

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

LES JUGES WEILER, ARMSTRONG et BLAIR

E N T R E :)
)
MARIA PIA LADISA) **M^e Jirina Bulger**

appelante) **pour l'appelante**
)
- et -)
)
MICHELE LADISA) **M^e Katrina A. Prystupa**

intimé) **pour l'intimé**
) **M^{es} Dan Goldberg et**
Manjusha Pawagi
pour le Bureau de l'avocat des enfants
)
) **Audience tenue le 19 novembre 2004**

Appel de l'ordonnance rendue le 30 janvier 2004 par la juge Maria T. Linhares De Sousa de la Cour supérieure de justice, [2004] O. J. 800 (C.S.J.).

LA JUGE WEILER

[1] Le 30 juin 2004, la juge Linhares de Sousa a rendu une ordonnance attribuant aux parties la garde conjointe de leurs trois enfants et prévoyant que l'aînée, alors âgée d'environ quinze ans et neuf mois, irait habiter principalement chez son père, et que les deux enfants plus jeunes habiteraient à tour de rôle avec leur père et leur mère, une semaine à la fois. La mère appelante interjette appel et réclame la garde exclusive des enfants. La juge de première instance a également rendu une ordonnance condamnant la mère à verser au père une pension alimentaire pour conjoint et une pension alimentaire pour enfants. La mère interjette également appel de ces décisions.

[2] Le présent appel a été entendu immédiatement après l'appel interjeté dans l'affaire *Kaplanis c. Kaplanis*, dans lequel le tribunal était également saisi de l'appel d'une ordonnance de garde conjointe. Il convient donc en l'espèce de tenir compte des motifs rendus dans cet appel pour statuer sur la question de la garde conjointe dans le cas qui nous occupe.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel en ce qui concerne la question de la garde conjointe et d'accueillir l'appel en partie pour ce qui est des ordonnances de pension alimentaire pour conjoint et de pension alimentaire pour enfant.

L'appel relatif à la garde des enfants

[4] Les parties se sont mariées le 30 août 1986 et ont vécu ensemble pendant environ seize ans jusqu'à leur séparation, en juillet 2002. Elles ont eu trois enfants : Alana, née le 6 mai 1988 et maintenant âgée de seize ans; Jordan, né le 19 avril 1991 et qui a maintenant treize ans, et Jessica, qui est née en novembre 1995 et qui est maintenant âgée de neuf ans.

[5] Après la séparation des parties, les trois enfants ont continué à vivre avec leur mère dans le foyer conjugal. Au départ, le père habitait chez ses parents; il a ensuite acheté sa propre maison en novembre 2002 et il a alors commencé à exercer des droits de visite les week-ends.

[6] Les parties n'ont pas réussi à s'entendre sur les modalités de garde de leurs enfants et les tentatives de médiation entreprises après que le début des procédures judiciaires ont échoué. La juge Mackinnon a alors demandé au Bureau de l'avocat des enfants de faire faire une évaluation par un travailleur social et de formuler des recommandations sur les arrangements parentaux qui seraient dans l'intérêt supérieur des trois enfants. La mère a conservé la garde des deux enfants les plus jeunes, tandis que l'aînée, Alana, a été autorisée, comme elle le souhaitait, à passer de la garde de sa mère à celle de son père jusqu'au procès, en décembre 2003 et janvier 2004.

