les parties avaient antérieurement réglé à l'amiable la question de la garde de leur fille dans le cadre d'une ordonnance judiciaire et l'épouse voulait faire modifier l'entente de garde en raison d'un déménagement prévu en Australie. La juge McLachlin (tel était alors son titre), qui rendait jugement au nom de la Cour, a dit on ne peut plus clairement qu'une fois établie l'existence d'un changement important dans la situation, le tribunal doit à nouveau analyser la question (par. 17); toutefois, cette analyse présuppose qu'une ordonnance définitive a été rendue, ou qu'une entente concernant la garde est intervenue entre les parents. Aux paragraphes 49 et 50, elle souligne qu'il n'existe aucune présomption favorable au parent gardien et que chaque cas « dépend de ses propres circonstances ». Elle ajoute que l'« accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents ». Voir aussi l'arrêt *K.C.W.V. c. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 R.N.-B. (2^e) 351, au par. 15, la juge d'appel Quigg qui rendait jugement au nom de la Cour.

[12] En l'espèce, bien que plusieurs ordonnances provisoires eussent été rendues, l'avis de requête n'avait jamais été tranché sur le fond avant l'audience finale tenue en 2015. Le père prétend que le juge saisi de la requête a commis une erreur lorsqu'il a dit, au paragraphe 50 de ses motifs, qu'il s'attardait principalement aux événements qui avaient eu lieu après le prononcé de l'ordonnance provisoire antérieure. Voici ce que le juge saisi de la requête a dit :

[TRADUCTION]

Par le passé, d'après mon interprétation de la preuve présentée par affidavit lors de la motion en 2014, j'ai accordé comme juge au dossier une garde conjointe avec la résidence principale chez la requérante ainsi que la responsabilité principale à cette dernière et un droit de visite à l'intimé une fin de semaine sur deux. La

Cour d'appel a apporté des modifications à cette conclusion, qui était écrite dans mon ordonnance du 14 avril 2014, afin d'accorder la garde partagée de façon égale, d'où le calendrier de partage de la garde de façon égale une semaine sur deux.

Compte tenu de ce qui précède, la présente décision sera principalement fondée sur la preuve qui a été présentée lors de l'audition de la demande relativement aux événements qui ont eu lieu après juin 2014.

De plus, la Cour a entendu et observé les témoignages oraux lors de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. La Cour a ainsi pu apprécier la crédibilité des deux parties et elle a eu la chance d'évaluer la période provisoire de garde partagée de façon égale sur une période de plus de neuf mois.

[par. 49 à 51]

[13] Le père fait valoir, pour ce motif, que le juge saisi de la requête a restreint l'objet de son analyse et a donc commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. Bien qu'à première vue, je sois tenté de convenir que l'énoncé du juge saisi de la requête peut être interprété de cette façon, les motifs montrent que l'analyse a été plus globale. Le dossier comprenait des éléments de preuve se rapportant à des événements qui s'étaient produits avant l'ordonnance provisoire de juin 2014. Le rapport du psychologue faisait la chronique de l'histoire de la famille à la suite de la séparation. Je conclus que le juge saisi de la requête était conscient des difficultés que les parents avaient éprouvées à la suite de leur séparation, et l'importance à accorder à ces événements était carrément de son ressort lorsqu'il a formulé sa décision.

B. *Le conflit et son effet préjudiciable sur les enfants*

[14] Ni l'une ni l'autre partie ne conteste l'exposé des faits du juge saisi de la requête. Les motifs révèlent qu'il a pris en compte le nombre des changements qui étaient survenus sur le plan de la garde juridique et physique des enfants depuis la date de la séparation.

[15] Le juge saisi de la requête s'est dit préoccupé par la gravité du conflit opposant les parents et par son incidence sur leurs habiletés parentales. Il a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

La preuve indique que le calendrier prévoyant la garde partagée de façon égale était viable et acceptable pour les deux parties pendant l'été 2014. Les problèmes que l'intimé soulève ont trait à des événements survenus après le début de la rentrée scolaire 2014-2015 en septembre 2014.

Le manque de communication entre les parties ou leur incapacité de communiquer ensemble est au cœur du présent litige.

[...]

Les appels téléphoniques que la requérante faisait à l'intimé ont été transférés pendant un certain temps à une messagerie vocale, et plus tard sur les téléphones des parents et de la sœur de l'intimé. La requérante ne pouvait en aucun cas entrer en communication avec l'intimé ou les enfants.

