

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Les juges WEILER, ARMSTRONG et BLAIR

ENTRE :)
)
) **George Kaplanis, l'intimé, pour son**
) **propre compte**
)
GEORGE KAPLANIS)
)
) **demandeur (intimé)**)
)
– et –)
) **M^{es} D. Smith et**
) **Susan E. Milne, pour l'appelante**
PATRICIA KAPLANIS)
)
) **défenderesse (appelante)**)
)
) **Audience tenue les 18 et**
) **19 novembre 2004**

Appel de l'ordonnance rendue le 17 septembre 2003 par la juge Ellen M. MacDonald de la Cour supérieure de justice.

LA JUGE WEILER

[1] Le 8 juillet 2003, la juge E. MacDonald a accordé à la mère appelante et au père intimé la garde conjointe de l'enfant issu de leur mariage. Elle a ensuite ordonné aux parties de participer à une séance de consultation afin d'améliorer leurs habiletés parentales et a ajouté que, si les parties étaient incapables de s'entendre, les décisions en matière de choix d'écoles, d'activités et de passe-temps seraient prises par un conseiller familial dont le nom n'était pas précisé. À la suite du calcul du patrimoine familial net, la juge de première instance a ordonné au père de payer à la mère le montant de 4 950,26 \$. La mère interjette appel de l'ordonnance de garde conjointe et réclame la garde exclusive. Le père forme un appel incident pour contester l'ordonnance de paiement.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec la mère qu'il y a lieu d'annuler l'ordonnance de garde conjointe au motif que la juge de première instance a commis une erreur de droit en accordant la garde conjointe alors qu'elle ne disposait d'aucune preuve de

coopération et de communication adéquates entre les parents et qu'elle leur a accordé la garde conjointe dans l'espoir que cette mesure permettrait aux parties d'améliorer leurs habiletés parentales. Je suis également d'avis que la juge de première instance a outrepassé sa compétence en ordonnant aux parties de participer à une séance de consultation et en déclarant que, si elles n'arrivaient pas à s'entendre, les parties seraient liées par les décisions du conseiller familial dont le nom n'était pas précisé. Dans la mesure où l'ordonnance de garde conjointe n'était pas la mesure indiquée, et comme le père n'a pas demandé la garde exclusive, je suis d'avis d'accorder à la mère la garde exclusive de l'enfant. Je suis également d'avis d'ordonner à l'avocat des enfants de faire procéder à une enquête sur l'exercice des droits de visite du père. En vertu de l'[article 112](#) de la [Loi sur les tribunaux judiciaires](#), j'enjoins à l'avocat des enfants de faire procéder à une enquête, de faire rapport et de soumettre des recommandations à la Cour en ce qui concerne le droit de visite et le rôle du père auprès de l'enfant.

[3] Je suis d'avis de rejeter l'appel incident formé par le père quant à l'ordonnance de paiement. La juge de première instance a tiré des conclusions défavorables quant à la crédibilité du père. Elle a également formulé des conclusions de fait quant au patrimoine en litige et rien ne justifie de modifier sa décision.

L'appel relatif à la garde

[4] Voici le contexte factuel établi par la juge de première instance et ses conclusions quant à la question de la garde. L'appelante et l'intimé se sont mariés le 6 juin 1998. Le seul enfant issu du mariage, leur fille Victoria, est née le 11 octobre 2001. Le mariage a été tumultueux. Les parties se sont séparées deux ans et demi plus tard, le 12 janvier 2002, lorsque le père a quitté le foyer conjugal après avoir été accusé d'avoir proféré des menaces de mort envers son épouse. L'accusation a par la suite été retirée, en grande partie à cause de l'affidavit souscrit par la mère, qui déclarait, dans son affidavit, qu'elle n'était pas victime de violence, qu'il était dans l'intérêt supérieur de Victoria que son époux puisse réintégrer le foyer conjugal et que son époux était [TRADUCTION] « ... une bonne personne et sans aucun doute un bon père ». Le père n'a jamais réintégré le foyer conjugal et les démarches de consultation ont été infructueuses. En fait, le conseiller a dû leur demander de quitter son bureau en raison du [TRADUCTION] « flot incessant d'invectives qu'ils se lançaient l'un à l'autre ».

