COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

28-20-CA

R.J.

APPELLANT

- and -

P.J.

RESPONDENT

R.J. v. P.J., 2021 NBCA 28

CORAM:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
February 20, 2020

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 17, 2021

Judgment rendered:
May 27, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

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

R.J.

APPELANT

- et -

P.J.

INTIMÉE

R.J. c. P.J., 2021 NBCA 28

CORAM :
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 20 février 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 17 février 2021

Jugement rendu :
le 27 mai 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

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

Counsel at hearing:

For the Appellant:
Maria M. Conroy and Peter Short

For the Respondent:
Amanda McCordic

THE COURT

The appeal is allowed in part. The appeal with respect to custody is dismissed. Parenting provisions are added. The appeal with respect to ss. 3, 7 and 9 of the *Federal Child Support Guidelines* is allowed and is referred to the Court of Queen's Bench, to be heard by a different judge of that court. Because the results are mixed, no costs are ordered.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Maria M. Conroy et Peter Short

Pour l'intimée :
Amanda McCordic

LA COUR

L'appel est partiellement accueilli. L'appel portant sur la garde est rejeté. Des dispositions sont ajoutées sur les responsabilités parentales. L'appel portant sur les art. 3, 7 et 9 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour y être entendue par un autre juge de ce tribunal. Compte tenu de l'issue mitigée, aucuns dépens ne sont adjugés.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal engages the provisions of s. 16 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp) (*Act*). In November 2018, the mother filed a Petition for Divorce in which she requested joint custody of the three young children of the marriage, with their primary physical custody and the final decision-making authority to be with her. In her Petition, she stated that she had tried to work with the father, but co-parenting was difficult due to ineffective communication. She also sought an order for child support, retroactive to February 1, 2018. The father filed an Answer and Counter-Petition in which he sought joint and shared custody, and a determination of the amount of child support to be paid. Following a hearing, a trial judge found that, despite the mother's best efforts, co-parenting the children was difficult due to the fact the parents could not effectively communicate. He ordered joint custody, with the primary care of the children to be with the mother, and a schedule of access and visitation to the father.

[2] The father appeals the order, submitting the judge made numerous errors in fact and in law, and in mixed fact and law. He contends the judge failed to conduct a best interests of the child analysis, that he did not apply the maximum contact principle set out in s. 16(10) of the *Act*, and his credibility analysis was deficient because it ignored key evidence concerning the father's parenting role prior to the separation. Further, the father submits the interim access schedule granted him the custodial care of the children for at least 40% of the time; therefore, the judge should not have ordered child support under s. 3 of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 (*Guidelines*), and he was instead required to conduct an analysis under s. 9 of the *Guidelines*. Finally, the father contends the judge misapplied s. 7.

II. Background

[3] The parents met in 2005 and married in 2007. They separated on January 14, 2018. The decision directing judgment was rendered on February 20, 2020. There are three children born of the marriage: one in 2010, and twins in 2012. The children were aged ten and eight at the time judgment was entered.

[4] The mother laid much of the blame for the problems in the marriage on her mother-in-law, coupled with the father's obsession over the constant maintenance of the house and grounds to the exclusion of time he could have spent with the children. The mother asked the father to vacate the marital home in January 2018, which he did. He testified he was blindsided and devastated by her decision. In the immediate aftermath of the separation, he did not have a permanent residence, so he stayed with friends until he was granted Permanent Military Quarters (PMQ) in April. The mother had the primary care of the children in the marital home during the weeks immediately following the separation, and the father continued to have regular visits with them there. A voluntary schedule of access and visitation was initiated once the father secured his PMQ in April. This schedule represented what the father requested at the time.

[5] The mother testified the father was convinced that, prior to the separation, she was having an affair with a co-worker, Mr. M. Mr. M. testified the relationship became romantic following the separation; however, his evidence concerning the date of cohabitation varied from that of the mother by several months.

[6] The father maintains he has always been an active parent and partner. He says the involuntary access schedule was imposed on him, and the judge simply continued the *status quo*. He argues the judge's conclusion the mother was the primary caregiver prior to the separation was not borne out by the testimony, and her evidence concerning ineffective communication was contrived and self-serving to garner an advantage with the court in terms of custody. He seeks a reversal of the joint custody order, or, failing that, a new trial be ordered.

III. Grounds of Appeal

[7] There are seventeen grounds of appeal. They will be dealt with in context, due to the fact some of them overlap, and will not be discussed in their order of appearance in the Notice of Appeal. In sum, the father argues the judge:

1) erred when he did not consider the maximum contact principle;

2) erred when he found there were insurmountable communication issues between the parents, which acted as a bar to shared custody, and the judge placed too much weight on a letter the father sent to the mother post-separation in which he asked for reconciliation and promised he would make the changes she requested;

3) failed to consider, and weigh, critical evidence that contradicted the mother's testimony, he made findings not supported by the evidence, and he ignored contradictory evidence of the father that showed they were able to make decisions concerning the children together;

4) made credibility findings which were not supported by the evidence, he made adverse credibility findings against the father, but not against the mother, and he placed too much weight on hearsay evidence, interpreting it in a manner prejudicial to the father, but charitable to the mother;

5) placed too much weight on the *status quo*;

6) relied on inapplicable jurisprudence;

7) conflated communication under a joint custody regime with shared custody; and

8) failed a) to order support under s. 9; and b) to break down his analysis under s. 7 of the *Guidelines*, such that he erroneously ordered the daycare expenses be prorated on the gross amount.

IV. Standard of Review

[8] The standard of review in custody cases was set out by Larlee J.A. in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at para. 8. Generally, deference is the norm. This is so because the trier of fact is in the best position to assess the credibility and quality of the evidence. Credibility findings are reviewable on the palpable and overriding standard.

[9] In *Gillespie v. Gillespie*, 2018 NBCA 22, [2018] N.B.J. No. 77 (QL), Larlee J.A. concluded that a court may only overturn a trial judge's findings of fact if they are the result of palpable and overriding error, and may only interfere with a discretionary order if it is founded on an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence. See *D.L.M. v. J.A.M.*, 2008 NBCA 2, 326 N.B.R. (2d) 111, at paras.11-12; *R.S.L. v. S.I.L.*, 2013 NBCA 23, 402 N.B.R. (2d) 199, at para. 7; *T.L. v. A.C.*, 2013 NBCA 24, 402 N.B.R. (2d) 373, at para. 6; *M.L.B. v. W.R.P.*, 2019 NBCA 63, [2019] N.B.J. No. 211 (QL), at paras. 22-26; *D.G. v. M.G.*, 2019 NBCA 69, [2019] N.B.J. No. 281 (QL), at paras. 4-5.

V. Analysis

A. *The maximum contact principle*

[10] One of the conditions of the order requires the parents to exchange a journal in which they record events in the children's lives. If agreed, a common record of email communications is to be exchanged between them on matters concerning the

children's education, extracurricular activities and medical and dental issues. The drop-off and pick-up at the daycare were arranged between the parents so they would not have to meet in person. The following access schedule was ordered:

a) week #1: The father has physical custody from Friday after school to Monday morning, unless the Monday or the Friday is a statutory holiday, in which case, he has the children on that day;
b) week #2: The father has the children from Wednesday after school to Friday morning when he drops them off at daycare or school;
c) Mother's Day and Father's Day are spent with the mother and father respectively;
d) Christmas, Easter and March break holidays are equally shared; and
e) on or before April 1st of each year, the father is to inform the mother of the ten additional days he wishes to have the children over the summer vacation period.

[11] Section 16(10) of the *Act*, as it was prior to the amendments that came into effect on March 1, 2021, provided that, in making an order for custody, a judge shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child and, for that purpose, shall take into consideration the willingness of the person for whom custody is sought to facilitate such contact.

[12] In *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL), McLachlin J., as she then was, concluded that "Parliament has expressed its opinion that contact with each parent is valuable, and that the judge should ensure that this contact is maximized" (para. 204 cited to QL). This principle reflects that following the marital breakdown, it is in a child's best interests to have as much access as practicable to both parents, provided it is in the best interests of the child (see *N.A.T. v. S.A.T.*, 2019 NBCA 87, [2019] N.B.J. No. 368 (QL)). Further, access is not a parental right; it is the right of

the child (*Young*, at para. 59 cited to QL). See also *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99. In *Young*, L'Heureux-Dubé J., dissenting in the result, wrote:

> Access rights exist in recognition of the fact that it is normally in the interests of the child to continue and foster the relationship developed with both parents prior to the divorce or separation. This being said, the right to access and the circumstances in which it takes place must be perceived from the vantage point of the child. Wherever the relationship to the non-custodial parent conflicts with the best interests of the child, the furtherance and protection of the child's best interests must take priority over the desires and interests of the parent. [para. 60 cited to QL]

[13] Custody cases are complex. L'Heureux-Dubé J. stated in *Young* the analysis must consider a "myriad" of factors, and it is holistic, because family dynamics vary from case to case. The assessment of a child's best interests encompasses not only his or her physical and economic well-being, but also his or her emotional, psychological, intellectual and moral well-being. No two cases are the same, and a "cookie cutter" approach does an injustice to children, the family, and the administration of justice. These cases require a careful and thoughtful consideration of the evidence, the needs of the children, whether one party is attempting to "gainsay" the other, or whether fundamental assumptions about parenting and the parental roles and relationships are accurate or are skewed towards a self-serving result. At all times in the decision-making process, the spotlight must be on the child. A custody decision is child-focused, and determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child. As L'Heureux-Dubé J. stated in *Young*, custody and access 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 (para. 32 cited to QL).

[14] In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), La Forest and L'Heureux-Dubé JJ., in concurring reasons, write that the desirability of maintaining maximum contact between the child and his or her parents is an important factor, but a court must also balance such considerations as the child's physical,

emotional, social and economic needs in light of the quality of the relationship he or she has with both parents, their ability to care for the child, and where the child is old enough and mature enough, his or her wishes and preferences (para. 120). LaVigne J.A., in *M.A.(L.)B. v. T.J.L.*, 2021 NBCA 5, 2021 N.B.J. No. 24 (QL), describes the consideration of this principle as "mandatory" (para. 56); however, as McLachlin J. stated in *Gordon*, it is not "absolute" (para. 24).

[15] The father maintains the judge was singularly focused on his findings the parents could not "work together," or "parent together," and that the mother had no idea how the father was "parenting the children" (para. 146). The judge found the father "provided no verification of his testimony," and he gave no examples of situations or circumstances where the parents have worked together in the best interests of the children (para. 147); however, he did not refer to, nor does it appear he considered, the maximum contact principle. His focus was on the lack of effective communication between the parents. The father submits this was an error in law. In my view, it was not. I say this because, in the totality of the reasons, it is apparent the judge turned his mind to the children's need to have sustained and regular contact with their father. The schedule of weekly access includes vacation time, which, as will be seen further in these reasons, coupled with other extra days, has provided the father with regular and meaningful contact with the children. Although not specifically referred to in the reasons, the children have regular weekly access visits with their father, which total at least five out of fourteen days, most statutory holidays, and additional vacation time. The result is that the amount of time the children spend in their father's care is sufficient to persuade me the maximum contact principle was engaged, and I would therefore dismiss this ground of appeal.

B. *The insurmountable communication issues*

[16] Section 16 of the *Act* requires that a judge, when making a custody order, shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage, as

determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child.

[17] Ineffective communication between the parents in this case was a significant issue for the trial judge. As the Supreme Court observed in *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, the fact the parents do not communicate well is but one consideration that should not eclipse the others. Bastarache J. stated: "This discretion vested in the trial judge enables a balanced evaluation of the best interests of the child and permits courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child" (para. 13). The judge was required to consider the best interests of the children by comparing the criteria to the facts of the case. The judge correctly referred to s. 16(8) of the *Act*. He was alive to the criteria because he listed those that are set out in s. 1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, as amended (*F.S.A.*). See *J.A.D. v. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200, per Quigg J.A., where this Court approved the use of the best interests of the child criteria from s. 1 of the *F.S.A.* in divorce matters (para. 13). This is not an exhaustive list, however. See also *Shaw v. Shaw* (1997), 189 N.B.R. (2d) 84, [1997] N.B.J. No. 211 (QL).

[18] Once the judge identified the proper legal principles, he proceeded with his analysis. I agree the judge did not specifically tie the criteria to the evidence, but it is clear he was alive to them, and the analysis reflects his concerns a shared custody arrangement would not work for these children because the parents were not cooperating to ensure a seamless transition between households. There were ongoing issues concerning the exchange of clothing and personal effects as well as issues concerning the communications from school. See *A.G. v. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] N.B.J. No. 274 (QL), where this Court stated that a decision can withstand appellate scrutiny even though a judge has not discussed each of the factors enumerated in *Gordon* (para. 9).

[19] On the best interests of the child test, L'Heureux-Dubé J. wrote in *Young*:

> Furthermore, it is significant that no other test has been broadly endorsed to replace it. At the end of the day, the

> test has been described as "the least detrimental available alternative for safeguarding the child's growth and development" and most of the suggested guidelines or presumptions are in fact designed to give content to the test in furtherance of the welfare of the child. (See *Goldstein, Freud and Solnit, supra*, at p. 53. See also *Mnookin, supra*.)
> [para. 77 cited to QL]

[20] She went further and added that the best interests of a child test includes not simply the right to be free of demonstrable harm; it acknowledges that a child has the right to the best possible arrangements in the circumstances of the parties. Determining what is in a child's best interests in any given case is not a checkbox/total score type of assessment. It is an "open-ended" inquiry requiring a weighing and balancing of factors (see *L.A.A. v. W.J.V.*, 2020 NBCA 1, [2020] N.B.J. No. 9 (QL), at paras. 14-15). In *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147, Quigg J.A. stated that deference 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 (para. 10).