[7] La juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « l'amour, affection et l'attachement entre les trois enfants et leur père et leur mère étaient très forts et équivalents ». Pendant la plus grande partie du mariage, la mère a travaillé à l'extérieur de la maison. Le père, pour sa part, travaillait dans le domaine de la construction comme manœuvre et comme jointoyeur au mortier liquide, et ce, jusqu'en 1982, lorsqu'il a reçu un diagnostic de maladie de Crohn. Il a été opéré pour cette maladie en 1991. Il a commencé à recevoir des prestations d'assurance-invalidité du Régime de pensions du Canada, et c'est depuis lors sa seule source de revenus ininterrompus. Grâce à ce régime, il peut travailler jusqu'à 90 jours sans perdre son admissibilité à l'assurance-invalidité. La juge de première instance a conclu qu'il travaillait à temps partiel pour un certain M. Romano. Il consacrait son temps libre à s'occuper des enfants et de la maison. Il accueillait les enfants à la maison après l'école, les accompagnait à leurs rendez-vous chez le médecin et le dentiste et s'occupait activement de leurs activités scolaires et sportives. La mère participait également aux activités sportives des enfants et aux rencontres parents-enseignants dans la mesure de ses possibilités. La grand-mère maternelle des enfants a toujours aidé les deux parents en s'occupant elle-même de leurs enfants, mais elle a également dû s'occuper d'un conjoint de plus en plus malade, et ne pouvait plus offrir la même aide avec le temps. La plus jeune des enfants, Jessica, allait chez la même gardienne d'enfants, M^{me} Ryall, depuis qu'elle était toute petite et se rendait chez elle avant et après l'école. En juin 2003,

lorsqu'elle a dû prendre un congé de maladie et laisser son emploi, la mère a dû mettre fin aux services de M^{me} Ryall, mais elle avait l'intention de la réengager lorsqu'elle reprendrait le travail. La juge de première instance a fait observer que, si le père devait s'occuper des enfants une semaine sur deux, il ne serait plus nécessaire de recourir aux services de M^{me} Ryall, puisque le père s'occuperait lui-même de Jessica.

[8] M^{me} Savoia, la travailleuse sociale nommée par le Bureau de l'avocat des enfants, a recommandé de confier aux deux parents la garde conjointe des enfants.

[9] La juge de première instance a eu par ailleurs l'avantage d'entendre de leur bouche ce que les enfants souhaitaient. Alana n'a pas exprimé de préférence pour aller vivre chez l'un ou l'autre parent, mais elle a déclaré qu'elle continuerait à habiter chez celui qui serait en mesure de mieux répondre à ses besoins au fur et à mesure de leur évolution. Au moment du procès, elle habitait chez son père. À la suite de la séparation de ses parents, elle a habité en alternance chez son père et chez sa mère, selon ses souhaits du moment. Ainsi, après avoir quitté le domicile de sa mère pour aller vivre chez son père, elle est revenue vivre chez sa mère en mai 2003 en raison des conflits qu'elle avait avec son père au sujet du temps qu'elle passait avec son petit ami. Elle a été qualifiée d'enfant têtue et provocante qui faisait souvent l'école buissonnière. Suivant M^{me} Savoia, qui avait été nommée par le Bureau de l'avocat des enfants pour effectuer une évaluation, c'était un enfant incontrôlable.

[10] Jordan a exprimé le désir de passer autant de temps avec son père qu'avec sa mère. Il avait déjà refusé de retourner chez sa mère, malgré les directives de ses deux parents. Une autre fois, il avait défié ses parents et était allé voir son père pour qu'il l'aide à assembler un go-kart, un projet sur lequel il travaillait. Quant à Jessica, elle était ambivalente. Lors des deux premiers entretiens, elle a déclaré qu'elle souhaitait passer plus de temps avec son père pour ensuite déclarer, lors de la dernière rencontre, qu'elle était satisfaite de l'arrangement qui existait au moment du procès, en l'occurrence celui qui prévoyait qu'elle vivait chez sa mère et que son père avait un droit de visite le week-end.

[11] Au moment du procès, la mère avait pris des dispositions pour que des rencontres aient lieu avec un conseiller au sujet des enfants, et le père avait accepté de collaborer.