[5] Le père, qui se représentait lui-même à l'audience, a réclamé une forme de garde conjointe appelée exercice des responsabilités parentales en parallèle. La formule de l'exercice des responsabilités parentales en parallèle assure à chaque parent un pouvoir égal en matière de prise de décision ainsi que l'exercice de manière indépendante des droits et des obligations associés à la garde.

[6] La mère s'est opposée à la requête du père étant donné qu'ils n'arrivent pas à se parler sans se disputer. Outre la preuve relative à l'échange d'invectives au bureau du conseiller matrimonial, la mère a témoigné au sujet de la dispute dont un voisin avait été témoin lorsque le père était venu chercher l'enfant à la maison de ses beaux-parents, chez qui la mère était retournée vivre.

[7] La juge de première instance a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'ai été peu impressionnée par le témoignage du voisin. Ce témoignage m'a paru être un moyen utilisé par l'épouse pour étayer sa demande de garde exclusive. Je souhaite que les parents parviennent à tourner la page et à surmonter l'amertume et le ressentiment causés par l'échec de leur mariage. Ils peuvent tous les deux compter sur l'appui de leur famille élargie, dont leurs tantes, leurs oncles, leurs grands-parents, leurs nièces et leurs neveux. Ils veulent que Victoria soit élevée dans la foi orthodoxe grecque dans laquelle elle a été baptisée, non sans controverse, au milieu de l'année 2002. À la lumière de la preuve, je déduis que les parents prévoient d'envoyer Victoria à l'école publique et à l'école grecque.

...

J'ai été surprise d'entendre l'épouse affirmer qu'il n'est pas dans son intérêt d'essayer de communiquer et de coopérer afin de faciliter les droits de visite. Étant donné l'importance qu'elle accorde à leur incapacité de communiquer pour justifier sa demande de garde exclusive, elle considère que toute tentative en ce sens affaiblirait sa demande. À mon avis, si l'on tient compte de l'intérêt supérieur de Victoria dans le contexte de ses relations avec sa famille élargie, la garde conjointe ne doit pas être écartée simplement parce que les parties, qui ressentent encore les affres de l'échec de leur mariage, ont de la difficulté à faire preuve de courtoisie l'une envers l'autre (voir *Dagg v. Pereira*, 12 RFL (5th), et les décisions citées par le juge Bellamy aux paragraphes [39] à [46]).

...

Même si leur mariage a été de courte durée, ils demeurent les parents responsables de Victoria et, à ce titre, ils ont et auront toujours l'obligation et le devoir de s'assurer de solidifier leur relation avec leur fille. La mère se servira de l'ordonnance de garde exclusive qui serait rendue en sa faveur pour saper les liens et l'influence du père. La mère a reconnu qu'il était un bon père. Pour ces motifs, Victoria devrait bénéficier de la garde conjointe de ses parents.

[8] Après avoir pris en considération le jeune âge de Victoria et le fait qu'elle n'avait jamais passé une seule nuit chez son père, la juge de première instance a accordé à celui-ci une augmentation graduelle des droits de visite, devant s'étaler sur une période de deux mois, et elle a rendu une ordonnance détaillée en ce sens [1]. De surcroît, la juge de première instance a ordonné ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les parents doivent participer à une consultation pour améliorer leurs habiletés en communication pour tout ce qui concerne les questions se rapportant à Victoria, dont les rajustements à l'horaire des droits de visite et les mesures d'adaptation pour les événements familiaux particuliers. Les décisions liées aux choix d'écoles, d'activités et de passe-temps à prendre au fur et à mesure que Victoria grandira seront prises conjointement.