[21] The willingness of a parent to communicate and cooperate with the other parent on matters affecting access has to be considered, but it is not determinative of the issue. The ability to effectively communicate is but one issue to consider when crafting custody orders. "Communication issues and lack of cooperation for a couple caught in the turbulence of divorce should not be compared to an impossible standard that does not exist in the most functional of families" (see *A.J.U. v. G.S.U.*, 2015 ABQB 6, [2015] A.J. No. 70 (QL), at para. 76). In *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration*), 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, Abella J. writes: "The 'best interests' principle is 'highly contextual' because of the 'multitude of factors that may impinge on the child's best interest'" (para. 35). It must therefore be applied in a manner responsive to each child's particular age, capacity, needs and maturity (see *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services*), 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, at para. 89). The child's level of development will guide its precise application in the context of the particular case.

[22] The judge identified interpersonal problems between the parents that continued to exist and militated against an access schedule that saw the children rotating from residence to residence on a weekly basis (see *A.G.*, at para. 6). He crafted an order that, in his view, represented the least detrimental arrangement for the children. This is what he was required to do. The order was child-focused, not parent-focused.

[23] Following the separation, the father wrote a letter to the mother admitting he had spent too much time maintaining the house and the grounds and had ignored the situation with the mother-in-law. The admissibility of the letter was unsuccessfully challenged. At one point in his reasons, the judge refers to the letter but states he would not rely on it. Later in the decision, he refers to the letter again and uses it to bolster the mother's assertion she was the primary caregiver. The father submits this is but one example of internal inconsistencies in the reasons that were so palpable and overriding they call into question how the judge arrived at his conclusion. Although I agree there were contradictions in the reasons, I do not agree they rose to the level argued by the father. The judge made a passing reference to the letter, and from my perspective, it was used as part of the narrative, but it was not determinative of the result.

[24] For the reasons stated, I see no error that would warrant appellate intervention, and I would dismiss this ground.

C. *The judge failed to consider and weigh critical evidence*

[25] The father submits the judge erred when he ignored uncontradicted evidence that he and the mother had historically shared their caregiving roles and responsibilities, as well as the household chores, thus calling into question how the judge weighed the evidence. The father testified that:

a) both did the nighttime routines, which included bath time and reading bedtime stories;

b) he was the primary caregiver to the children on those nights the mother was required to work, and he cared for them on sick days when his schedule allowed;

c) he assisted in meal preparation;

d) the mother had agreed they were both full-time parents;

e) they sold their home without the necessity of a court order;

f) they worked out an interim custody, access and child support arrangement without the necessity of a court order;

g) they do not argue in front of the children;

h) the mother has telephone access to the children every day when they are in their father's care;

i) he has always provided an address and phone number to the mother and he testified he has no issues communicating with her; and

j) the children are permitted to call their father at any time.

[26] In the father's favour, the judge accepted as fact that:

a) the father oversaw bath time at night;

b) the mother was required to be at work by 7:15 in the morning, and the father got the children ready for daycare, he prepared their breakfasts and he transported them;

c) the parents shared and divided extracurricular activities because the older child was involved in different activities than the twins;

d) the father stayed home with the children on their sick days;

e) all three children love their parents and they want to spend time with their father;

f) the mother-in-law was the major source of discord; and

g) the father's devotion to the home and the yard took time away from the children.

[27] The judge also found, however, that:

a) the mother refuses to speak to the father, and she books extracurricular activities for the children without consulting him;
b) the parents do not work together;
c) the mother has no "perception" of the father's relationship with the children;
d) the father provided no "basis" for his request for shared custody;
e) the mother intended to keep the children in daycare during the summer vacation period;
f) the father included the children in matters that should have been kept secret in the weeks following the separation;
g) the parents only communicate by email;
h) the mother would not agree to a permanent variation of the interim access schedule;
i) the mother would not change the schedule from the existing five days out of fourteen days biweekly; and
j) the inability of the parents to work together to parent the children precluded a shared custody order at that time.

[28] To me, these findings reveal the judge's consideration of the evidence was comprehensive. In *Van de Perre*, Bastarache J. stated that, when preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of the factors under the best interests of the child test, in light of the evidence presented at trial; however, he or she is not obligated to discuss every piece of evidence in detail. Because of this, he observed, it may appear a trial judge has stressed one factor over another, but this is inevitable in custody cases that are "heavily dependant on the particular factual circumstances at issue" (para. 10). He then referred to *Gordon*, where McLachlin J. found it was an error for a trial judge to refer to one factor in his or her custody analysis, to the exclusion of other relevant factors. Bastarache J. states:

> As indicated in both *Gordon* and *Hickey* [*v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL)], the approach to

> appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, 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 his conclusion. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence. [para. 15]

[29] In *Calvy v. Calvy*, 2012 NBCA 47, 389 N.B.R. (2d) 329, Quigg J.A., relies on the reasoning expressed by the Supreme Court in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, and applied by this Court in *P.R.H.* and *N.E.R.*, when she states that parties are entitled to know how and why a judge reached his or her decision; however, appellate courts should not interfere just because a judge did a poor job of expressing himself or herself. It is sufficient for a judge to respond to the live issues, and the basis for the ruling must be clear. This approach was also followed in *T.L.M. v. Department of Social Development (formerly the Minister of Family and Community Services)*, 2009 NBCA 8, 341 N.B.R. (2d) 33, at para. 13.

[30] Considering the direction of the Supreme Court in the context of the evidence in this case, although I agree the judge neither specifically referred to all the factors, nor recited all the evidence, an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief the trial judge forgot, ignored or misconceived evidence in a way that affected his or her conclusion (*Van de Perre*, at para. 15). Viewed in context, one can discern how the judge arrived at his conclusion in this case, and, in my opinion, the omissions do not cross the threshold of being so manifest as to have tainted the result. I would dismiss this ground of appeal.

D. *The judge made credibility findings that were unsupported by the evidence and unbalanced and gave undue weight to hearsay evidence*

[31] Credibility findings are within the domain of the trier of fact and, as noted, are generally accorded deference by appellate courts (see *Mills v. Mills*, 2010 NBCA 20, 356 N.B.R. (2d) 351, at para. 11; *LeBlanc v. Fundy Drywall Ltd. and Allain*, 2014 NBCA 2, 414 N.B.R. (2d) 339, at para. 24; *V.C. and J.C. v. The Minister of Social Development et al*., 2015 NBCA 28, 435 N.B.R. (2d) 205, at para. 20). This principle acknowledges that the trial judge is in the best position to observe the witnesses and to assess the reliability of their evidence. As the Supreme Court reminds us in *H.L. v. Canada (Attorney General*), 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, a decision based on erroneous inferences of fact will not withstand appellate scrutiny. See also *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1, at para. 76. Appellate review of credibility findings is narrow. In the absence of palpable and overriding error, deference is accorded (see *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paras. 70-73; *J.N.C. v. R.*, 2013 NBCA 59, 409 N.B.R. (2d) 310, at para. 14). As stated by Bastarache and Abella JJ. in *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, assessing credibility is not a science. It is sometimes difficult for a judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and to reconcile the various versions of events (para. 20). In *Nowlan-Ward v. R.*, 2020 NBCA 41, [2020] N.B.J. No. 133 (QL), this Court reiterated that the role of an appellate court is not to make fresh findings of credibility (para. 3).

[32] It is legally wrong, however, for a trial judge to apply a stricter standard of scrutiny to the evidence of one party than what he or she applies to that of the other party (see *Bright v. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] N.B.J. No. 314 (QL), at para. 53). Generally, deference is owed to a trial judge's assessment of evidence in custody matters. "This is so because the trial judge is in the best position to assess the credibility and the quality of the evidence" (see *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] N.B.J. No. 203 (QL), at para. 23).

[33] In this case, the judge started his credibility analysis as follows: "Mr. [J.'s] concerns with his wife's testimony are focused more on the logic of the arguments and her reluctance to make any statements that would support his position rather than the credibility of the witness, or the accuracy of her statements. Credibility should focus upon whether the facts presented are truthful and/or accurate" (para. 125). The judge then concluded this portion of the decision by finding the mother was not a credible witness with respect to the date when Mr. M. moved into her home, but he determined this fact alone would not necessarily discredit the rest of her evidence. I see nothing wrong with this conclusion.

[34] The judge discussed an incident in the father's home when he left the oldest child alone while he took the twins to the adjacent park for ten minutes, saying he had asked a neighbour to watch him. The judge described the father's explanation as incredible. The judge discussed other statements made by the father he also found implausible, such as: a) the children were asking to spend more time with him; b) the oldest boy ran away from his mother the first day he had access to the children; and c) he was equally parenting the children with the mother both before and following the separation. The judge disbelieved this evidence from the father. He ignored Mr. M.'s testimony concerning alleged issues with the first weekend access visit following the separation. The father contends that evidence he is polite, and his text messages are respectful, was also ignored by the judge.

[35] The reasonableness of evidence is determined in context; whether there are internal or external contradictions or inconsistencies, whether a witness's character has been impugned, the personality and demeanour, corroboration of a witness's testimony, self-interest, powers of observation, recollection and capacity of expression are appropriate considerations, to name a few (see *Passarello v. Passarello*, [1998] O.J. No. 2792 (QL); *G.D. v. M.D.*, 2005 NBQB 253, [2005] N.B.J. No. 314 (QL)). In sum, if the reasons demonstrate the judge failed to consider important evidence that is contradictory, or they are insufficient in that they do not show how, or on what basis, he or she did not accept the evidence of one party, or they are conclusory or based on

conjecture and speculation, it is appropriate for an appellate court to interfere. It is not enough for a judge to simply refer to the jurisprudence. A judge is required to conduct an analysis in the context of the evidence so as to inform the parties of the basis for his or her conclusion that one party is more credible. In this case, the judge accepted the mother's testimony. In doing so, although I agree he did not recite contradictory evidence proffered by the father, he acted within his discretion. The judge could have referred to evidence that contradicted the mother's contentions; however, it is my view that his failure to do so did not affect the result because, on the totality of the evidence, he was more concerned about the effect the parental relationship would have on the overall best interests of the children. The fact the parents quibbled about parenting strategies was overshadowed by his concerns that their ineffective communication would negatively affect the children, should a shared custody order issue.

[36] On the hearsay issue, the father submits the judge accepted, without conducting the proper analysis of the admissibility of the children's out-of-court statements, the mother's testimony about what the children say to her, but he rejected the father's evidence the oldest boy wants to spend more time with him. In *R.B. v. I.B.*, 2005 NBCA 38, 282 N.B.R. (2d) 358, Ryan J.A. wrote:

> One must not genuflect at the altar of hearsay. It is possible that some judges, in matters of family law, will permit excursion by counsel into the precarious quick sands of hearsay but it is never safe to unreservedly rely on such information in the place and stead of credible evidence to the contrary.
>
> The Supreme Court of Canada in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915 and *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144 concluded that courts must take a principled approach with respect to hearsay. […]
>
> [paras. 11-12]

[37] Generally, the traditional "state of mind" exception to the exclusion of hearsay provides a path to the admissibility of a child's out-of-court statement to a parent about custody or access. See *Samuel v. Chrysler Credit Canada Ltd.*, 2007 BCCA 431,

[2007] B.C.J. No. 1922; *Children's Aid Society of Ottawa v. S.E.*, [2005] O.J. No. 2087 (QL).

[38] Professor Rollie Thompson, in a refresher on child hearsay, published in Evidence in Family Law, chapter 9, H. Niman, ed. (Toronto: Thompson Reuters, 2020), vol. 1, at 9:40.60.20, states that, where a party is seeking to admit hearsay, the "state of mind" exception allows a court to consider expressions of views and preferences of children in child custody disputes. He opines that the court need not resort to "complicated hearsay analysis under *Khan* to admit a child's statements about his or her wishes and preferences," as the "'state of mind' exception is available," provided the requirements of the exception are met.

[39] In my view, in this case, hearsay evidence of conversations the children had with their mother or their father was admissible under both the "state of mind" exception and the principled approach. However, nothing turns on the judge's reference to these conversations. Although the judge mentions them briefly, his focus was elsewhere. The weight that can be placed on a child's views depends on many factors, not the least of which are the age and level of maturity of the child, and the subject matter (see J.D. Payne & M.A. Payne, *Canadian Family Law*, 7th ed. (Toronto: Irwin Law, 2017), at pp. 618-625)). I would dismiss these grounds.

E. *The joint and shared custody analysis, the status quo and reliance on inapplicable jurisprudence*

[40] In this case, the father was seeking joint and shared custody, on a week on, week off basis. The father asserts the judge erred when he drew conclusions based on speculation, not grounded in the evidence, and he applied jurisprudence concerning custody and access orders in a way that was not supported by the facts of this case. The judge found:

> The benefit of a shared custody arrangement is that, as much as possible, the children can move between the houses without any sense of change or difference between

> them. They know the rules of the home will be the same, their responsibilities and their duties will be similar in each home. They understand their parents are co-parenting- working together to ensure they have two parents that are raising them together.
>
> Mr. [J.] tells the Court he thinks Ms. [J]. is a good mother and he claims he is willing to communicate with her, but that she is unwilling to communicate with him. He is hopeful that, if the Court would order shared custody, the parents would find a way to work together. In this context, he believes shared custody should be possible. He provided no verification for his testimony and he has not given any examples of situations or circumstances where the parents have worked together in the best interests of the children. He has not provided the basis for the parents to maintain the shared custody arrangement he has requested. To proceed in that fashion he seeks, the Court would have to defer the threshold decision- clearly not in the best interests of the boys as that is defined in the *Family Services Act*.
>
> [paras. 145 and 147]

[41] In his reasons, the judge finds the "inability of this couple to work together to parent the children makes shared custody inappropriate at this time. There is no basis to assume that, if shared custody is established, the parties will suddenly begin to communicate in the best interests of the children" (para. 148). The judge, properly, in my opinion, observed there are a multiplicity of factors to be considered when making a joint custody order with equal access. Focusing on the "parent's circumstances," the judge described them as threshold factors. They include: a) the working relationship between the parents; b) the general housing circumstances of the parents; c) other "items" that might make shared parenting difficult or impossible; d) situations where the parents do not reside in the same city or town; e) if there are housing problems; f) employment impediments such as the requirement to drive a long-haul truck; g) any physical or mental impediments; and h) the "circumstances of the parties with each other." It is the last of these "practical difficulties" that persuaded the judge a joint custody order with equal access was not appropriate in this case.