Face à cette situation, la requérante a bloqué le numéro de téléphone de l'intimé sur ses téléphones.

Les parties ne pouvaient communiquer entre elles qu'en s'échangeant des renseignements écrits sur des bouts de papier (pièce n° 3); elles s'écrivaient l'une l'autre, en alternance, une ou des notes qu'elles plaçaient ensuite dans le sac à dos des enfants à la fin de chaque période de sept jours – et les parties procèdent encore de cette manière pour communiquer entre elles. Durant la période de sept jours où un parent exerce la garde, il n'y a aucune forme de contact ou de communication entre l'autre parent et les enfants ou entre les parents.

Ce moyen de communication fait en sorte qu'aucune des parties ne reçoit les renseignements en temps opportun; le message relatif à un événement survenu au jour 1 de la période de garde n'est communiqué à l'autre partie, ou reçu par cette dernière, qu'au jour 7 ou 8. Cette façon de procéder peut être problématique; cela a d'ailleurs été le

cas, particulièrement pour des événements organisés par l'école et des activités parascolaires. L'intimé a manqué certaines rencontres de parents et de professeurs et les enfants ont manqué des activités parascolaires, ce sont là des conséquences directes de ce moyen de communication.

[...]

Les préoccupations de la requérante, toutes liées à l'incapacité des parties de communiquer et de coopérer, peuvent être résumées ainsi :

- a. le non-partage de renseignements médicaux;
- b. un intervalle trop long sans contact avec les enfants;
- c. des problèmes comportementaux étranges des enfants;
- d. la difficulté d'A. à se calmer le soir et le fait qu'elle exprime des choses bizarres;
- e. la prise de poids d'A.;
- f. le fait que L. se sent forcée de ne pas parler de ses aventures pendant son séjour avec son père;
- g. le fait que les professeurs de L. ont signalé qu'elle avait un déficit d'attention en classe;
- h. aucune connaissance sur la routine des enfants pendant leur séjour avec l'intimé.

[...]

Le manque, ou devrais-je dire l'absence, de contact entre les parties constitue un grave manque de courtoisie. Il n'y a absolument aucune raison pour que deux personnes éduquées, intelligentes et supposément matures soient aussi ridicules, faute d'un meilleur terme.

Au-delà la ridiculité, je conclus que l'attitude de l'intimé intimide la requérante. Il a eu un comportement particulièrement intimidant lors des cas désignés comme étant le « marathon d'envoi de messages textes », le

« récital de danse », les « activités parascolaires » et l'« épisode de Noël », ces événements étant exposés avec plus de détails et désignés comme tels dans la preuve.

[par. 27 et 28, 30 à 33, 39, 42 et 43]

[16] Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 112 (QL), il existe trois impératifs qui doivent régir les décisions relatives au placement de l'enfant. Ces décisions doivent : voir à satisfaire le besoin de continuité de la relation de l'enfant; refléter la notion du temps de l'enfant et non celle de l'adulte; et tenir compte de l'incapacité pour le droit de surveiller les rapports interpersonnels et les limites de nos connaissances en ce qui a trait aux prédictions à long terme.

C. *L'intérêt supérieur des enfants*

[17] Le père prétend que le juge saisi de la requête a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision parce qu'il n'a pas pris en compte l'ensemble des facteurs énoncés à l'art. 1 de la *Loi*. J'exprimerai encore une fois mon respectueux désaccord. Non seulement le juge a pris en compte les critères énoncés dans la *Loi*, mais il les a complétés lorsqu'il a fait état des facteurs enrichis formulés par le juge Graser dans la décision *Rideout c. Rideout* (1998), 201 R.N.-B. (2^e) 249, [1998] A.N.-B. n° 233 (C.B.R.) (QL).

[18] Pour plus de clarté, j'ai associé les facteurs énoncés à l'art. 1 de la *Loi* et les conclusions du juge saisi de la requête :

- a. L'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et le besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux; au paragraphe 93, le juge saisi de la requête dit ceci : [TRADUCTION] « [J]e suis préoccupé du délai pour trouver un médiateur et pour réussir une médiation, étant donné les circonstances de la présente affaire. Il faudra peut-être beaucoup de temps. Le temps nécessaire pour entreprendre ces démarches n'est toutefois pas dans

l'intérêt supérieur des enfants; ils ont actuellement besoin de stabilité mentale, physique et affective ».