S'ils n'arrivent pas à s'entendre, ce sera à leur conseiller de prendre la décision pour eux. Les parents assumeront à parts égales les coûts associés à cette consultation.

Analyse

[9] Les causes en droit de la famille sont par nature discrétionnaires et fondées sur les faits. Il est inutile de se pencher sur la jurisprudence antérieure de cette Cour relative à la garde conjointe pour trancher la question de la garde dans le présent appel.

[10] Comme dans tout litige portant sur la garde, la seule question soumise à la juge de première instance était celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le simple fait que les parents se reconnaissent mutuellement « aptes » ne signifie pas qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'une ordonnance de garde conjointe soit rendue. La preuve déposée devant la juge de première instance aurait dû révéler les liens qui existaient entre l'enfant et chacun de ses parents et leur aptitude à jouer leur rôle de parents. En plus de préciser les détails des arrangements actuels pris par la mère pour s'occuper de l'enfant, la preuve aurait dû indiquer quel plan pratique pour s'occuper de l'enfant le père envisageait d'adopter lorsqu'il en aurait la garde, ainsi que les bienfaits d'un tel arrangement pour l'enfant. La juge de première instance ne disposait d'aucun élément de preuve en ce sens. En fait, la juge de première instance a elle-même reconnu lorsqu'elle a rendu son ordonnance que l'enfant n'avait jamais passé une nuit chez son père.

[11] D'une part, le fait qu'un parent s'avoue incapable de communiquer avec l'autre ne signifie pas en soi que le tribunal ne devrait pas envisager de rendre une ordonnance de garde conjointe. D'autre part, espérer que la communication entre les parties s'améliore une fois le procès terminé ne constitue pas un motif suffisant pour rendre une ordonnance de garde conjointe. Le tribunal doit disposer de certains éléments de preuve démontrant que les parents sont en mesure de communiquer entre eux de manière efficace malgré leurs différends. Quel que soit le degré de précision de l'ordonnance de garde, des lacunes se glisseront inévitablement, des situations imprévues surviendront et les changements aux besoins de l'enfant permettant d'assurer son sain développement devront être constamment revus. Lorsque, comme en l'espèce, le jeune âge de l'enfant fait en sorte qu'elle peut à peine exprimer ses besoins pour assurer son développement, la communication entre les parents revêt une importance encore plus grande. En l'espèce, rien ne permet de penser qu'il existe une communication efficace. En fait, la preuve indique le contraire.

[12] Pour ce qui est de la capacité des parties de mettre de côté leurs différends personnels et de collaborer dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la juge de première instance et la juridiction de révision peuvent utilement prendre en considération toute ordonnance de garde provisoire et la manière dont celle-ci a été appliquée. Lors du procès, le père a expliqué qu'une ordonnance provisoire de garde avait été rendue avant le procès, le 1^{er} août, et qu'elle accordait la garde à la mère et des droits de visite au père les lundis et les jeudis de 11 h à 16 h. Le père a déclaré que, lorsqu'il était avec sa fille, ils étaient allés chez ses parents, chez sa nièce, ainsi qu'au Woodbine Centre, chez McDonald et chez Burger King. Il a également expliqué qu'il avait demandé sans succès des droits de visite accrus.

[13] Même si l'intérêt supérieur de l'enfant ne coïncide pas toujours avec ce que l'enfant désire, l'ordonnance de garde nécessite la coopération de l'enfant et la prise en considération de ses désirs à mesure qu'il avance en âge. En l'espèce, il s'agit d'une enfant très jeune incapable de

communiquer ce qu'elle souhaite. Lorsque l'enfant est trop jeune pour exprimer ce qu'il désire, une preuve d'expert peut être nécessaire pour permettre au juge d'évaluer dans quelle mesure l'ordonnance de garde ou le plan de parentage proposé permettra de répondre aux besoins psychologiques et émotionnels de l'enfant. Idéalement, le juge qui préside la conférence préparatoire au procès devrait examiner la question avec les parties pour leur faire prendre conscience de la nécessité de présenter une preuve démontrant comment le plan de parentage proposé permettra de répondre aux besoins de l'enfant. L'intervention de l'avocat des enfants pourrait également être demandée en vertu de l'[article 112](#) de la [Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, chap. C-43](#). En l'espèce, la juge de première instance ne disposait pas d'une preuve d'expert ou de recommandations de l'avocat des enfants à l'égard de l'enfant.