[12] La juge de première instance a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Malgré le conflit aigu qui existe entre eux, dans des situations d'urgence et lorsqu'ils ont eu l'occasion de tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants, les parents se sont toujours bien comportés, même en l'absence l'un de l'autre. En voici quelques exemples. Lorsque Alana a dû être soignée d'urgence après avoir fait une chute, les parents ont réussi à surmonter leurs différends – non sans une certaine tristesse dans le cas de M. Ladisa – lorsqu'il a fallu décider qui vivrait avec Alana et qui s'occuperait des autres enfants. Lorsque Jordan avait insisté pour dire qu'il avait besoin de l'aide de son père pour réaliser son projet de go-kart, les parents ont réussi à trouver une solution en tenant compte de l'intérêt de leur fils. Lorsqu'ils ont été contraints de se retrouver l'un en présence de l'autre

à cause des enfants, notamment lors des rencontres parents-enseignants, des activités scolaires et des activités sportives, les parents semblent avoir réussi, à une ou deux exceptions près, à bien se comporter. Selon le témoignage de tiers et notamment d'enseignants, d'un ancien entraîneur de hockey, d'autres parents d'enfants jouant au hockey et de voisins, les parents ont toujours agi convenablement l'un envers l'autre et envers les enfants, lorsqu'ils se retrouvaient ensemble. Leurs conflits ne sautaient pas aux yeux de ces observateurs extérieurs. Lorsque les enfants avaient oublié un objet quelconque à la maison d'un des deux parents, l'autre prenait des dispositions pour aller récupérer l'objet ou l'équipement sportif. Ce climat d'entente valait même pour la question de la confirmation des enfants, qui a eu lieu l'an dernier. Leur différend ne portait pas sur la question de savoir si les enfants devaient être confirmés ou non, mais plutôt sur le moment de leur confirmation, en raison des incidences financières du choix de la date.

[13] La juge de première instance a également conclu que les deux parents avaient fait des efforts pour répondre aux besoins matériels des enfants au fur et à mesure que ces besoins se présentaient, sans se demander si l'autre parent devait payer ou sans s'attendre à ce qu'un parent rembourse l'autre pour les dépenses en question. Ils avaient agi ainsi au prix de grands sacrifices personnels.

[14] La juge de première instance a par conséquent conclu que les enfants avaient besoin que les deux parents exercent chacun leurs responsabilités parentales dans toute la mesure du possible. Elle a par conséquent ordonné que Jordan et Jessica habitent avec les deux parents à tour de rôle une semaine sur deux, et elle a fixé au vendredi soir, 19 h, le moment du transfert. Chaque enfant était libre de téléphoner à l'autre parent pendant qu'il était confié aux soins d'un parent à la condition que, sauf en cas d'urgence, les parents n'aient aucun contact direct entre eux par téléphone. Les parents devaient communiquer entre eux par courriel ou au moyen d'un livret de communication. Ils devaient se partager également les congés scolaires et les jours fériés, et une ordonnance détaillée a été rendue à cet égard. Les deux parents ont été autorisés à participer aux activités scolaires et parascolaires des enfants et ils ont tous les deux été autorisés à recevoir tous les renseignements médicaux et scolaires concernant les enfants. Ils ont tous les deux été autorisés à se déplacer à l'extérieur de la région d'Ottawa avec les enfants pour prendre des vacances, moyennant un préavis raisonnable d'au moins 30 jours à l'autre parent et la remise de l'itinéraire.

[15] La mère affirme que la juge de première instance a commis une erreur dans son évaluation de la preuve présentée au sujet de la capacité des parties de collaborer entre elles dans l'intérêt de leurs enfants, ajoutant que les quelques exemples cités par la juge de première instance sont trompeurs et contredisent l'ensemble de la preuve. La thèse de la mère est que l'ordonnance de garde conjointe ne convient pas, vu les conflits perpétuels qui existent entre les parties. Elle soutient que la juge de première instance a commis une erreur en ordonnant la garde conjointe dans ces circonstances.

[16] À mon avis, il était loisible à la juge de première instance de rendre, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, l'ordonnance qu'elle a rendue au sujet de Jordan et de Jessica. Pour arriver à sa conclusion, la juge de première instance a tenu compte de la façon dont les parties avaient exercé leur rôle de parents lors qu'elles étaient mariées, et des liens que les enfants