- b. Les opinions et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître; le juge saisi de la requête n'a pas pris en compte les opinions que les enfants avaient exprimées au psychologue.
- c. Le besoin pour l'enfant d'être en sécurité; au paragraphe 44, le juge saisi de la requête fait état d'un incident se rapportant à une ordonnance prescrivant un antibiotique que le père avait obtenue pour une des enfants mais sans donner aucun éclaircissement à la mère; au paragraphe 45, il dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Le commentaire 'il suffit de regarder', ce n'est que de la pure arrogance et ce n'est pas dans l'intérêt supérieur des enfants ». Au paragraphe 102, il ajoute : [TRADUCTION] « En l'espèce, les décisions relatives à la garde qui pourraient être les plus problématiques ont trait à l'éducation et à la santé des enfants ». Il tire la conclusion suivante, au paragraphe 103 : [TRADUCTION] « [L]a preuve démontre que c'est principalement grâce à l'intervention de la requérante auprès du district scolaire et de l'école que les enfants ont pu rester dans leur école malgré le fait que les deux parties habitaient, depuis leur séparation, à l'extérieur du secteur de cet établissement scolaire ».
- d. L'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin; le juge saisi de la requête a fait état du fait que les enfants avaient besoin de stabilité après plusieurs mois de litige. Au paragraphe 93, il se dit préoccupé par le délai nécessaire pour trouver un médiateur convenable et se dit une nouvelle fois d'avis que les enfants ont actuellement besoin de stabilité mentale, physique et affective.
- e. L'amour, l'affection et les liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite; au paragraphe 79 des motifs, le juge saisi de la requête fait observer que [TRADUCTION] « les deux parties sont de bons parents qui aiment leurs enfants. Ni l'un ni l'autre de ces parents ne doit être exclu de la vie de ses enfants ». Au paragraphe 80, il a

ajouté ceci : [TRADUCTION] « À mon sens, en l'espèce, il n'y a aucune autre option que d'accorder aux parties la garde conjointe des enfants ».

[19] Le juge saisi de la requête a fait état des différentes ordonnances de garde qu'il pouvait rendre. Il a fait observer que les ordonnances de garde conjointe, de par leur nature, obligent les parents à partager la responsabilité des décisions majeures dans tous les domaines qui touchent les enfants (voir la décision *T.E.T. c. J.D.L.*, 2003 SKQB 517, [2003] S.J. No. 778 (QL); confirmée à 2004 SKCA 75, [2004] S.J. No. 339 (QL)). Cela exige une certaine coopération entre les parents et suppose, au mieux, qu'ils ont la capacité de communiquer de façon efficace l'un avec l'autre. Voir les arrêts *Young c. Young*, au par. 44, et *Giri c. Wentges*, 2009 ONCA 606, [2009] O.J. No. 5173 (QL), au par. 10.

[20] Le père prétend que le juge saisi de la requête a accordé une trop grande importance au manque de communication entre les parents. En fait, le juge saisi de la requête a reconnu, à bon droit, que le manque de communication entre les parents n'était qu'un des facteurs à prendre en considération. Il a examiné le fait que le père n'avait pas joué un rôle aussi actif que la mère afin que les enfants continuent de fréquenter la même école. Après le déménagement des parents, il ne s'était pas présenté aux rencontres entre les parents et les enseignants et il n'avait pas communiqué à la mère certains renseignements fournis par l'école. Il a fait observer, comme nous l'avons vu, que les enfants ne se présentaient pas à certaines activités parascolaires et qu'il y avait eu un incident concernant une ordonnance d'antibiotique pour une des enfants. Je conclus que la décision du juge saisi de la requête relativement à l'« intérêt supérieur » des enfants a été avant tout axée sur les enfants et qu'il a correctement pris les facteurs applicables en considération dans le contexte de la preuve produite. Les éléments susmentionnés, ajoutés aux autres problèmes qui ont été recensés, militaient contre le maintien en vigueur de l'entente de garde partagée. Un arrangement de parentage partagé ou de garde partagée n'exige pas seulement que les parents aient la capacité de communiquer d'une façon efficace, il les oblige aussi à coopérer dans le contexte du processus décisionnel afin de protéger la santé, la sécurité et le bien-être de leurs enfants.