[42] The judge referred to jurisprudence where shared custody orders were deemed inappropriate in high-conflict cases; however, as noted, he did not find this case to be one of high conflict. He discussed *E.K.I. v. M.G.S.*, 2013 NBQB 274, 407 N.B.R. (2d) 392, a decision in which Walsh J. was asked to make a sole custody order on an interim basis. In my view, that case is distinguishable for a number of reasons. First, *E.K.I.* was a mobility case. Second, the factors that animate interim custody and access orders are far different than those rendered at a final hearing (see *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (QL) (C.A.)).

[43] In *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] N.B.J. No. 203 (QL), this Court wrote that "[j]oint custody orders enable parents to equally participate in the major decisions that affect their children" (para. 50). However, in those cases where the parents are not able to effectively communicate, measures must be taken to ensure the children are insulated from their conflict. This requires the parents not only to have the ability to communicate in an effective manner, but also to cooperate in the decision-making process. See also *J.H. v. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] N.B.J. No. 16 (QL), at paras. 20, 33; *L.S. v. M.S.*, 2019 NBCA 64, [2019] N.B.J. No. 235 (QL); *D.G. v. M.G.* 2019 NBCA 69, [2019] N.B.J. No. 281 (QL).

[44] To support his conclusion a joint custody order with equal access was inappropriate, the judge referred to the mother's evidence the children were prohibited from taking their personal property from their father's residence (which the father denied), there was a problem involving rubber boots that had not been provided to one of the boys for a field trip, and there was an incident involving a letter from the school that remained in the child's book bag, which resulted in the mother missing an event at the school. Given the ages of the children, these are legitimate concerns. The children must be able to move effortlessly between the households. In a custodial arrangement where the children equally share their time between the two households, it is imperative the parents are able to meaningfully communicate with each other on a day-to-day basis, so as to ensure the children's needs at school, their extracurricular needs and their social needs are met. The judge characterized the marital relationship in this case as being

"toxic." No doubt, in the aftermath of the separation, the parents were not getting along; however, the evidence concerning high conflict was limited to a verbal argument in the garage of the marital home, post-separation, when the contents of the house were being divided. The mother's evidence of conflict was as follows:

> Q: Now you wouldn't characterize your relationship with Mr. [J.] as being high conflict, would you?
>
> A: As in like arguing or?
>
> Q: You wouldn't characterize this as a relationship where you have a lot of conflict.
>
> A: Well there is conflict because he is telling the kids not to tell me stuff, to keep secrets from their mother.
>
> Q: The kids are telling you that, right?
>
> A: That's correct.
>
> Q. And that is the worst conflict that you would describe between the two of you? What the kids are telling you?
>
> A: At this time, yes.

[45] More importantly, in my opinion, the judge found the mother was the primary caregiver prior to the separation because she had historically made the children's health and dental appointments, she sourced the daycares and made the arrangements, and she was the one responsible for enrolling the children in their extracurricular activities.

[46] This case was heard and decided before the proclamation of the amendments to the *Act* that came into effect on March 1, 2021. Under those provisions, s. 16 has been extensively re-engineered. Prior to the amendments, the *Act* provided no guidance with respect to the appropriate criteria to apply in a best interests of the child analysis. Under s. 16(3)(i), a court is now required to take into consideration the ability and willingness of each person in respect of whom the order would apply to communicate

and cooperate with one another on matters affecting a child. Where family violence has been demonstrated, there are an additional seven factors. Past conduct has been expanded to include conduct that is relevant to parenting time, decision-making responsibility or contact under a contact order. Custody and access orders have been replaced with parenting orders. Parenting orders set out parenting time, decision-making authority, the duration of the order and other conditions, if deemed necessary.

[47] The amendments are intended to recognize that the family bonds a child develops with his or her parents should be preserved following a divorce judgment, if it is in the best interests of the child. The replacement of the emotionally charged words, custody and access, with parenting orders and decision-making responsibilities acknowledges that the word, "custody," carries with it the inflammatory connotation of property rights. Parents are now required to attempt resolution of their concerns and disputes through the use of mediation services, negotiation and collaborative law measures before proceeding with the adversarial judicial process. On March 1, 2021, the Province of New Brunswick proclaimed provisions in the *Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23, which mirror those set out in the *Act*. As an aside, under the legislation that was in effect when this case was heard, parents in New Brunswick, by operation of s. 129 of the *F.S.A.*, presumptively had joint custody of their children, unless there was otherwise a separation agreement or a court order.

[48] In crafting the custody order in this case, the judge found: "The parents must actively communicate to ensure serious issues are fully canvassed before a decision is made" (para. 150). He compared the day-to-day decisions made by a custodial parent with those "decisions that could require reflection and discussion," including what school a child will attend, whether in the English or French immersion program, particular activities such as summer camps, special assistance at school, and orthodontics (para. 155). It goes without saying that all major decisions that affect a child's life are decisions that should be taken by the parents together, unless the high level of conflict between the parents, or the presence of other exceptional circumstances, such as domestic violence, addiction issues, hostile and abusive conduct, inability to parent or dangerous behaviour

towards the children, to name a few, would make it impossible to do so. Those circumstances do not exist in this case.

[49] In *L.R.R. v. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] N.B.J. No. 2 (QL), Larlee J.A. concluded that courts will order joint custody, even in high-conflict cases, when they are satisfied it is in the best interests of the child; however, it will not be appropriate when the communication is detrimental to the well-being of a child (para. 11). See *R.W. v. H.W.* (1995), 158 N.B.R. (2d) 321, [1995] N.B.J. No. 112 (QL); *Giri v. Wentges*, 2009 ONCA 606, [2009] O.J. No. 5173 (QL); *K.C.W.V. v. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 N.B.R. (2d) 351, as examples. There was no evidence the children's well-being was in jeopardy in this case. The judge correctly observed that a joint custody order with final decision-making authority granted to one parent is, in practical effect, a disguised sole custody regime (para. 154). Although the judge in this case did not grant final decision-making authority to the mother, he stated, in the event the parents could not agree, the services of a mediator should be engaged.

[50] To be clear, the judge did not impose an obligation on the mother to keep the father informed of the appointments she makes for the children. He did not order her to consult with the father on all major decisions affecting the children. He discussed decision-making authority in his reasons, but he did not flesh it out in the Judgment Following Hearing or Trial (Form 60A). In her testimony, the mother indicated, and the judge found, that if the father were to be granted a role in major decision-making, a process should be established in advance (paras. 153-154). In my opinion, in this case, there should have been specific parenting responsibilities set out in the order, so it was clear the father has the right to be consulted on, and to be an active participant in, all major decisions concerning the children. Those decisions include health and dental care, education, summer camps, vacations, educational programs, religious participation and extracurricular activities. It is not unusual for a court to regulate these issues as part of a joint custody order, in an effort to ensure both parents continue to be actively engaged (see *Muise v. Fox*, 2013 NSSC 349, [2013] N.S.J. No. 571 (QL)). I note that these

children are at an age where their views and preferences will become more relevant and important in the not-too-distant future.

[51] The father testified the children have indicated they would like to spend more time with him. Given their current ages, I would not interfere with the existing biweekly access schedule during the school year, because, as stated, it gives the children at least five out of fourteen days of access visits with their father; however, I would apply Rule 62.21(1), only to vary the order to incorporate specific parenting provisions that are set out in Schedule "A" to these reasons.

[52] In *Young*, McLachlin J. explained that the ultimate criterion for determining limits on access is the best interests of the child. In this case, the father has more summer vacation time than the mother, and when the children are not with him, they are in daycare. Generally, when courts consider summer access, depending on the ages of the children, regular access and visitation is suspended, and particular provisions are crafted to enable both the children and the parents to benefit from vacation time, free from the constraints of the normal school schedule. The father has a fully furnished house in the same community, the children each have their own fully furnished bedrooms and the father is able to spend quality time with them. I would encourage the parents to ensure the summer vacation time is structured in such a way that the children spend an equal amount of time with both.

[53] I am unable to conclude the reasons demonstrate manifest error, nor do I conclude the judge significantly misapprehended the legal principles with respect to shared access. At best, he may have ignored some of the evidence; however, that error by itself was not palpable, nor was it overriding. In my opinion, his decision was within the ambit of reasonable solutions. I would allow this ground of appeal only in part, for the reasons stated.

[54] The father also argues the judge erred by defaulting to the *status quo* access schedule. The judge did not refer to this principle in his reasons, and I would not

give effect to this complaint. Recently, the Court of Appeal for British Columbia in *M.F.W. v. M.A.H.*, 2020 BCCA 284, [2020] B.C.J. No. 1640 (QL), had occasion to review this principle in a high-conflict divorce where child custody was at stake. It is fair to say that, following *Gordon*, custody and access decisions are to be based on the best interests of the child. Historically, there was a notion that judges should attempt, when possible, to maintain the *status quo*. This principle remains relevant in matters where interim custody and access orders are made in the immediate aftermath of the separation. As stated in *Gordon*, if there is a material change that bears on the best interests of a child, the court is required to embark on a fresh inquiry. The *status quo* presumption was abandoned by the Supreme Court in *Young* and *Gordon*. Courts are never bound by temporary, interim or final arrangements that existed prior to trial or at a variation hearing (see also *Gebert v. Wilson*, 2015 SKCA 139, [2015] S.J. No. 652 (QL)).

[55] Before I leave this part of the decision, I consider it useful to draw the attention of the parents to the following excerpt of a decision written by Ryan J.A. In *Fletcher v. Keilty*, 2004 NBCA 34, 269 N.B.R. (2d) 302, he wrote, and I agree:

> Parenting […] is an equal sharing of more than mere physical growth, it is a maturing of equal responsibility to develop social and language skills, interests, respect for others and themselves, building confidences and most important, giving children regular and undivided attention. The move to equality here is also a recognition of equal dignity, a family-law concept in theory if not always in practice. The theory is perfect; the practice is faulty. [para. 30]

F. *The analysis under ss. 3, 7 and 9 of the Guidelines*

[56] The father maintains the judge erred by ordering him to pay the full Table amount of child support retroactive to December 1, 2018. The father submits the judge was required to determine the support payable under s. 9, as it read prior to its amendment, since he argues the children's access met the 40% threshold established under s. 9. The preambular language and para. (b) of s. 9 have since been amended to

refer to "parenting time." Under its previous version, s. 9 permitted a court to deviate from the basic s. 3 Table amount of child support, when it was determined a payor parent had a child in his or her care for more than 40% of the time. That version of s. 9 reads:

Shared custody	**Garde partagée**
9 Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account	**9** Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :
(a) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;	**a)** des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;
(b) the increased costs of shared custody arrangements; and	**b)** des coûts plus élevés associés à la garde partagée;
(c) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.	**c)** des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

[57] The father argued s. 9 of the *Guidelines* applied, but the reasons are silent on this issue. As part of the first step of the analysis, the judge was to determine whether the father had the children in his care for at least 40% of the time. If so found, the judge was then required to conduct a full s. 9 analysis. In *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217, Bastarache J. set out the step-by-step approach.

[58] The starting point is s. 9(a), which allows for a simple set-off of each parent's Table amount under s. 3 for the number of children. Then, a court must examine the respective budgets to evaluate the spending patterns of the parents, based on child expense budgets and not speculation. Under s. 9(b), the preoccupation of the court should be the potential for the duplication of child related costs or disproportionate spending by one parent. This requires each parent to provide evidence of the additional costs they

incur for the children. Under s. 9(c), the court considers the ability of each parent to provide a similar standard of living in each household. The analysis is more complex, and it is arguably more time consuming; however, this is what the Supreme Court instructed. See *G.F. v. J.A.C.F.*, 2016 NBCA 21, 449 N.B.R. (2d) 34, at para. 14; *J.C.M. v. M.J.M.*, 2018 NBCA 42, [2018] N.B.J. No. 158 (QL), at para. 43; *A.S.L. v. L.S.L.*, 2020 NBCA 15, [2020] N.B.J. No. 63 (QL). Before us, the parents agreed there was no record sufficient to determine if ss. 3 or 9 were applicable.

[59] The access schedule implemented by the parents in June 2018 granted the children access with their father five days out of every fourteen days; however, they had additional vacation access, and statutory holiday access. Whether this access schedule met the threshold of 40% was a live issue, therefore warranting an analysis under s. 9 of the *Guidelines*. As stated, the father sought such an analysis, but the judge failed to conduct it, without providing reasons. This was an error in law.