[14] Il pourrait sans doute être souhaitable pour les parents de participer à des séances de consultation pour apprendre à mieux exercer leurs responsabilités parentales et d'avoir recours à un conseiller ou un instructeur parental afin de résoudre leurs différends. Toutefois, l'ordonnance rendue par la juge de première instance pose problème. La législation ne l'autorisait pas expressément à rendre une ordonnance de consultation parentale et, bien que certains juges de première instance considèrent qu'ils ont la compétence inhérente pour rendre une ordonnance de consultation, la mise en œuvre de l'ordonnance nécessitera la coopération des parents. Rien ne permet de penser que les parties seraient en mesure de s'entendre sur le choix du conseiller. Il n'existait pas non plus de processus prévoyant la nomination d'un conseiller dans l'éventualité où les parties n'arriveraient pas à s'entendre. Rien ne permet non plus de penser qu'elles étaient disposées à soumettre leurs conflits à un processus de règlement des différends extrajudiciaire hors du cadre de la [Loi sur le divorce](#) et d'accepter de ne pas avoir recours à cette loi.

[15] Compte tenu des facteurs susmentionnés, la juge de première instance a commis une erreur en ordonnant la garde conjointe de l'enfant. Elle a également commis une erreur en ordonnant aux parties de participer à une consultation et en nommant un conseiller pour résoudre leurs différends. À défaut de demande de garde exclusive du père et d'un plan parental détaillé présenté par celui-ci, la seule option qui s'offrait au tribunal était de rendre une ordonnance confiant à la mère la garde exclusive de l'enfant. Par conséquent, comme je l'ai déjà indiqué, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de confier à la mère la garde exclusive de sa fille. Le degré de participation du père dans la vie de son enfant est une question qui devra être abordée dans le cadre d'un nouveau procès sur la question du droit de visite avec l'aide, espérons-le, de l'avocat des enfants. Je suis par conséquent d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur la question du droit de visite des parties.

[16] Le père s'est représenté lui-même au procès et dans le cadre du présent appel. Son mémoire déposé dans le cadre de l'appel ne respectait pas les règles, dans la mesure où il contenait des déclarations sur ce qui s'était passé, selon lui, après le procès. Lorsqu'il a été informé que de telles déclarations n'étaient pas admissibles et ne pouvaient pas être prises en considération par le tribunal, il a demandé au tribunal l'autorisation de déposer une nouvelle preuve en produisant un affidavit souscrit par lui-même quant aux faits survenus après le procès. La prise en considération des nouveaux éléments de preuve n'aurait pas été utile pour trancher le présent appel et je refuse donc de les admettre. Les nouveaux éléments de preuve proposés confirment uniquement que les parties sont incapables de coopérer entre elles dans l'intérêt supérieur de leur enfant.

L'appel incident sur l'ordonnance de paiement

[17] Lorsqu'elle a traité la question du patrimoine familial net, la juge de première instance a fait allusion aux problèmes de jeu du père et à l'« absurdité » de son témoignage quant à l'évaluation de ses intérêts d'affaires. Elle a fait remarquer qu'il [TRADUCTION] « racontait un mensonge par-dessus l'autre pour essayer d'adapter son témoignage en fonction de la valeur de ses différentes entreprises ».