avaient tissés avec les deux parents. En ce qui concerne la communication et la collaboration, la juge de première instance a tenu compte de témoignages donnés par des tiers au sujet de l'interaction des parents avec leurs enfants. Elle était convaincue que malgré leurs conflits, les parents pouvaient et réussissaient au besoin à communiquer efficacement et à faire passer l'intérêt de leurs enfants avant le leur. L'appelante ne m'a pas convaincue que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en tirant cette conclusion. La juge de première instance a également eu l'avantage d'entendre le témoignage d'un expert, le représentant du Bureau de l'avocat des enfants, qui avait recommandé la garde conjointe. La juge de première instance a également tenu compte, pour rendre sa décision, des désirs de Jordan et, même si elle n'y a pas expressément fait allusion, elle a pris en considération le fait qu'il n'existait pas de raison impérieuse de séparer la garde de Jordan de celle de sa sœur, Jessica, et elle a aussi tenu compte du témoignage de la mère suivant lequel Jessica ne pouvait être séparée d'elle plus d'une semaine à la fois. Dans ces conditions, la juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit en ordonnant la garde conjointe de Jordan et de Jessica.

[17] Comme il a déjà été dit, Alana avait presque 16 ans au moment du procès et, suivant M^{me} Savoia, c'était une enfant incontrôlable. Alana avait dit qu'elle irait vivre chez son père ou sa mère, selon ce qui lui plairait, et c'est précisément ce qu'elle a fait. Elle a fréquenté l'école de façon sporadique jusqu'au moins en octobre 2003. Il ressort du témoignage de M. Ladisa qu'Alana avait abandonné ses études deux mois avant le procès. Je ne suis pas disposée à affirmer que la décision de confier aux deux parties la garde conjointe d'Alana n'était pas appropriée au moment où elle a été rendue. Maintenant qu'Alana a presque 17 ans, toute ordonnance de garde la concernant ou l'obligation pour elle d'établir sa résidence principale chez l'un de ses parents, en l'occurrence le père, serait sans objet.

[18] Par conséquent, pour les motifs que j'ai exposés, je modifierais le paragraphe 5 de l'ordonnance de la juge de première instance pour confier la garde conjointe de Jordan et de Jessica aux deux parties et pour préciser qu'aucune ordonnance de garde ne devrait être rendue dans le cas d'Alana. Je supprimerais le premier volet du paragraphe 8 concernant l'obligation pour Alana d'établir sa résidence principale chez son père, ainsi que l'alinéa 8 a).

Questions relatives à la pension alimentaire

[19] Au moment du procès, ni l'un ni l'autre des parents ne travaillait, en raison de problèmes de santé. La mère avait été le principal soutien financier de la famille. Elle gagnait 37 136 \$ par année au moment où elle a commencé son congé de maladie en juin 2003, après quoi ses revenus n'équivalaient plus qu'à 70 % de son salaire. Après avoir épuisé ses prestations de congé de maladie en septembre, elle a commencé à toucher une pension d'invalidité de courte durée. Elle avait droit à des prestations d'assurance-emploi, mais rien ne permettait de savoir quand elle cesserait d'y avoir droit.

[20] Malgré ses réserves au sujet des démarches inusitées entreprises par M^{me} Ladisa pour se procurer des attestations médicales pour appuyer sa demande d'assurance-invalidité, la juge de première instance a fait observer que d'autres documents médicaux appuyaient sa demande. Sur la foi de ces éléments de preuve, elle a estimé à 26 075,04 \$ par année, au moment du procès, les revenus de la mère aux fins du calcul de la pension alimentaire pour enfants. En tenant pour

acquis que la mère reprendrait un jour son travail avec le même salaire qu'auparavant, la juge de première instance a attribué à la mère des revenus de 37 136 \$ par année à ce moment-là. La juge de première instance a conclu que les revenus du père se limitaient à sa pension d'assurance-invalidité de 10 380 \$ par année^[1].

[21] La juge de première instance a appliqué l'art. 9 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* et l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Contino v. Leonelli-Contino*, 2003 CanLII 30327 (ON CA), [2003] O.J. n° 4128 (C.A.), et elle a enjoint à la mère de verser au père une pension alimentaire pour enfants d'un montant de 566 \$ par mois, devant être augmenté à 866 \$ par mois lorsque la mère retournerait au travail. Elle a également enjoint à la mère de payer au père une pension alimentaire pour conjoint de 150 \$ par mois lorsqu'elle reprendrait le travail. La mère affirme que la juge de première instance a commis une erreur en limitant au montant qu'il recevait au titre de sa pension les revenus qu'elle a imputés au père.