G. *Section 7 expenses*

[60] Section 7 of the *Guidelines* lists the types of expenses that are eligible for *pro rata* sharing. They include uninsured medical and dental expenses that exceed $100, the cost of health and dental insurance premiums for the children, certain extracurricular activities and child care expenses. These expenses are shared net of tax credits, subsidies and grants and third-party payments. In this case, the judge did not pro-rate the child care expenses, net of tax credits, nor did he fix the *pro rata* shares for the current year. His reasoning was that the parents agreed they would share the daycare expenses in equal shares. This arrangement was made verbally between them after the separation and was based on a reduced child support payment as a *quid pro quo*. It was not a binding agreement. The judge acknowledged the payment of $375 monthly was an "interim arrangement that would include funds that were somewhat like s. 7 *Special and Extraordinary Expenses*" (para. 53), and he observed that the mother accepted that amount on the basis the father would pay half the gross amount of the daycare expenses, half of any sports and or other expenses, and he would open savings accounts for the

children. In her Petition, the mother requested child support pursuant to s. 3 of the *Guidelines*, because the father was often late with his payments, and there was a problem with reimbursement for certain expenses. Some of the expenses would not have been eligible under s. 7, in any event. The judge made the order retroactive to December 1, 2018, and, as a result, there are child support arrears outstanding; however, it is not clear whether those calculations considered the above arrangements.

[61] We do not have sufficient information to do the calculations under ss. 3, 7 and 9 of the *Guidelines*. The parties agree that these issues should be sent back. I would refer this part of the decision for a hearing, and analysis; first, concerning whether, or not, the children's access time with their father met the 40% threshold; second, for the receipt of further evidence concerning the financial contributions of each parent to the monthly expenses of the children following the separation date, to include a determination of quantum, and eligibility for reimbursement. For the purposes of the s. 7 expenses, the analysis would include information concerning tax credits claimed, third party reimbursements for expenses and subsidies, along with proof of payment for the expenses that qualify for reimbursement. I would encourage the parents, however, to first attempt resolution using the services of a mediator, negotiator or other third party of their choice for this purpose.

VI. Finality

[62] To conclude, I adopt the words of Bastarache J. in *Van de Perre*, where he writes:

> […] The narrow power of appellate review does not allow an appellate court to delve into all custody cases in the name of the best interests of the child where there is no material error as decided in *Hickey*. The Court of Appeal is not in a position to determine what it considers to be the correct conclusions from the evidence. This is the role of the trial judge. […] [para. 12]
>
> [Emphasis in original.]

[63] He adds:

> […] finality is not merely a social interest; rather, it is particularly important for the parties and children involved in custodial disputes. […] [para. 13]

VII. Disposition

[64] I would allow the appeal in part. I would dismiss the appeal with respect to custody. I would vary the access order to add parenting clauses as set out in Schedule "A." I would allow the appeal under ss. 3, 7 and 9 of the *Guidelines*, and refer the retroactive child support analysis to the Court of Queen's Bench to be heard by a different judge of that court. Because there has been a mixed result in this case, I would not order costs.

SCHEDULE "A"
ANNEXE « A »

1. The parents shall consult with each other on all major decisions concerning the children. If the parents cannot agree, they shall utilize the services of a mediator in the first instance prior to returning to court.

2. The mother shall notify the father of all medical, dental, and education appointments and events concerning the children so that he can participate.

3. In the event the children are unable to attend school because of illness, school closures due to weather, or parent-teacher meetings, professional development days, and the mother is unable to care for them, the father shall be granted the opportunity to do so.

4. In addition to journal communication, the parents shall have the choice to consult with each other by telephone, text message or email.

1. Les parents se consulteront l'un l'autre sur toutes les décisions importantes concernant les enfants. Si les parents n'arrivent pas à s'entendre, ils auront d'abord recours aux services d'un médiateur avant de s'adresser à nouveau aux tribunaux.

2. La mère informera le père de toutes les activités des enfants et de tous les rendez-vous d'ordre médical, dentaire et éducatif les concernant afin qu'il puisse y participer.

3. Si les enfants ne peuvent aller à l'école en raison d'une maladie, de la fermeture de l'école en raison de conditions météorologiques, de réunions parents-professeurs ou de journées pédagogiques et que la mère n'est pas en mesure de s'occuper des enfants, elle offrira au père la possibilité de le faire.

4. En plus de la communication au moyen du journal, les parents sont libres de se consulter par téléphone, message texte ou courriel.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] Le présent appel porte sur les dispositions de l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.) (la *Loi*). En novembre 2018, la mère a présenté une requête en divorce dans laquelle elle sollicitait la garde conjointe des trois jeunes enfants à charge, ainsi que leur garde physique principale et le pouvoir de prendre les décisions définitives à leur égard. Dans sa requête, elle affirme avoir essayé de collaborer avec le père, mais indique que le coparentage était difficile en raison d'une communication inefficace. Elle sollicite en outre une ordonnance d'entretien d'enfants rétroactive au 1er février 2018. Le père a déposé une réponse et demande reconventionnelle dans laquelle il demande la garde conjointe et partagée, ainsi qu'une détermination du montant de la prestation alimentaire pour enfants à payer. Après avoir instruit l'affaire, le juge de première instance a conclu que, malgré tous les efforts déployés par la mère, le coparentage se révélait difficile parce que les parents n'arrivaient pas à communiquer efficacement. Il a ordonné la garde conjointe tout en faisant de la mère la pourvoyeuse principale de soins des enfants et a établi un calendrier d'accès et de visites pour le père.

[2] Le père interjette appel de l'ordonnance et fait valoir que le juge a commis de nombreuses erreurs de droit et de fait et erreurs mixtes de droit et de fait. Il soutient que le juge n'a pas effectué d'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant et n'a pas appliqué le principe du contact maximum énoncé au par. 16(10) de la *Loi* et que son analyse de la crédibilité était lacunaire, parce qu'il n'a pas tenu compte d'éléments de preuve cruciaux concernant le rôle parental joué par le père avant la séparation. En outre, le père affirme que, comme le calendrier d'accès provisoire lui accordait la garde des enfants pendant au moins 40 % du temps, le juge n'était pas autorisé à ordonner une prestation alimentaire en application de l'art. 3 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires*

pour enfants (DORS/97-175), mais était plutôt tenu d'effectuer une analyse en application de l'art. 9 des *Lignes directrices.* Le père soutient enfin que le juge a appliqué l'art. 7 de façon erronée.

II. Contexte

[3] Les parents se sont rencontrés en 2005 et se sont mariés en 2007. Ils se sont séparés le 14 janvier 2018. La décision prescrivant la remise d'un jugement a été rendue le 20 février 2020. Trois enfants sont issus du mariage : l'aîné est né en 2010 et des jumeaux sont nés en 2012. Les enfants étaient âgés de dix et de huit ans lorsque le jugement a été prononcé.

[4] La mère impute à sa belle-mère la majeure partie de la responsabilité pour les problèmes du couple, combinée à la fixation du père sur l'entretien constant de la maison et du terrain au détriment du temps qu'il aurait pu passer avec les enfants. La mère a demandé au père de quitter le foyer familial en janvier 2018, ce qu'il a fait. Il a témoigné avoir été pris au dépourvu et bouleversé par sa décision. Aussitôt après la séparation, comme il n'avait pas de résidence permanente, il est allé rester chez des amis jusqu'à ce qu'il obtienne un logement familial pour militaire permanent en avril. La mère était la pourvoyeuse principale de soins des enfants dans le foyer matrimonial dans les semaines qui ont suivi la séparation et le père a continué de les y visiter régulièrement. Un calendrier d'accès et de visite volontaire a été initié lorsque le père a obtenu son logement pour militaire en avril. Ce calendrier représentait ce que demandait le père à ce moment.

[5] La mère a témoigné que le père était persuadé du fait que, avant leur séparation, elle entretenait une liaison avec un collègue de travail, M. M. Ce dernier a témoigné que leur relation avait pris une tournure romantique après la séparation, mais son témoignage et celui de la mère diffèrent de plusieurs mois par rapport à la date du début de leur cohabitation.

[6] Le père affirme avoir toujours été un parent et un conjoint actif. Il dit que le calendrier d'accès involontaire lui a été imposé et que le juge a simplement maintenu le statu quo. Il fait valoir que la conclusion du juge selon laquelle la mère était la pourvoyeuse principale de soins des enfants avant la séparation n'est pas étayée par la preuve et que son témoignage sur l'inefficacité de leur communication était inventé et intéressé dans le but d'obtenir la faveur de la cour en matière de garde. Il demande que l'ordonnance de garde conjointe soit infirmée ou, à défaut, que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée.

III. Moyens d'appel

[7] Il y a dix-sept moyens d'appel. Je les examinerai dans leur contexte et non dans l'ordre dans lequel ils sont présentés dans l'avis d'appel, en raison du chevauchement existant entre certains d'entre eux. En résumé, voici ce que le père reproche au juge :

1) il a commis une erreur en ne tenant pas compte du principe du contact maximum;

2) il a commis une erreur en concluant qu'il existait des problèmes de communication insurmontables entre les parents, problèmes qui faisaient obstacle à la garde partagée, et en accordant trop de poids à une lettre que le père avait envoyée à la mère à la suite de la séparation dans laquelle il tentait de se réconcilier et promettait qu'il changerait ce qu'elle lui demandait de changer;

3) il a omis de considérer et d'apprécier des éléments de preuve cruciaux qui contredisaient le témoignage de la mère, a tiré des conclusions non étayées par la preuve et n'a pas tenu compte du témoignage contradictoire du père qui démontrait qu'ils étaient capables de prendre ensemble des décisions concernant leurs enfants;

4) il a tiré des conclusions sur la crédibilité qui n'étaient pas étayées par la preuve, a tiré des conclusions défavorables sur la crédibilité du père, mais pas de la mère, et a accordé trop de poids à la preuve par ouï-dire en l'interprétant d'une manière préjudiciable pour le père, mais favorable pour la mère;

5) il a accordé trop d'importance au statu quo;

6) il s'est appuyé sur de la jurisprudence qui ne s'applique pas;

7) il a confondu la communication requise sous un régime de garde conjointe avec celle requise sous un régime de garde partagée;

8) il a omis a) de rendre une ordonnance alimentaire conforme à l'art. 9 et b) de ventiler l'analyse qu'il a effectuée au regard de l'art. 7 des *Lignes directrices*, de sorte qu'il a ordonné à tort que les frais de garde soient calculés au pro rata sur le montant brut.

IV. Norme de contrôle

[8] La norme de contrôle applicable dans le cadre d'un appel portant sur la garde d'enfants a été énoncée par la juge Larlee dans *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2e) 100, au par. 8. La norme est généralement la déférence. Il en est ainsi parce que le juge des faits est dans la meilleure position pour évaluer la crédibilité et la qualité des témoignages. Les conclusions sur la crédibilité sont examinées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[9] Dans *Gillespie c. Gillespie*, 2018 NBCA 22, [2018] N.B.J. No. 77 (QL), la juge Larlee a conclu qu'une cour ne peut infirmer une conclusion de fait du juge du procès que si celle-ci résulte d'une erreur manifeste et dominante, et qu'elle ne peut

modifier une ordonnance discrétionnaire que si celle-ci est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve. Voir *D.L.M. c. J.A.M.*, 2008 NBCA 2, 326 R.N.-B. (2e) 111, aux par. 11 et 12; *R.S.L. c. S.I.L.*, 2013 NBCA 23, 402 R.N.-B. (2e) 199, au par. 7; *T.L. c. A.C.*, 2013 NBCA 24, 402 R.N-.B. (2e) 373, au par. 6; *M.L.B. c. W.R.P.*, 2019 NBCA 63, [2019] A.N.-B. no 211 (QL), aux par. 22 à 26; *D.G. c. M.G.*, 2019 NBCA 69, [2019] A.N.-B. no 281 (QL), aux par. 4 et 5.

V. Analyse

A. *Le principe du contact maximum*

[10] L'une des conditions de l'ordonnance enjoint aux parents d'échanger un journal dans lequel ils consignent les événements de la vie des enfants. S'ils en conviennent, ils partagent en outre un dossier commun contenant les courriers électroniques qui concernent l'éducation et les activités parascolaires des enfants, ainsi que des questions d'ordre médical et dentaire. Les parents ont pris des mesures pour déposer et prendre leurs enfants au service de garde de sorte qu'ils ne se rencontrent pas en personne. Voici le calendrier d'accès qui a été ordonné :

a) Semaine no 1 : Le père a la garde physique à partir du vendredi après l'école jusqu'au lundi matin, à moins que le lundi ou le vendredi soit un jour férié, auquel cas il a la garde des enfants ce jour férié;

b) Semaine no 2 : Le père a la garde des enfants à partir du mercredi après l'école jusqu'à ce qu'il les dépose au service de garde ou à l'école le vendredi matin;

c) Le jour de la fête des Mères et celui de la fête des Pères sont passés avec la mère et le père, respectivement;

d) Les congés de Noël et de Pâques et le congé de mars sont partagés de façon égale;

e) Au plus tard le 1er avril de chaque année, le père informe la mère de dix jours supplémentaires pendant lesquels il souhaite avoir la garde des enfants pendant les vacances d'été.

[11] Le paragraphe 16(10) de la *Loi*, dans sa version antérieure aux modifications qui sont entrées en vigueur le 1er mars 2021, prévoyait que, en rendant une ordonnance de garde, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter le contact.