D. *Les recommandations du psychologue*

[21] Le juge saisi de la requête a pris acte du fait que le psychologue avait recommandé le maintien en vigueur de l'ordonnance de garde partagée, mais à certaines conditions. Ce dernier était d'avis que les parents devraient prendre part à une médiation afin de pouvoir communiquer l'un avec l'autre d'une façon efficace. Sa recommandation avait pris un caractère quelque peu théorique, toutefois, parce qu'il ne pouvait pas donner le nom d'un [TRADUCTION] « professionnel » dans la région en mesure d'aider les parties, bien qu'il fût convaincu que l'on pourrait trouver la personne voulue. Le juge saisi de la requête a tenu compte de cette difficulté d'ordre pratique lorsqu'il a rendu sa décision. Le père prétend que la décision du juge saisi de la requête de s'écarter du rapport constitue une erreur de droit. En toute déférence, je ne souscris pas à cette prétention.

[22] Le juge a pu prendre connaissance des opinions et préférences des enfants dans la mesure où elles étaient exprimées dans le rapport du psychologue. L'aînée avait exprimé le désir de maintenir le *statu quo*. Le psychologue avait constaté l'existence d'un lien solide entre les enfants et leurs parents. Le père prétend que le juge saisi de la requête aurait dû tenir compte des préférences des enfants. Il fait valoir que le juge a accordé une trop grande importance à l'incapacité des parents de communiquer l'un avec l'autre et qu'il a passé outre à certains autres éléments contenus dans le rapport, commettant ainsi une erreur justifiant l'infirmité de sa décision.

[23] Le juge saisi d'une requête est tenu d'apprécier la preuve et d'accorder à une évaluation en matière de garde d'enfant l'importance voulue à la lumière des faits de l'instance et conformément aux principes juridiques applicables. Le rôle de gardien que remplit le juge saisi de la requête exige de lui qu'il prenne l'ensemble de la preuve en considération et qu'il rende une décision en toute indépendance. Au paragraphe 16 de l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, la juge d'appel Larlee en est arrivée à la conclusion que « la Cour ne devrait pas déléguer à un évaluateur son obligation de déterminer quelle entente

relative au partage des responsabilités parentales est dans l'intérêt d'un enfant ». Je souscris à cet énoncé. Si le juge saisi de la requête a omis de prendre en compte un facteur qui doit faire partie intégrante de la conclusion, l'intervention du tribunal d'appel est justifiée. Dans l'arrêt *P.R.H.*, la juge d'appel Larlee a dit ce qui suit, en appuyant son propos sur l'arrêt *Van de Perre c. Edwards* au paragraphe 15 :

Le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de la Cour, a en outre précisé qu'« une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée »[.] [par. 9]

[24] En toute déférence, je ne suis pas d'accord pour conclure que le juge saisi de la requête a fait preuve de myopie, comme on le laisse entendre, à cet égard. J'estime que sa conclusion est fondée sur une analyse raisonnée des facteurs qu'il a jugés importants pour ce qui concerne l'intérêt supérieur des enfants à long terme. Dans cette analyse, les opinions et préférences des enfants n'étaient qu'un des facteurs à considérer. Étant donné leur âge, il n'a sans doute accordé que peu de poids aux désirs qu'elles ont exprimés. Il est manifeste que le juge saisi de la requête a exercé son propre jugement, qu'il a examiné les faits à la lumière des principes juridiques applicables et qu'il a pris une décision qui était avant tout centrée sur les enfants. Le défaut de prendre en compte les préférences des enfants n'a pas été déterminant pour la conclusion, selon moi.

E. *L'omission de rendre [TRADUCTION] « une ordonnance relativement à l'adoption d'un moyen de communication efficace entre les parties »*

[25] Je suis d'avis que le juge saisi de la requête n'avait pas à rendre une ordonnance de cette nature dès lors qu'il avait décidé que c'était la mère qui aurait la charge quotidienne des enfants.

F. *L'interprétation erronée du principe de la maximisation des contacts*

[26] Le père fait valoir que l'ordonnance du juge saisi de la requête a considérablement érodé le nombre des contacts qu'il aura avec les enfants et qu'elle viole donc le principe de la maximisation des contacts, ou principe du contact maximum. Bien qu'il ait invoqué le par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* plutôt que l'art. 116 de la *Loi*, le principe reste le même. La Cour suprême a examiné la question de la maximisation des contacts dans l'arrêt *Gordon* où elle a dit ce qui suit :

[...] S'il est impératif, le principe du « contact maximum », comme on l'a appelé, n'est toutefois pas absolu. La Loi se contente d'obliger le juge à ne le respecter que dans la mesure où le contact est compatible avec l'intérêt de l'enfant; 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[.]