[22] La juge de première instance a examiné la preuve relative à la maladie de Crohn dont souffrait le père. Elle a fait observer que le docteur Hassard, qui le soignait depuis 2001, était d'avis que le père n'était pas apte à travailler dans le domaine de la construction. La juge de première instance a également relevé que le docteur Hassard avait recommandé au père de prendre un médicament, le Remicade, qui lui donnait apparemment environ 70 à 80 % de chances de vivre une rémission de sa maladie, mais elle a constaté qu'il n'avait pas les moyens de se payer ce médicament. Des démarches avaient été entreprises pour obtenir du financement public pour ce médicament, mais, au moment du procès, le résultat de ces démarches n'était pas encore connu.

[23] Apparemment à l'insu du docteur Hassard, M. Ladisa avait recommencé à travailler dans le domaine de la construction. M. Romano a déclaré que M. Ladisa avait travaillé pour lui comme jointoyeur au mortier liquide à compter de la fin de 1998 ou du début de 1999 jusqu'à l'été 2002, lorsqu'il est venu lui remettre sa démission. M. Romano a déclaré que M. Ladisa travaillait entre 32 et 40 heures par semaine et prenait congé entre cinq et sept fois par année. M. Ladisa n'a jamais été inscrit sur sa feuille de paye, mais il travaillait pour lui comme sous-entrepreneur indépendant. Certains chèques étaient faits à l'ordre d'Alana Ladisa lorsqu'elle a atteint l'âge lui permettant d'avoir son propre numéro d'assurance sociale. Sur la foi du témoignage de M. Romano, de certains autres éléments de preuve suivant lesquels M. Ladisa avait effectué beaucoup de travaux de construction sur le foyer conjugal, ainsi que d'éléments de preuve suivant lesquels les parties avaient eu recours à temps plein à une gardienne d'enfants entre 1998 et 2002, la juge de première instance a conclu que M. Ladisa avait effectivement travaillé au moins à temps partiel après 1998. Elle a également conclu que [TRADUCTION] « [...] si son état de santé le lui permet, il peut travailler à temps partiel », ajoutant que sa capacité de gagner un revenu était passée de zéro à 15 000 \$ par année.

[24] En ce qui concerne l'établissement des revenus du père pour le calcul de la pension alimentaire, la juge de première instance n'était cependant pas disposée à tenir pour acquis qu'il serait en mesure de gagner des revenus plus élevés que ceux qu'il touchait alors au titre de sa pension d'invalidité qui, selon ces états financiers, se chiffrait à 10 380 \$ par année. Elle semble

avoir conclu que, si le père travaillait, il perdrait sa pension d'invalidité et ne gagnerait pas beaucoup plus que ce qu'il touchait grâce à sa pension.

[25] En contre-interrogatoire, le père a admis, non sans hésitation, que s'il ne pouvait reprendre son travail de jointoyeur au mortier liquide, il pouvait envisager la possibilité de se chercher du travail comme chauffeur d'autobus scolaire, ajoutant toutefois qu'il n'entreprendrait de telles démarches qu'une fois le procès terminé.

[26] En refusant d'attribuer au père un revenu supérieur au montant qu'il touchait comme pension, la juge de première instance n'a pas tenu compte des éléments de preuve suivant lesquels le père pouvait travailler – et l'avait effectivement fait – jusqu'à 90 jours de suite sans perdre sa pension d'invalidité, et elle a présumé qu'il serait incapable d'obtenir un autre emploi pour compléter ses revenus de pension. Elle a ainsi commis une erreur de droit. La preuve indiquait également qu'une grande partie des revenus en question n'avaient pas été déclarés sur le plan fiscal. Par conséquent, le revenu net des deux parties était à peu près le même au moment du procès.