[12] Dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. nº 112 (QL), la juge McLachlin (tel était alors son titre) a conclu que « [le législateur] a souligné l'importance qu'il accorde au contact avec chacun des parents et à la nécessité pour le juge de veiller à sa maximisation » (par. 204 avec renvoi à QL). Ce principe reflète le fait que, à la suite de l'échec du mariage, il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir le plus de contact possible avec ses deux parents, à la condition que ce soit dans son intérêt supérieur (voir *N.A.T. c. S.A.T.*, 2019 NBCA 87, [2019] A.N.-B. nº 368 (QL)). En outre, l'accès n'est pas un droit du parent, mais de l'enfant (*Young*, au par. 59, avec renvoi à QL). Voir aussi *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2e) 99. Voici ce qu'écrit à ce sujet la juge L'Heureux-Dubé, dissidente quant au résultat, dans l'arrêt *Young* :

> Les droits d'accès existent en reconnaissance du fait qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre et de développer la relation qu'il a établie avec l'un et l'autre de ses parents avant le divorce ou la séparation. Cela dit, le droit d'accès et les circonstances dans lesquelles il s'exerce doivent être envisagés du point de vue privilégié de l'enfant. Dès que la relation avec le parent qui n'a pas la garde entre en conflit avec le meilleur intérêt de l'enfant, la poursuite et la protection de cet intérêt doivent donc avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent. [par. 60, avec renvoi à QL]

[13] Les dossiers de garde d'enfants sont complexes. Dans l'arrêt *Young*, la juge L'Heureux-Dubé affirme que l'analyse doit tenir compte d'une « myriade » de facteurs et apprécier la situation dans son ensemble, puisque la dynamique familiale est différente d'une situation à l'autre. L'appréciation de l'intérêt de l'enfant ne s'intéresse pas uniquement à son bien-être physique et économique, mais aussi à son bien-être sur les plans émotif, psychologique, intellectuel et moral. Il n'existe pas deux affaires identiques; adopter une approche unique ne rend donc justice ni aux enfants, ni à la famille, ni à l'administration de la justice. Ces affaires exigent un examen prudent et rigoureux de la preuve, des besoins des enfants, de la question de savoir si l'une des parties tente de [TRADUCTION] « contredire » l'autre, ou de celle de déterminer si les hypothèses fondamentales au sujet du parentage et des relations et des rôles parentaux sont exactes ou si elles sont orientées vers un résultat intéressé. En tout temps dans le processus décisionnel, l'attention doit être dirigée vers l'enfant. Une décision statuant sur la garde d'enfants est centrée sur les intérêts de l'enfant et déterminée en fonction de ses ressources, de ses besoins et de sa situation générale. Comme l'écrit la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young*, les décisions en matière de garde et d'accès 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 (par. 32, avec renvoi à QL).

[14] Dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), les juges La Forest et L'Heureux-Dubé, auteurs de motifs concurrents, affirment que l'opportunité de favoriser un contact maximum entre l'enfant et ses deux parents est un facteur important, mais le tribunal doit en outre pondérer des facteurs comme les besoins physiques, affectifs, sociaux et économiques de l'enfant, à la lumière de la qualité de la relation que celui-ci entretient avec ses deux parents, de la capacité respective de ces derniers de veiller à son intérêt et, si l'enfant est suffisamment âgé et mûr, de son désir et de ses préférences (par. 120). Dans l'arrêt *M.A.(L.)B. c. T.J.L.*, 2021 NBCA 5, 2021 A.N.-B. n° 24 (QL), la juge LaVigne décrit l'examen de ce principe comme « impératif » (par. 56); mais, comme le dit la juge McLachlin dans l'arrêt *Gordon*, il n'est pas « absolu » (par. 24).

[15] Le père soutient que le juge était particulièrement concentré sur ses conclusions selon lesquelles les parents ne pouvaient pas [TRADUCTION| « collaborer », ou [TRADUCTION] « exercer ensemble leurs responsabilités parentales », et que la mère n'avait aucune idée de la façon dont le père [TRADUCTION] « exerçait ses responsabilités parentales » (par. 146). Le juge a conclu que le père [TRADUCTION] « n'a fourni aucune corroboration de son témoignage » et n'a donné aucun exemple de situations où les parents avaient travaillé ensemble dans l'intérêt supérieur des enfants (par. 147); il n'a toutefois fait aucune mention du principe du contact maximum, et il ne semble pas en avoir tenu compte. Il s'est concentré sur l'inefficacité de la communication entre les parents. Le père soutient qu'il s'agit là d'une erreur de droit. J'estime que ce n'est pas le cas. Je suis de cet avis parce que, lorsque l'on considère les motifs dans leur ensemble, il est évident que le juge a songé au besoin des enfants d'avoir des contacts soutenus et réguliers avec leur père. Le calendrier d'accès hebdomadaire comprend des périodes de vacances qui, comme nous le verrons, conjuguées à d'autres journées supplémentaires, permettent au père d'avoir des contacts réguliers et valables avec ses enfants. Bien que le juge ne l'ait pas spécifiquement mentionné dans ses motifs, le père dispose de visites hebdomadaires régulières avec ses enfants, pendant au moins cinq jours sur quatorze, plus la plupart des jours fériés et davantage de temps pendant les vacances. Il en résulte que le temps passé par les enfants aux soins de leur père est suffisant pour me convaincre que le principe du contact maximum a été pris en compte. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Les insurmontables problèmes de communication*

[16] L'article 16 de la *Loi* prescrit au tribunal qui rend une ordonnance de garde de ne tenir compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.

[17] La question de l'inefficacité de la communication entre les parents en l'espèce a revêtu pour le juge de première instance une grande importance. Comme l'observe la Cour suprême dans *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, le fait que les parents connaissent des enjeux sur le plan de la communication n'est qu'un facteur qui ne devrait pas éclipser les autres. Voici ce que dit le juge Bastarache : « Grâce à ce pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance peut procéder à une appréciation pondérée de l'intérêt de l'enfant et prendre en considération l'éventail des facteurs positifs et négatifs pouvant le toucher » (par. 13). Le juge avait l'obligation de tenir compte de l'intérêt des enfants en appréciant ces facteurs par rapport aux faits de l'affaire. Le juge renvoie à juste titre au par. 16(8) de la *Loi*. Il était au courant des facteurs puisqu'il a énuméré ceux énoncés à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, dans sa version modifiée. Voir *J.A.D. c. L.D.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2e) 200, où notre Cour, sous la plume de la juge Quigg, approuve le recours aux critères énoncés dans la définition du terme « intérêt supérieur de l'enfant » que l'on trouve à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille* dans les affaires de divorce (par. 13). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive. Voir aussi *Shaw c. Shaw* (1997), 189 R.N.-B. (2e) 84, [1997] A.N.-B. no 211 (QL).

[18] Après avoir indiqué les principes juridiques applicables, le juge a procédé à son analyse. Je conviens que le juge n'a pas expressément fait le lien entre les facteurs et la preuve, mais il ressort clairement de sa décision qu'il en était bien conscient, et l'analyse traduit ses préoccupations selon lesquelles ces enfants ne bénéficieraient pas d'arrangements de garde partagée, car les parents ne coopéraient pas pour assurer une transition harmonieuse entre les foyers. Le dossier révèle des difficultés persistantes concernant l'échange des vêtements et des effets personnels ainsi que certains problèmes concernant les communications avec l'école. Voir l'arrêt *A.G. c. M.M.*, 2018 NBCA 60, [2018] A.N.-B. no 274 (QL), où notre Cour affirme qu'une décision peut résister à l'examen en appel même si le juge n'a pas analysé chacun des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gordon* (par. 9).

[19] Voici les propos formulés par la juge L'Heureux-Dubé au sujet de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'arrêt *Young* :

> De plus, il est révélateur qu'aucun critère de substitution n'ait fait l'objet d'un large consensus. En dernière analyse, le critère de l'intérêt de l'enfant a été décrit comme [Traduction] « la solution la moins préjudiciable à la croissance et au développement de l'enfant », et la plupart des lignes directrices ou des présomptions suggérées visent en fait à l'étoffer dans le sens de la préservation du bien-être de l'enfant. (Voir Goldstein, Freud et Solnit, *op. cit*, à la p. 53. Voir également Mnookin, *loc. cit.*)
>
> [par. 77, avec renvoi à QL]

[20] Elle va encore plus loin et ajoute que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant ne comprend pas simplement le droit d'être à l'abri de tout préjudice manifeste; il reconnaît qu'un enfant a le droit de bénéficier des meilleures dispositions possibles compte tenu de la situation des parties. Déterminer dans une affaire donnée ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne se fait pas au moyen d'une analyse consistant à cocher des cases et à calculer ensuite le nombre de points. Il s'agit d'une évaluation [TRADUCTION] « ouverte » qui exige d'évaluer et de soupeser des facteurs (voir *L.A.A. c. W.J.V.*, 2020 NBCA 1, [2020] A.N.-B. n° 9 (QL), aux par. 14 et 15). Dans l'arrêt *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2e) 147, la juge Quigg affirme qu'il y a 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, un juge d'appel n'est pas tenu à la déférence lorsqu'il s'agit de réviser une décision sur une question de droit (par. 10).

[21] La disposition d'un parent à communiquer et à coopérer avec l'autre sur des questions touchant l'accès est un facteur qui doit être considéré, mais qui n'est pas déterminant. La capacité de communiquer efficacement n'est qu'un des éléments à considérer lorsque l'on élabore une ordonnance de garde. [TRADUCTION] « Les enjeux de communication et le manque de coopération que peut vivre un couple pris dans le tourbillon d'un divorce ne devraient pas être examinés en regard d'une norme impossible qui n'existe même pas dans la plus fonctionnelle des familles » (voir *A.J.U. c. G.S.U.*,

2015 ABQB 6, [2015] A.J. No. 70 (QL), au par. 76). Dans l'arrêt *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration),* 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, la juge Abella s'exprime en ces termes : « L'application du principe de l'"intérêt supérieur de l'enfant […] dépen[d] fortement du contexte" en raison de "la multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l'intérêt de l'enfant" » (par. 35). Il doit donc être appliqué de façon à tenir compte de l'âge, des capacités, des besoins et du degré de maturité de chaque enfant (voir *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, au par. 89). Le degré de développement de l'enfant déterminera l'application précise qui doit être faite dans le contexte d'une affaire donnée.

[22] Le juge a relevé des problèmes interpersonnels entre les parents qui persistaient et qui ont joué contre l'établissement d'un calendrier d'accès aux termes duquel les enfants iraient d'une résidence à l'autre sur une base hebdomadaire (voir *A.G.*, au par. 6). Il a conçu une ordonnance qui, selon lui, représentait les dispositions les moins préjudiciables pour les enfants. C'est ce à quoi il était tenu. L'ordonnance s'intéressait aux enfants et non aux parents.

[23] Après la séparation, le père a écrit une lettre à la mère dans laquelle il reconnaît avoir consacré trop de temps à l'entretien de la maison et du terrain et n'avoir pas tenu compte de la situation avec la belle-mère. L'admissibilité de la lettre a été contestée sans succès. À un endroit dans ses motifs, le juge renvoie à la lettre, mais il précise qu'il ne s'appuiera pas sur celle-ci. Plus loin dans sa décision, il y renvoie à nouveau et l'utilise pour corroborer la prétention de la mère selon laquelle elle était la pourvoyeuse principale de soins des enfants. Le père fait valoir qu'il ne s'agit que d'un exemple parmi tant d'autres d'incohérences dans les motifs qui sont si manifestes et dominantes qu'elles remettent en cause la façon dont le juge est parvenu à sa conclusion. Même si je conviens que les motifs présentent certaines contradictions, je n'estime pas que celles-ci revêtent l'importance évoquée par le père. Le juge mentionne la lettre incidemment et, de mon point de vue, l'utilise dans son récit des faits, mais la lettre ne joue pas de rôle déterminant dans l'issue du litige.

[24] Pour les motifs énoncés, je ne vois aucune erreur justifiant l'intervention de notre cour et je suis donc d'avis de rejeter le présent moyen.

C. *Le juge a omis de tenir compte et d'apprécier des éléments de preuve cruciaux*

[25] Le père fait valoir que le juge a commis une erreur en ne tenant pas compte d'éléments de preuve non contredits selon lesquels la mère et lui avaient par le passé partagé les rôles et responsabilités parentales ainsi que les tâches ménagères, ce qui remet en question la façon dont le juge a apprécié la preuve. Voici ce dont a témoigné le père :

a) ils s'occupaient tous deux de la routine du soir, qui comprenait le bain et la lecture des histoires au coucher;
b) il était le pourvoyeur principal de soins des enfants les soirs où la mère devait travailler et prenait soin d'eux lorsqu'ils étaient malades si son horaire le lui permettait;
c) il aidait à la préparation des repas;
d) la mère a convenu qu'ils étaient tous deux parents à temps plein;
e) ils ont vendu la maison sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire;
f) ils ont réussi à s'entendre sur des arrangements provisoires relatifs à la garde, à l'accès et à la prestation alimentaire sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire;
g) ils ne se disputent pas devant les enfants;
h) la mère a accès aux enfants par téléphone tous les jours lorsque leur père en a la garde;
i) il a toujours fourni à la mère une adresse et un numéro de téléphone pour le joindre et a témoigné n'avoir aucun problème de communication avec elle;
j) les enfants sont autorisés à appeler leur père en tout temps.

[26] Voici les faits que le juge a retenus en faveur du père :

a) le père donnait le bain aux enfants le soir;

b) la mère devait être au travail à 7 h 15 le matin et c'est le père qui préparait le petit-déjeuner des enfants, qui les préparait pour le service de garde et les y conduisait;

c) les parents partageaient et se divisaient les responsabilités liées aux activités parascolaires, puisque l'aîné et les jumeaux ne participaient pas aux mêmes activités;

d) le père restait à la maison avec les enfants lorsqu'ils étaient malades;

e) les trois enfants aiment leurs parents et souhaitent passer du temps avec leur père;

f) la belle-mère était la principale source de conflits;

g) le dévouement du père envers la maison et le terrain ont nécessité du temps qu'il n'a pas pu consacrer aux enfants.