[par. 24]

[27] Autrement dit, ce principe a pour préalable absolu que la maximisation des contacts est subordonnée à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le principe, bien qu'il constitue un objectif souhaitable, perd de son importance dans les instances où il existe un important conflit parental et où le juge des faits estime qu'il est nécessaire de réduire l'accès afin de soustraire les enfants aux conséquences négatives à long terme de ce conflit. Voir l'arrêt *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99, la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour.

[28] Je suis d'avis de ne pas modifier la décision du juge saisi de la requête à cet égard.

G. *Le droit de veto*

[29] Le juge saisi de la requête a reconnu que, généralement, les ordonnances de garde conjointe sont rendues pour permettre aux deux parents de prendre une part égale aux décisions importantes touchant leurs enfants. Il a établi une distinction entre ce

principe général et le cas en l'espèce pour le motif que les parents [TRADUCTION] « ne [pouvaient] pas mettre leurs différends de côté et faire passer l'intérêt supérieur de leurs enfants en priorité ». Il a indiqué que les domaines les plus problématiques avaient trait [TRADUCTION] « à l'éducation et à la santé des enfants ». Il a soigneusement circonscrit la décision à cet égard, soulignant à plusieurs reprises qu'il ne prenait en compte que l'intérêt supérieur des enfants.

[30] Le père prétend que lorsque les parties ont comparu devant notre Cour en juin 2014, il a été clairement établi que les parties étaient incapables de communiquer et la Cour leur a pourtant accordé la garde partagée. Voici ce qu'a dit la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *J.H. c. T.H.* :

Les deux parents ont fait la preuve de leur incapacité de mettre leurs différends de côté et de coopérer en vue de l'exécution des ordonnances de la Cour. N'eût été cette incapacité, j'aurais pu rendre une ordonnance qui leur aurait permis de coopérer aux fins de fixer les dates et les périodes auxquelles chacun aurait accès auprès des enfants. Dans les circonstances, je pense qu'il est préférable que je prenne ces décisions moi-même et que je leur laisse la possibilité de les modifier par consentement mutuel, à défaut de quoi l'ordonnance devra être respectée à la lettre.

[par. 15]

[31] Le père pose que cet énoncé constitue un exemple d'une situation où la Cour a accordé la garde partagée tout en reconnaissant que les parents étaient incapables de communiquer l'un avec l'autre d'une manière efficace. Le père prétend également que la jurisprudence récente donne à penser qu'une ordonnance de garde partagée peut être indiquée dans le cas d'une séparation fortement conflictuelle, lorsque la Cour impose des règles parentales strictes ou, dans certains cas, le recours à un coordonnateur parental. Il invoque la décision *McWilliams c. Couture*, 2014 NBBR 86, 419 R.N.-B (2^e) 115, aux par. 109 à 111, à l'appui de sa prétention.

[32] Le psychologue avait suggéré le recours à un coordonnateur parental; toutefois, il n'y avait aucun élément de preuve donnant à penser que cette personne

existait dans la région de Bathurst. Je suis d'accord avec le père pour dire qu'il existe une jurisprudence de plus en plus abondante qui appuie l'utilisation innovante des ordonnances parentales. Dans ces instances, les tribunaux énoncent des dispositions strictes, comme celles que l'on trouve dans les décisions prescrivant le parentage en parallèle, concernant le partage des responsabilités parentales. Dans la décision *Hsiung c. Tsioutsoulas*, 2011 ONCJ 517, [2011] O.J. No. 4492 (QL), le juge Brownstone en est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

[L]es tribunaux sont de plus en plus disposés à ordonner la garde conjointe, même dans les cas de conflit important, s'il est constaté que les parents ont isolé les enfants du conflit et qu'il existe des mesures de protection suffisantes pour s'assurer que l'autorité parentale conjointe sera efficace.

[par. 17]

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

[34] Dans la décision *M.C. c. T.C.*, 2010 NBBR 192, [2010] A.N.-B. n° 187 (QL), le juge Walsh a à juste titre fait observer que [TRADUCTION] « [l]’octroi de la ‘garde conjointe’ peut également inclure le droit de l’un des parents de détenir le pouvoir décisionnel final, conféré la plupart du temps au parent qui a la garde quotidienne de l’enfant » (par. 14). Voir aussi l’arrêt *Lamont-Daneault c. Daneault*, 2003 MBCA 111, [2003] M.J. No. 318 (QL), aux par. 18 et 19, sur ce point.