[18] En ce qui concerne les arguments détaillés du père sur les dettes intrafamiliales, la juge de première instance a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'ampleur des dettes et des autres passifs de M. Kaplanis à la date d'évaluation n'est pas prouvée. Il n'a pas fait témoigner de membres de sa famille pour confirmer qu'ils lui auraient prêté d'importantes sommes d'argent sans garantie. Selon son bilan financier, ses dettes se chiffraient à 174 000 \$ à la date d'évaluation et à 294 000 \$ à la date de son bilan, le 25 octobre 2002. L'augmentation de 120 000 \$ est due en grande partie à des dettes contractées auprès des membres de sa famille et n'est pas prouvée.

Elle a ajouté ceci :

[TRADUCTION]

Le mari avait intérêt à exagérer sa dette puisqu'il a reconnu que, si le tribunal acceptait la dette qu'il présentait, son patrimoine familial net serait égal à zéro. Il doit savoir que lorsqu'il a une dette aussi importante, il doit la prouver. À défaut de preuve, preuve selon moi facile à obtenir, je ne permettrai pas qu'une telle dette soit incluse dans le calcul de son patrimoine familial net.

[19] En ce qui a trait au contenu du foyer, la juge de première instance a ordonné que des biens spécifiques soient remis au mari et a ensuite attribué la valeur de 10 000 \$ au patrimoine familial net de la mère afin de refléter le contenu qu'elle allait garder.

[20] Quant à certains fonds détenus en Grèce, la juge de première instance a conclu que ces fonds étaient le résultat d'un don et elle les a donc exclus du patrimoine familial net des parties.

Analyse

[21] L'appel incident du père n'est en réalité qu'un moyen de contester à nouveau les conclusions de faits déjà tirées par la juge de première instance. La juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve ni d'erreur de droit dans son application de celle-ci. Elle était en droit de tirer des conclusions défavorables à l'égard de la crédibilité du père. Rien ne justifie de modifier son évaluation de la preuve ou la décision qu'elle a rendue quant à l'ordonnance de paiement.

[22] Je suis d'avis de rejeter l'appel incident.

Dépens

[23] La mère a obtenu gain de cause en partie dans le présent appel. Je suis donc d'avis qu'elle a droit à une partie des dépens de l'appel et je lui accorde à ce titre la somme de 10 000 \$ tout inclus.

DATE DE LA DÉCISION : Le 31 janvier 2005 (KMW)

La juge Karen M. Weiler

« Je suis du même avis. »

Le juge Robert P. Armstrong

« Je suis du même avis. »

Le juge R. A. Blair

[1] La juge de première instance a accordé au père un droit de visite auprès de Victoria, deux fois par semaine les lundis et les jeudis de 8 h à 16 h 30 à partir du 14 juillet 2003, ainsi qu'un dimanche sur deux de 8 h à 16 h 30 à partir du 21 juillet 2003. Si, en raison de son emploi du temps, les plages horaires du lundi et du jeudi ne lui convenaient pas, le père avait alors le droit de voir sa fille tous les samedis de 8 h à 16 h 30. À partir du 14 septembre 2003, Victoria pouvait passer la nuit d'un samedi sur deux chez son père. Au troisième anniversaire de Victoria, son père aurait des droits de visite une fin de semaine sur deux du vendredi 17 h au dimanche 17 h et jusqu'au lundi 17 h lorsqu'il s'agissait d'une longue fin de semaine. Des dispositions ont été prises afin que Victoria soit avec sa mère le jour de la fête des Mères et avec son père le jour de la fête des Pères, ainsi que le jour de leur anniversaire de naissance respectif, malgré l'horaire de visite. Il est également prévu qu'elle passe les fêtes religieuses selon [TRADUCTION] « ce que ses parents auront décidé, pourvu [qu'elle] passe la moitié de ces célébrations avec son père et l'autre moitié avec sa mère. » À partir de l'été 2004, Victoria devait passer deux semaines pendant l'été chez son père.