[27] Or, le juge a également conclu ce qui suit :

a) la mère refuse de parler au père et prévoit des activités parascolaires pour les enfants sans le consulter;

b) les parents ne collaborent pas;

c) la mère n'a aucune [TRADUCTION] « perception » de la relation du père avec les enfants;

d) le père n'a établi aucun [TRADUCTION] « fondement » pour sa demande de garde partagée;

e) la mère souhaite que les enfants continuent à fréquenter le service de garde pendant les vacances estivales;

f) au cours des semaines qui ont suivi la séparation, le père a fait allusion, devant les enfants, à des questions qui auraient dû demeurer privées;

g) les parents ne communiquent que par courriel;

h) la mère n'acceptait pas que le calendrier d'accès provisoire soit modifié de façon permanente;

i) la mère ne souhaite pas que le calendrier actuel, accordant au père cinq jours sur quatorze aux deux semaines, soit modifié;

j) l'incapacité des parents à collaborer pour exercer leurs responsabilités parentales excluait la possibilité d'ordonner la garde partagée à ce moment.

[28] J'estime que ces conclusions révèlent que le juge a examiné la preuve de façon approfondie. Dans l'arrêt *Van de Perre*, le juge Bastarache affirme que, lorsque le juge de première instance élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, il est censé prendre en considération chacun des facteurs composant le critère de l'intérêt de l'enfant à la lumière de la preuve soumise; cependant, cela ne signifie pas qu'il est tenu d'analyser chaque élément de preuve en détail. C'est pour cette raison, fait-il remarquer, que les juges de première instance peuvent parfois sembler privilégier un facteur parmi d'autres, mais cela est inévitable dans les affaires de garde qui « dépendent fortement des circonstances factuelles particulières » (par. 10). Le juge Bastarache renvoie ensuite à l'arrêt *Gordon*, dans lequel la juge McLachlin conclut que le fait, pour un juge de première instance, de ne mentionner qu'un seul facteur dans son analyse sur la garde, et de rester muet au sujet des autres facteurs pertinents, constitue une erreur. Voici ce qu'en dit le juge Bastarache :

> Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey* [*c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. nº 9 (QL)], la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, 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. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve. [par. 15]

[29] Dans *Calvy c. Calvy*, 2012 NBCA 47, 389 R.N.-B. (2e) 329, la juge Quigg s'appuie sur le raisonnement exprimé par la Cour suprême dans *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, et appliqué par notre Cour dans *P.R.H.* et *N.E.R.*, pour affirmer que les parties ont le droit de savoir comment et pourquoi le juge en est arrivé à sa décision; toutefois, le tribunal d'appel n'est pas habilité à intervenir simplement parce qu'il estime que le juge de première instance s'est mal exprimé. Il suffit pour le juge de répondre aux questions en litige, et le fondement de la décision doit être clair. Cette démarche a également été adoptée dans *T.L.M. c. Ministère du Développement social (auparavant la ministre des Services familiaux et communautaires)*, 2009 NBCA 8, 341. R.N.-B. (2e) 33, au par. 113.

[30] Considérant les orientations de la Cour suprême dans le contexte de la preuve en l'espèce, même si je conviens que le juge n'a pas mentionné chacun des facteurs ni énuméré l'ensemble de la preuve, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance a oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée (*Van de Perre*, au par. 15). Examinée dans son contexte, la décision du juge permet de comprendre comment celui-ci en est arrivé à sa conclusion en l'espèce, et je suis d'avis que ses omissions ne franchissent pas le seuil de l'erreur manifeste qui affecte le résultat. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

D. *Le juge a tiré des conclusions sur la crédibilité qui n'étaient pas étayées par la preuve et étaient déséquilibrées et il a accordé une importance indue à des éléments de preuve par ouï-dire*

[31] Les conclusions sur la crédibilité relèvent du juge des faits et, comme nous l'avons souligné, les tribunaux d'appel font généralement preuve de retenue à leur égard

(voir *Mills c. Mills*, 2010 NBCA 20, 356 R.N.-B. (2e) 351, au par. 11; *LeBlanc c. Fundy Drywall Ltd. et Allain*, 2014 NBCA 2, 414 R.N.-B. (2e) 339, au par. 24; *V.C. et J.C. c. La ministre du Développement social et autre*, 2015 NBCA 28, 435 R.N.-B. (2e) 205, au par. 20). Ce principe reconnaît que le juge de première instance jouit d'une position privilégiée pour observer les témoins et apprécier la fiabilité de leur témoignage. Comme le rappelle la Cour suprême dans *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, une décision fondée sur des inférences factuelles erronées ne résistera pas à un examen en appel. Voir aussi *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2e) 1, au par. 76. La révision en appel des conclusions portant sur la crédibilité est restreinte. En l'absence d'erreur dominante et manifeste, la déférence est de mise (voir *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux par. 70 à 73; *J.N.C. c. R.*, 2013 NBCA 59, 409 R.N.-B. (2e) 310, au par. 14). Comme l'affirment les juges Bastarache et Abella dans *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est parfois difficile pour le juge de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins et de concilier les différentes versions des faits (par. 20). Dans l'arrêt *Nowlan-Ward c. R.*, 2020 NBCA 41, [2020] A.N.-B. nº 133 (QL), notre Cour rappelle que le rôle d'un tribunal d'appel n'est pas de tirer de nouvelles conclusions en matière de crédibilité (par. 3).

[32] Cependant, il est erroné, en droit, pour le juge de première instance d'appliquer au témoignage d'une partie un degré d'examen plus strict que celui qu'il applique au témoignage de l'autre partie (voir *Bright c. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] A.N.-B. nº 314 (QL), au par. 53). De façon générale, il convient de faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve qui est faite par le juge de première instance dans les affaires de garde. « Cela vient du fait que le juge de première instance est le mieux placé pour évaluer la crédibilité et la qualité de la preuve » (voir *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] A.N.-B. nº 203 (QL), au par. 23).

[33] En l'espèce, c'est ainsi que le juge a commencé son analyse sur la crédibilité : [TRADUCTION] « Les préoccupations exprimées par M. [J] au sujet du

témoignage de son épouse sont axées davantage sur la logique de ses arguments et sa réticence à faire une affirmation qui appuierait sa position à lui que sur sa crédibilité à elle en tant que témoin ou l'exactitude de ses propos. L'examen de la crédibilité devrait s'intéresser à la véracité et à l'exactitude des faits présentés » (par. 125). Le juge termine ensuite cette partie de sa décision en concluant que la mère n'est pas crédible en ce qui a trait à la date à laquelle M. M a emménagé dans sa maison, mais il estime que ce seul fait ne jette pas nécessairement le discrédit sur le reste de son témoignage. Je ne relève aucune erreur dans cette conclusion.

[34] Le juge s'est penché sur un incident survenu à la maison du père au cours duquel le père a laissé l'aîné seul à la maison pendant une dizaine de minutes alors qu'il emmenait les jumeaux dans un parc situé à proximité. Le père a dit avoir demandé à un voisin de surveiller l'aîné. Le juge a décrit l'explication du père comme non digne de foi. Le juge a mentionné d'autres affirmations du père qu'il avait aussi estimé invraisemblables : a) les enfants demandaient à passer plus de temps avec lui; b) l'aîné s'est sauvé de sa mère le premier jour où il a eu accès aux enfants; c) il partageait les responsabilités parentales de façon égale avec la mère autant avant la séparation qu'à la suite de celle-ci. Le juge n'a pas cru cette portion du témoignage du père. Il n'a pas tenu compte du témoignage de M. M concernant les problèmes qui auraient eu lieu lors de la première visite de fin de semaine après la séparation. Le père fait valoir que le juge a également passé outre aux éléments de preuve démontrant qu'il était poli et que ses messages textes étaient respectueux.

[35] Le caractère raisonnable d'un témoignage s'apprécie selon le contexte; l'existence de contradictions ou d'incohérences internes ou externes, la question de savoir si la moralité du témoin a été contestée, la personnalité et le comportement du témoin, une corroboration de son témoignage, ses intérêts personnels, ainsi que sa mémoire et sa capacité d'observation et d'expression sont des éléments dont il convient de tenir compte, parmi tant d'autres (voir *Passarello c. Passarello*, [1998] O.J. No. 2792 (QL); *G.D. c. M.D.*, 2005 NBBR 253, [2005] A.N.-B. n° 314 (QL)). En résumé, si les motifs démontrent que le juge a omis de tenir compte d'éléments de preuve importants qui se

contredisent, s'ils sont insuffisants en ce sens qu'ils n'indiquent pas comment ni sur quel fondement le juge a retenu la preuve d'une partie, s'ils justifient insuffisamment la décision, ou s'ils sont fondés sur des conjectures et des hypothèses, l'intervention du tribunal d'appel sera justifiée. Le simple renvoi à la jurisprudence n'est pas suffisant. Le juge est tenu de procéder à une analyse dans le contexte de la preuve de manière à informer les parties du fondement de sa conclusion portant qu'une partie est plus crédible que l'autre. En l'espèce, le juge a accepté le témoignage de la mère. Bien que je convienne qu'il n'a pas exposé les éléments de preuve contradictoires qui ont été produits par le père, cela relève de son pouvoir discrétionnaire. Le juge aurait pu mentionner les éléments de preuve qui contredisaient les prétentions de la mère; j'estime toutefois que son omission de le faire n'a pas eu d'incidence sur le résultat puisque, au vu de l'ensemble de la preuve, il s'inquiétait davantage des répercussions que pourrait avoir la relation parentale sur l'intérêt supérieur des enfants dans son ensemble. Les chicanes qu'ont vécues les parents par rapport à leurs stratégies parentales ont été éclipsées par les préoccupations du juge concernant les répercussions négatives que leurs problèmes de communication auraient sur les enfants s'il rendait une ordonnance de garde partagée.

[36] Sur la question du ouï-dire, le père fait valoir que le juge a accepté, sans procéder à une analyse en bonne et due forme de l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires des enfants, le témoignage de la mère concernant les propos des enfants, mais qu'il a rejeté le témoignage du père selon lequel l'aîné souhaitait passer plus de temps avec lui. Dans l'arrêt *R.B. c. I.B.*, 2005 NBCA 38, 282 R.N.-B. (2e) 358, le juge Ryan affirme ce qui suit :

> Il ne faut pas s'incliner religieusement devant les ouï-dire. Il est possible que certains juges, dans les affaires de droit de la famille, permettent aux avocats de s'aventurer dangereusement sur les sables mouvants du ouï-dire, mais il n'est jamais prudent de s'appuyer sans réserve sur de tels renseignements plutôt que sur des preuves contraires crédibles.
>
> La Cour suprême du Canada, dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, a conclu que les tribunaux

> doivent s'appuyer sur des principes en matière de ouï-dire.
> […]
>
> [par. 11 et 12]

[37] De façon générale, l'exception traditionnelle à l'exclusion de la preuve par ouï-dire relative à [TRADUCTION] « l'état d'esprit » permet d'admettre une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant à un parent quant à la garde ou à l'accès. Voir *Samuel c. Chrysler Credit Canada Ltd.*, 2007 BCCA 431, [2007] B.C.J. No. 1922; *Children's Aid Society of Ottawa c. S.E.*, [2005] O.J. No. 2087 (QL).

[38] Le professeur Rollie Thompson, dans une mise à jour sur le ouï-dire chez les enfants, publiée dans l'ouvrage intitulé *Evidence in Family Law*, chapitre 9, H. Niman, éd. (Toronto : Thompson Reuters, 2020), vol. 1, à 9:40.60.20, affirme que, lorsqu'une partie cherche à faire admettre une preuve par ouï-dire, l'exception relative à [TRADUCTION] « l'état d'esprit » permet au tribunal de tenir compte des vues et préférences exprimées par des enfants dans les litiges portant sur leur garde. Selon lui, nul besoin pour le tribunal de recourir à [TRADUCTION] « l'analyse complexe relative au ouï-dire qui a été consacrée dans l'arrêt *Khan* pour admettre les déclarations d'un enfant concernant ses souhaits et préférences », puisque l'exception relative à [TRADUCTION] « "l'état d'esprit" le lui permet », pourvu que les conditions d'application de cette exception soient réunies.

[39] Je suis d'avis qu'en l'espèce, la preuve par ouï-dire des conversations qui ont eu lieu entre les enfants et leur mère ou leur père est admissible au regard à la fois de l'exception relative à [TRADUCTION] « l'état d'esprit » et de l'analyse fondée sur des principes. Le fait que le juge ait mentionné ces conversations est toutefois sans conséquence, car malgré ces brèves mentions, son attention était portée ailleurs. Le poids qui peut être accordé aux vues d'un enfant dépend de nombreux facteurs, dont les plus importants sont l'âge et le niveau de maturité de l'enfant, ainsi que l'objet de la conversation (voir J.D. Payne et M.A. Payne, *Canadian Family Law*, 7e éd. (Toronto : Irwin Law, 2017), aux pages 618 à 625). Je suis d'avis de rejeter ces moyens d'appel.