[35] Je conclus que le juge saisi de la requête avait le pouvoir discrétionnaire voulu pour accorder le pouvoir décisionnel final à la mère. Ce moyen d’appel doit être rejeté.

H. *L’insuffisance des motifs*

[36] Comme l’a dit la juge d’appel Larlee dans l’arrêt *P.R.H.*, aux par. 10 à 13, il faut, pour déterminer si les motifs sont suffisants, les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée. Les motifs doivent dire aux parties pourquoi la décision a été prise, afin de rendre compte devant le public, et montrer comment le juge en est arrivé à sa conclusion. Le juge qui entend une demande n’est pas obligé d’analyser chaque élément de preuve dans le détail. Vu la nature factuelle et discrétionnaire des décisions en matière de garde, les tribunaux d’appel hésitent à remettre le résultat en question en l’absence d’une erreur importante.

[37] La décision qui nous occupe en l’espèce comptait 151 paragraphes et elle exposait clairement le raisonnement que le juge saisi de la requête a suivi lorsqu’il a formulé sa décision. Les motifs révèlent que le juge avait bien compris la preuve produite devant la Cour. Sa décision était fondée sur les faits et il a appliqué les bons principes juridiques aux faits. Il ne s’agissait pas en l’espèce de motifs superficiels du genre de ceux que la juge d’appel Larlee a décrits dans l’arrêt *P.R.H.* Je conclus que ce moyen d’appel est sans fondement. Voir aussi l’arrêt *B.P. c. A.T.*, au par. 19.

I. *Les conjectures et suppositions qui ne trouvaient pas appui dans la preuve*

[38] Le père fait valoir que le juge saisi de la requête a commis une erreur de droit et de principe lorsqu'il a tiré des conclusions qui étaient fondées sur des conjectures et qui ne trouvaient pas appui dans la preuve, invoquant à cet égard l'arrêt *Handspiker c. Rafuse*, 2001 NSCA 1, [2001] N.S.J. No. 1 (QL). À l'appui de cette prétention, il invoque deux conclusions que l'on trouve dans les motifs. Premièrement, au paragraphe 93, le juge saisi de la requête dit [TRADUCTION] « [qu'il est] préoccupé du délai pour trouver un médiateur ». Au paragraphe 47, il indique ce qui suit : « je suis d'avis que ce n'est qu'une question de temps avant que les enfants ne subissent des conséquences physiques et psychologiques négatives découlant directement de l'incapacité de leurs parents de communiquer et de coopérer efficacement ». Le père prétend qu'il n'y avait aucun élément de preuve qui permettait au juge saisi de la requête de faire des commentaires sur l'une ou l'autre de ces questions.

[39] Le psychologue a témoigné que l'intérêt supérieur des enfants serait mieux servi s'il existait une certaine coopération entre les parents et il leur a recommandé de trouver un médiateur expérimenté dans leur collectivité. Il a ajouté qu'un conflit parental qui perdure peut avoir une incidence négative sur le bien-être d'un enfant. Certes, le juge saisi de la requête aurait pu répéter ce que le psychologue a effectivement dit au lieu de le paraphraser, mais j'estime que ses commentaires ne relevaient pas de la supposition ou de la conjecture.

V. Conclusion et dispositif

[40] La décision du juge saisi de la requête est étoffée et elle traduit une prise en considération des éléments de preuve qu'il estimait pertinents pour ce qui concernait les questions à trancher. Il a pris le témoignage du psychologue en considération et il s'est dit préoccupé par la gravité du conflit entre les parents et par leur incapacité à communiquer l'un avec l'autre à propos des enfants. Il a entrouvert la porte à un retour des parents devant la Cour en vue d'une révision de la garde et de l'accès après qu'ils

auront eu recours à l'aide d'un médiateur pour [TRADUCTION] « appren[dre] à communiquer et à mettre leurs différends de côté ».

[41] Le juge saisi de la requête avait pour tâche de se prononcer sur la garde de deux petites filles dont les vies étaient perturbées depuis 2013. Il s'est acquitté de cette tâche conformément aux principes juridiques applicables. Il a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon équitable et en faisant preuve de bon sens. Je ne vois rien à reprocher à ses conclusions non plus qu'à sa décision.

[42] Je suis d'avis de rejeter l'appel et de condamner l'appelant à verser des dépens de 2 500 \$ à l'intimée.