[27] Compte tenu des facteurs énumérés à l'alinéa 9 c) des Lignes directrices, ainsi que du témoignage non contesté de la mère concernant le manque à gagner avec lequel elle devait composer chaque mois, je suis d'avis d'ordonner à chaque parent d'assumer les dépenses qu'ils doivent engager pour subvenir aux besoins de Jordan et de Jessica lorsqu'ils sont avec eux, comme ils l'ont fait dans le passé. Le parent chez qui vit Alana devrait recevoir une pension alimentaire calculée conformément aux Lignes directrices tant qu'Alana demeure une enfant à charge.

[28] L'ordonnance rendue par la juge de première instance en ce qui concerne le montant de la pension alimentaire qui sera payée lorsque la mère retournera au travail pose problème. Dans son témoignage, la mère a déclaré qu'elle n'était pas en mesure de reprendre le travail pour le moment en raison du stress constant qu'elle vit en raison du procès et de la dépression dont elle souffre et du fait qu'elle n'est pas en mesure de donner le rendement au travail que son employeur exige d'elle, eu égard à sa situation actuelle. Elle ne sait pas avec certitude quand elle sera apte à reprendre le travail, et son médecin surveille de près l'évolution de son état de santé de mois en mois.

[29] Indépendamment de l'incertitude concernant le moment où la mère pourra réintégrer le marché du travail, d'autres incertitudes persistent quant aux revenus du père et à son aptitude au travail. On se souviendra qu'au moment du procès, le père avait entrepris des démarches pour obtenir du financement public pour le Remicade, un médicament qui lui offrait entre 75 et 80 % de chances de rémission de sa maladie. Si sa demande était approuvée et que le médicament s'avérait efficace, sa capacité de travailler à l'avenir comme jointoyeur au mortier liquide et d'obtenir un emploi régulier s'en trouverait assurément améliorée.

[30] On ne sait pas non plus avec certitude le nombre d'enfants pour lesquels les parents devront verser une pension alimentaire. Au moment du procès, en janvier dernier, Alana faisait régulièrement l'école buissonnière. Si elle ne retourne pas à l'école à l'automne et ne vit plus

chez l'un ou l'autre de ses parents, elle ne sera plus une enfant à charge admissible à une pension alimentaire en vertu de la [Loi sur le divorce](#).

[31] Compte tenu de ces nombreuses éventualités, la juge de première instance a commis une erreur en rendant une ordonnance prévoyant une pension alimentaire dont le versement devait commencer à une date future indéterminée en fonction d'une seule des éventualités en question, à savoir le retour au travail de la mère. Il serait plus approprié que l'intéressé demande la modification de la pension alimentaire une fois que toute incertitude aura été dissipée.

[32] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel sur la pension alimentaire et d'annuler les paragraphes 12, 13 et 14 de l'ordonnance de la juge de première instance en ce qui concerne la pension alimentaire au profit des enfants. Je remplacerais ces mesures par les suivantes : (1) chaque parent supportera les dépenses engagées pour subvenir aux besoins de Jordan et de Jessica pour la période durant laquelle ils vivent avec lui; (2) tant qu'Alana demeure une enfant à charge au sens de la [Loi sur le divorce](#), le parent chez qui Alana habite a le droit de recevoir une pension alimentaire pour elle conformément aux Lignes directrices et en tenant compte de la garde partagée de Jordan et de Jessica. Je suis également d'avis d'annuler le paragraphe 20 de l'ordonnance rendue par la juge de première instance en ce qui concerne la future pension alimentaire pour conjoint.

[33] Comme chaque partie a obtenu en partie gain de cause dans le présent appel, je suis d'avis d'ordonner à chacune de supporter ses propres dépens.

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] (Les chiffres retenus par la juge de première instance pour calculer les revenus des parties ne tiennent pas compte du RPC et du crédit d'impôt pour enfant de 6 269 \$ que la mère recevait pour Jordan et Jessica ni du RPC et du crédit d'impôt de 4 972 \$ que le père recevait pour Alana. Comme la différence n'est que de 1 297 \$, je n'en ai pas tenu compte non plus.)