E. *L'analyse de la garde conjointe et partagée, le statu quo et le recours à de la jurisprudence inapplicable*

[40] En l'espèce, le père cherchait à obtenir la garde conjointe et partagée, à raison d'une semaine sur deux. Le père soutient que le juge a commis une erreur en tirant des conclusions fondées sur la spéculation et ne reposant pas sur la preuve et en appliquant des décisions portant sur des ordonnances de garde et d'accès sans s'appuyer sur les faits de l'espèce. Le juge a dit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> L'avantage d'une garde partagée est que, autant que possible, les enfants peuvent passer d'une maison à l'autre sans ressentir de changement ou de différence. Ils savent que les règles seront les mêmes d'une maison à l'autre et qu'ils auront des tâches et responsabilités semblables dans chaque maison. Ils comprennent que leurs parents font du coparentage – ils exercent ensemble leurs responsabilités parentales de façon à garantir qu'ils ont deux parents qui les élèvent ensemble.
>
> […]
>
> M. [J] a dit à la Cour qu'il estime que Mme [J] est une bonne mère et il affirme être disposé à communiquer avec elle, mais qu'elle n'est pas disposée à communiquer avec lui. Il a bon espoir que les parents trouveront une façon de collaborer si la Cour ordonne la garde partagée. Dans ce contexte, il croit que la garde partagée devrait être possible. Il n'a offert aucune corroboration de son témoignage et n'a donné aucun exemple de situations où les parents avaient collaboré dans l'intérêt supérieur des enfants. Il n'a pas établi le fondement nécessaire pour maintenir l'entente de garde partagée qu'il demande. Pour procéder comme il le demande, la Cour devrait reporter la décision préliminaire – ce qui, de toute évidence, n'est pas dans l'intérêt supérieur des garçons au sens de ce terme défini dans la *Loi sur les services à la famille*.
>
> [par. 145 et 147]

[41] Dans ses motifs, le juge conclut que, [TRADUCTION] « en raison de l'incapacité de ce couple à collaborer pour exercer leurs rôles de parents à l'égard de

leurs enfants, la garde partagée ne convient pas en ce moment. Rien ne permet de présumer que, si la garde partagée est accordée, les parties commenceront soudainement à communiquer dans l'intérêt supérieur de leurs enfants » (par. 148). Le juge, à juste titre selon moi, observe qu'il existe une multiplicité de facteurs dont doit tenir compte le tribunal en rendant une ordonnance de garde conjointe prévoyant un accès égal. Le juge, axé particulièrement sur la [TRADUCTION] « situation des parents », décrit ces facteurs comme des facteurs préliminaires. Ils comprennent a) la collaboration entre les parents; b) la situation générale des parents quant au logement; c) d'autres [TRADUCTION] « éléments » susceptibles de rendre la garde partagée difficile ou impossible; d) les situations où les parents n'habitent pas dans la même ville ou dans la même municipalité; e) l'existence de problèmes de logement; f) l'existence de contraintes liées à l'emploi, comme la nécessité de conduire un camion sur une longue distance; g) l'existence de contraintes physiques ou mentales; h) la [TRADUCTION] « situation des parties l'une envers l'autre ». C'est la dernière de ces [TRADUCTION] « difficultés pratiques » qui a convaincu le juge qu'une ordonnance de garde conjointe prévoyant un accès égal ne convenait pas en l'espèce.

[42] Le juge a fait mention de décisions dans lesquelles des ordonnances de garde partagée avaient été jugées inappropriées dans des situations très conflictuelles; or, comme il a été souligné, il n'a pas conclu que la situation en l'espèce était une situation très conflictuelle. Il a examiné la décision *E.K.I. c. M.G.S.*, 2013 NBBR 274, 407 R.N.-B. (2e) 392, dans laquelle le juge Walsh était saisi d'une demande d'ordonnance de garde exclusive provisoire. J'estime que cette décision se distingue de la présente affaire pour diverses raisons. D'abord, *E.K.I.* était une affaire de déménagement. Ensuite, les facteurs qui caractérisent les ordonnances de garde et d'accès provisoires sont fort différents de ceux qui motivent les ordonnances rendues à l'issue d'une audition finale (voir *Legault c. Rattray*, [2003] A.N.-B. nº 442 (QL) (C.A.)).

[43] Dans *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] A.N.-B. nº 203 (QL), notre Cour a affirmé que « [l]es ordonnances de garde conjointe permettent aux parents de participer sur un pied d'égalité aux principales décisions concernant leurs enfants »

(par. 50). Cependant, dans les cas où les parents sont incapables de communiquer efficacement, il faut prendre des mesures pour faire en sorte que les enfants soient isolés du conflit parental. Pour ce faire, les parents doivent pouvoir non seulement communiquer de façon efficace, mais aussi coopérer dans le cadre de la prise de décision. Voir aussi *J.H. c. T.H.*, 2017 NBCA 7, [2017] A.N.-B. n° 16 (QL), aux par. 20 et 33; *L.S. c. M.S.*, 2019 NBCA 64, [2019] A.N.-B. n° 235 (QL); *D.G. c. M.G.*, 2019 NBCA 69, [2019] A.N.-B. n° 281 (QL).

[44] Pour appuyer sa conclusion selon laquelle une ordonnance de garde partagée était inappropriée, le juge fait référence au témoignage de la mère concernant l'interdiction faite aux enfants de prendre avec eux leurs biens personnels qui sont chez leur père (ce que le père a nié), un problème avec des bottes de pluie qui n'avaient pas été fournies à l'un des garçons pour une excursion scolaire, et un incident concernant une lettre de l'école qui était restée dans le sac d'école d'un enfant, ce qui a eu comme résultat que la mère a manqué une activité à l'école. Compte tenu de l'âge des enfants, il s'agit de préoccupations légitimes. Les enfants doivent pouvoir passer d'un foyer à l'autre sans effort. Dans des arrangements de garde où les enfants partagent leur temps de façon égale entre deux foyers, il est impératif que les parents parviennent à communiquer efficacement au quotidien, de façon à garantir que les besoins des enfants, sur les plans scolaire, parascolaire et social, sont comblés. Le juge a qualifié la relation conjugale en l'espèce de [TRADUCTION] « toxique ». Sans doute, après la séparation, les parents ne s'entendaient pas; la preuve concernant les grands conflits se limite toutefois à une dispute verbale dans le garage du foyer matrimonial, après la séparation, alors que les parents procédaient au partage du contenu de la maison. Voici le témoignage de la mère sur la question des conflits :

> [TRADUCTION]
>
> Q : Maintenant, vous ne qualifieriez pas votre relation avec M. [J] de très conflictuelle, n'est-ce pas?
>
> R : Dans le sens de se chicaner, ou?

> Q : Vous ne qualifieriez pas cette relation comme une relation caractérisée par de nombreux conflits.
>
> R : Bien, il y a des conflits parce qu'il dit aux enfants de ne pas me dire certaines choses, de garder des secrets à leur mère.
>
> Q : Ce sont les enfants qui vous ont dit cela, n'est-ce pas?
>
> R : En effet.
>
> Q. Et il s'agit du pire conflit que vous pourriez décrire entre vous deux? Ce que vous disent les enfants?
>
> R : À l'heure actuelle, oui.

[45] Plus important encore, selon moi, le juge a conclu que la mère était la pourvoyeuse principale de soins des enfants avant la séparation, parce que c'était elle qui avait, par le passé, toujours fixé les rendez-vous des enfants chez le dentiste et le médecin, qui avait trouvé les services de garde et pris les dispositions, et qui était responsable d'inscrire les enfants aux activités parascolaires.

[46] La présente affaire a été entendue et tranchée avant la promulgation des modifications à la *Loi* qui sont entrées en vigueur le 1er mars 2021, lesquelles ont complètement remanié l'art. 16. Avant les modifications, la *Loi* n'offrait aucune orientation quant aux critères devant être appliqués dans le cadre de l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant. En application de l'al. 16(3)i), le tribunal doit désormais tenir compte de la capacité et de la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de communiquer et de collaborer entre elles à l'égard de questions concernant l'enfant. Si l'existence de violence familiale a été établie, sept facteurs supplémentaires doivent être examinés. La notion de conduite antérieure a été élargie pour inclure la conduite liée à l'exercice du temps parental, de responsabilités décisionnelles ou de contact avec l'enfant en vertu d'une ordonnance de contact. Les ordonnances de garde et d'accès ont été remplacées par des ordonnances parentales. Celles-ci prévoient le temps parental, les responsabilités décisionnelles, la durée de validité de l'ordonnance et les autres conditions jugées nécessaires, s'il en est.

[47] Les modifications visent à reconnaître que le lien familial que tisse un enfant avec ses parents devrait être préservé à la suite d'un jugement de divorce, si cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le remplacement des termes « garde » et « accès », à forte charge émotive, par les termes « ordonnances parentales » et « responsabilités décisionnelles » traduit la reconnaissance que le terme « garde » comporte une connotation outrageante de droits de propriété. Les parents sont à présent tenus de chercher à résoudre leurs préoccupations et leurs conflits en ayant recours à des services de médiation et de négociation et à des mesures de droit collaboratif avant de se lancer dans le processus judiciaire accusatoire. Le 1er mars 2021, la province du Nouveau-Brunswick a promulgué de nouvelles dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, ch. 23, qui reproduisent les dispositions de la *Loi*. En passant, sous le régime des lois qui étaient en vigueur lorsque la présente affaire a été entendue, une présomption s'appliquait au Nouveau-Brunswick, par application de l'art. 129 de la *Loi sur les services à la famille,* selon laquelle la garde des enfants revenait conjointement à leurs parents, sauf convention contraire d'un accord de séparation ou ordonnance contraire de la cour.

[48] En élaborant l'ordonnance de garde en l'espèce, le juge a tiré les conclusions suivantes : [TRADUCTION] « Les parents doivent communiquer activement afin de s'assurer que les questions sérieuses sont bien examinées avant de prendre une décision » (par. 150). Il a comparé les décisions qui sont prises au quotidien par un parent gardien à des [TRADUCTION] « décisions qui pourraient exiger réflexion et discussion », y compris le choix de l'école que fréquentera un enfant, son inscription dans un programme d'immersion en anglais ou en français ou à des activités spéciales comme des camps d'été, et le recours à une aide spéciale à l'école et à des traitements d'orthodontie (par. 155). Il va sans dire que toutes les décisions importantes qui ont une incidence sur la vie d'un enfant devraient être prises d'un commun accord par les parents, à moins que cela ne soit rendu impossible en raison d'un conflit extrême entre les parents ou de la présence d'autres circonstances exceptionnelles, comme la violence familiale, des problèmes de dépendance, un comportement hostile et violent, l'incapacité à exercer

son rôle parental ou un comportement dangereux à l'égard des enfants, pour ne citer que quelques exemples. On ne retrouve pas ces circonstances en l'espèce.

[49] Dans *L.R.R. c. E.M.*, 2018 NBCA 2, [2018] A.N.-B. n° 2 (QL), la juge Larlee conclut que les tribunaux ordonnent la garde conjointe, même dans les cas de conflit important, lorsqu'ils sont convaincus que cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant; toutefois, la garde conjointe sera inappropriée si la communication entre les parents est préjudiciable au bien-être de l'enfant (par. 11). Voir, à titre d'exemples, *R.W. c. H.W.* (1995), 158 R.N.-B. (2e) 321, [1995] A.N.-B. n° 112 (QL); *Giri c. Wentges*, 2009 ONCA 606, [2009] O.J. No. 5173 (QL); *K.C.W.V. c. K.L.P.*, 2010 NBCA 70, 363 R.N.-B. (2e) 351. Rien n'indique que le bien-être des enfants était menacé en l'espèce. Le juge observe à juste titre qu'une ordonnance de garde conjointe conférant à un seul parent le pouvoir de prendre les décisions définitives consiste, tout compte fait, en un régime de garde exclusive déguisé (par. 154). Bien que le juge en l'espèce n'ait pas conféré à la mère le pouvoir de prendre les décisions définitives, il a affirmé que si les parents n'arrivaient pas à s'entendre, ils devraient recourir aux services d'un médiateur.

[50] Pour le dire clairement, le juge n'a pas imposé à la mère l'obligation de tenir le père au courant des rendez-vous qu'elle prenait pour les enfants. Il ne lui a pas ordonné de consulter le père à l'égard de l'ensemble des décisions importantes touchant les enfants. Il aborde la question du pouvoir de prendre des décisions dans ses motifs, mais n'étoffe pas son raisonnement dans le jugement consécutif à l'audience ou au procès (formule 60A). Dans son témoignage, la mère a indiqué, et le juge a conclu, que si le père se voyait accorder un rôle dans la prise des décisions importantes, un processus devrait être établi à l'avance (par. 153 et 154). J'estime qu'en l'espèce, les responsabilités parentales précises de chaque parent auraient dû être exposées dans l'ordonnance, de sorte qu'il ressorte clairement que le père a le droit d'être consulté au sujet de l'ensemble des décisions importantes concernant les enfants et de participer activement à la prise de ces décisions. Ces décisions comprennent celles sur les soins médicaux et dentaires, l'éducation, les camps de vacances, les programmes éducatifs, ainsi que la participation à des activités religieuses et à des activités parascolaires. Il n'est pas inhabituel que les

tribunaux règlent ces questions dans le cadre d'une ordonnance de garde conjointe, dans le but de garantir que les deux parents continuent de jouer un rôle actif (*Muise c. Fox*, 2013 NSSC 349, [2013] N.S.J. No. 571 (QL)). Je souligne que ces enfants sont à un âge où, dans un avenir assez rapproché, leurs vues et préférences deviendront de plus en plus pertinentes et importantes.

[51] Le père a témoigné que les enfants ont indiqué qu'ils souhaitent passer plus de temps avec lui. Compte tenu de leur âge actuel, je ne modifierais pas le calendrier d'accès bihebdomadaire existant durant l'année scolaire, car, comme je l'ai mentionné, il accorde aux enfants des visites cinq jours sur quatorze avec leur père; je recours toutefois à la règle 62.21(1) pour modifier l'ordonnance afin d'y intégrer les dispositions sur les responsabilités parentales précises qui sont énoncées à l'annexe A de la présente décision.

[52] Dans l'arrêt *Young*, la juge McLachlin explique que le critère déterminant pour établir les limites de l'accès est l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, le père dispose de plus de vacances d'été que la mère, et lorsque les enfants ne sont pas avec lui, ils sont au service de garde. De façon générale, lorsque les tribunaux examinent l'accès pendant la période estivale, selon l'âge des enfants, les modalités d'accès et de visite sont suspendues, et des dispositions particulières sont élaborées pour permettre tant aux enfants qu'aux parents de profiter des vacances, libres des contraintes imposées par le calendrier scolaire habituel. Le père dispose d'une maison entièrement meublée dans la même collectivité, les enfants y ont chacun leur propre chambre à coucher entièrement meublée et le père est en mesure de passer du temps de qualité avec eux. J'encourage les parents à s'assurer que la période des vacances d'été soit structurée de façon à ce que les enfants passent autant de temps avec un parent qu'avec l'autre.

[53] Je ne puis conclure que les motifs révèlent une erreur manifeste ni que le juge a très mal interprété les principes juridiques encadrant l'accès partagé. Au mieux, il est possible qu'il n'ait pas tenu compte d'une partie de la preuve; cette erreur n'est toutefois pas manifeste, pas plus qu'elle n'est dominante. J'estime que sa décision se

situe dans la sphère des solutions raisonnables. Pour les motifs exposés, je n'accueillerais ce moyen d'appel que partiellement.

[54] Le père fait en outre valoir que le juge a commis une erreur en recourant par défaut à un calendrier d'accès qui maintient le statu quo. Le juge ne fait pas mention de ce principe dans ses motifs, et je ne retiens pas cet aspect de la plainte. Récemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *M.F.W. c. M.A.H.*, 2020 BCCA 284, [2020] B.C.J. No. 1640 (QL), a eu l'occasion d'examiner ce principe dans une affaire de divorce hautement conflictuel où un des enjeux était la garde d'enfant. Il est juste d'affirmer que, selon l'arrêt *Gordon*, les décisions en matière de garde et d'accès doivent reposer sur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Traditionnellement, il existait une notion selon laquelle les juges devaient essayer, dans la mesure du possible, de maintenir le statu quo. Ce principe demeure pertinent dans les causes où des ordonnances de garde et d'accès provisoires sont rendues très peu de temps après la séparation. Comme l'expose la Cour suprême dans l'arrêt *Gordon*, s'il est survenu un changement important qui touche l'intérêt de l'enfant, le tribunal est tenu de procéder à une nouvelle analyse de cet intérêt. Dans les arrêts *Young* et *Gordon*, la Cour suprême met de côté la présomption de statu quo. Les tribunaux ne sont jamais liés par les arrangements temporaires, provisoires ou définitifs qui existaient avant le procès ou l'audience portant sur la modification (voir aussi *Gebert c. Wilson*, 2015 SKCA 139, [2015] S.J. No. 652 (QL)).

[55] Avant de conclure cette partie de la décision, je juge utile d'attirer l'attention des parents sur l'extrait qui suit d'une décision rédigée sous la plume du juge Ryan, extrait auquel je souscris. Dans *Fletcher c. Keilty*, 2004 NBCA 34, 269 R.N.-B. (2e) 302, il a dit ceci :

> […] le rôle de parent […] [n'est] pas simplement [un] partage égal sur le plan de la croissance physique, il s'agit de parents qui en sont venus à assumer des responsabilités égales sur le plan du développement des aptitudes sociales et langagières des enfants, de leurs intérêts, du respect envers autrui et envers eux-mêmes, du renforcement de la confiance et chose plus importante encore, il s'agit de donner aux enfants une attention régulière et entière. Ce pas

> vers l'égalité est également une reconnaissance de la dignité égale des deux parents, concept qui ressortit, en théorie sinon toujours en pratique, au droit de la famille. La théorie est parfaite mais la pratique est défectueuse. [par. 30]

F. *L'analyse effectuée en application des art. 3, 7 et 9 des Lignes directrices*

[56] Le père soutient que le juge a commis une erreur en lui ordonnant de verser le plein montant de la prestation alimentaire prévu dans la table applicable de façon rétroactive au 1er décembre 2018. Le père fait valoir que le juge aurait dû déterminer la prestation alimentaire payable en application de l'art. 9 dans sa version antérieure, puisqu'il affirme que le temps pendant lequel il exerçait son droit d'accès atteignait le 40 % prévu par l'art. 9. Le libellé du chapeau de l'art. 9 et de l'al. 9b) ont depuis été modifiés et emploient désormais l'expression « temps parental ». Dans sa version antérieure, l'art. 9 autorisait le tribunal à s'éloigner du montant de la prestation alimentaire pour enfants prévu dans la table applicable établi en application de l'art. 3 lorsqu'il concluait qu'un parent débiteur a la charge d'un enfant pendant plus de 40 % du temps. Voici le libellé de cette version de l'art. 9 :

Shared custody	**Garde partagée**
9 Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account	**9** Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :
(a) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;	**a)** des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;
(b) the increased costs of shared custody arrangements; and	**b)** des coûts plus élevés associés à la garde partagée;
(c) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is	**c)** des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour

sought.	lequel une pension alimentaire est demandée.

[57] Le père fait valoir que l'art. 9 des *Lignes directrices* s'appliquait, mais que les motifs n'en font aucune mention. La première étape de l'analyse consistait pour le juge à déterminer si le père avait la charge des enfants pendant au moins 40 % du temps. S'il concluait que c'était le cas, il était alors tenu de procéder à une analyse complète en application de l'art. 9. Dans l'arrêt *Contino c. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217, le juge Bastarache expose l'analyse étape par étape.

[58] Le point de départ se trouve à l'al. 9a), lequel prévoit la compensation simple des montants figurant pour chaque parent dans les tables établis en application de l'art. 3 en fonction du nombre d'enfants. Ensuite, le tribunal doit examiner les budgets respectifs afin d'évaluer les habitudes de dépenses des parents, en s'appuyant sur des budgets des dépenses des enfants et non sur de simples hypothèses. Selon l'al. 9b), le tribunal devrait porter une attention particulière au risque de dédoublement des frais liés aux enfants ou de dépenses exagérées par un parent. Cela exige de chaque parent qu'il fasse la preuve des coûts supplémentaires engagés pour les enfants. Suivant l'al. 9c), le tribunal examine la capacité de chaque parent à offrir un niveau de vie semblable dans chaque foyer. L'analyse est plus complexe et sans doute plus longue, mais ce sont là les directives de la Cour suprême. Voir *G.F. c. J.A.C.F.*, 2016 NBCA 21, 449 R.N.-B. (2e) 34, au par. 14; *J.C.M. c. M.J.M.*, 2018 NBCA 42, [2018] A.N.-B. nº 158 (QL), au par. 43; *A.S.L. c. L.S.L.*, 2020 NBCA 15, [2020] A.N.-B. nº 63 (QL). Les parents ont convenu devant nous que le dossier ne contenait pas suffisamment d'information pour déterminer si les art. 3 ou 9 s'appliquaient.

[59] Le calendrier d'accès mis en œuvre par les parents en juin 2018 accordait aux enfants l'accès auprès de leur père cinq jours sur quatorze; il prévoyait également des périodes d'accès supplémentaires pendant les vacances et les jours fériés. La question de savoir si cet accès atteignait le seuil de 40 % était en litige et justifiait donc une analyse suivant l'art. 9 des *Lignes directrices*. Comme nous l'avons mentionné, le père a

demandé que le juge procède à cette analyse, mais celui-ci a omis de le faire, sans exposer les motifs de son omission. Il s'agit d'une erreur de droit.

G. *Frais visés par l'art. 7*

[60] L'article 7 des *Lignes directrices* énumère les types de frais qui peuvent être partagés de façon proportionnelle. Parmi ceux-ci, on retrouve les frais relatifs aux soins médicaux et dentaires qui dépassent de 100 $ les sommes remboursées par une compagnie d'assurance, les primes d'assurance médicale et dentaire attribuables aux enfants, certaines activités parascolaires et les frais de garde des enfants. Ces frais sont partagés en tenant compte des crédits d'impôt, des subventions et des avantages et des paiements versés par des tiers. En l'espèce, le juge n'a pas partagé les frais de garde des enfants de façon proportionnelle en tenant compte des crédits d'impôt, pas plus qu'il n'a établi les proportions pour l'année en cours. Son raisonnement était que les parents avaient convenu de partager en parts égales les frais de garde. Cette entente avait été conclue verbalement par les parents après la séparation, en contrepartie du paiement d'une prestation alimentaire réduite. Elle ne liait pas les parties. Le juge a reconnu que le paiement mensuel de 375 $ était une [TRADUCTION] « disposition provisoire qui incluait des sommes du genre de celles qui sont visées à l'art. 7 *Dépenses spéciales ou extraordinaires* » (par. 53), et il a fait remarquer que la mère avait accepté cette somme en tenant compte du fait que le père allait payer la moitié du montant brut des frais de garde, la moitié des frais liés au sport ou des autres frais, et qu'il ouvrirait des comptes d'épargne pour les enfants. Dans sa requête, la mère demande une prestation alimentaire établie en application de l'art. 3 des *Lignes directrices*, parce que le père effectuait souvent ses paiements en retard et qu'il y avait un problème avec le remboursement de certains frais. Certains frais n'auraient pas été admissibles au titre de l'art. 7 de toute façon. Le juge a ordonné la rétroactivité de l'ordonnance au 1er décembre 2018, ce qui a entraîné un arriéré de la prestation alimentaire pour enfants; on ne sait toutefois pas si ces calculs tenaient compte des ententes susmentionnées.

[61] Nous ne disposons pas de renseignements suffisants pour effectuer le calcul en application des art. 3, 7 et 9 des *Lignes directrices.* Les parties conviennent que ces questions devraient être renvoyées au tribunal de première instance. Je renverrais cette partie de la décision en vue d'une audience, premièrement, pour déterminer si le temps d'accès des enfants auprès de leur père atteignait le seuil de 40 %, et deuxièmement, pour recevoir des éléments de preuve complémentaires sur les contributions financières de chaque parent aux dépenses mensuelles engagées pour les enfants depuis la date de la séparation et pour statuer sur le quantum et l'admissibilité au remboursement. Pour ce qui est des frais prévus à l'art. 7, l'analyse devrait comprendre de l'information sur les crédits d'impôt réclamés, les subventions et remboursements de frais reçus de tiers, ainsi que la preuve du paiement des frais admissibles au remboursement. J'encourage néanmoins les parents à tenter d'abord d'en arriver à un règlement amiable à cet égard en recourant à un médiateur, à un négociateur ou à un autre tiers de leur choix.

VI. Résolution définitive

[62] Pour conclure, je fais miens les propos qui suivent du juge Bastarache dans *Van de Perre* :

> […] L'arrêt *Hickey* décide que le pouvoir restreint de révision n'autorise pas une cour d'appel à intervenir au nom de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de garde, lorsqu'il n'y a aucune erreur importante. La Cour d'appel n'est pas en mesure de déterminer ce qu'elle estime être les conclusions justes qui se dégagent de la preuve. C'est le rôle du juge de première instance. […] [par. 12]
>
> [Soulignement dans l'original.]

[63] Il ajoute :

> […] la résolution définitive des litiges n'est pas uniquement un intérêt social; elle est aussi extrêmement importante pour les parties et les enfants en cause dans un litige sur les droits de garde. […] [par. 13]

VII. Dispositif

[64] Je suis d'avis d'accueillir partiellement l'appel. Je rejetterais l'appel portant sur la garde. Je modifierais l'ordonnance d'accès pour y ajouter les clauses sur les responsabilités parentales qui sont énoncées à l'annexe A. J'accueillerais l'appel fondé sur les art. 3, 7 et 9 des *Lignes directrices* et je renverrais l'analyse de la prestation alimentaire rétroactive à la Cour du Banc de la Reine pour y être entendue par un autre juge de ce tribunal. Compte tenu de l'issue mitigée en l'espèce, je n'adjugerais aucuns dépens.

5. The parents shall consult with each other on all major decisions concerning the children. If the parents cannot agree, they shall utilize the services of a mediator in the first instance prior to returning to court.

6. The mother shall notify the father of all medical, dental, and education appointments and events concerning the children so that he can participate.

7. In the event the children are unable to attend school because of illness, school closures due to weather, or parent-teacher meetings, professional development days, and the mother is unable to care for them, the father shall be granted the opportunity to do so.

8. In addition to journal communication, the parents shall have the choice to consult with each other by telephone, text message or email.

5. Les parents se consulteront l'un l'autre sur toutes les décisions importantes concernant les enfants. Si les parents n'arrivent pas à s'entendre, ils auront d'abord recours aux services d'un médiateur avant de s'adresser à nouveau aux tribunaux.

6. La mère informera le père de toutes les activités des enfants et de tous les rendez-vous d'ordre médical, dentaire et éducatif les concernant afin qu'il puisse y participer.

7. Si les enfants ne peuvent aller à l'école en raison d'une maladie, de la fermeture de l'école en raison de conditions météorologiques, de réunions parents-professeurs ou de journées pédagogiques et que la mère n'est pas en mesure de s'occuper des enfants, elle offrira au père la possibilité de le faire.

8. En plus de la communication au moyen du journal, les parents sont libres de se consulter par téléphone, message texte ou courriel.