

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-04-036536-044

DATE : Le 8 janvier 2009

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE GILLES HÉBERT, J.C.S.

M... P...,
demandeur
c.
J... K...,
défenderesse

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC,
mis en cause

JUGEMENT

[1] J... K..., mère de l'enfant X, invoque la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants pour demander le retour de son enfant en Australie.

1. LES FAITS

[2] M... P... (monsieur) et J... K... (madame) font vie commune de façon sporadique entre 1996 et 2002 et de façon régulière entre décembre 2002 et novembre 2003.

[3] De leur relation naît l'enfant X, le [...] 2003, à ville A.

[4] Monsieur est citoyen canadien et madame est citoyenne australienne.

- [5] Leur travail respectif les éloigne ou les rapproche suivant les périodes.
- [6] Les parties cessent de faire vie commune, à ville A, le 11 novembre 2003. Madame retourne alors en Australie avec X.
- [7] En juillet 2004, madame et monsieur signent une entente quant à la garde de l'enfant, monsieur vit alors au Canada et madame en Australie.
- [8] L'entente des parents est entérinée par les tribunaux canadien et australien.
- [9] X est alors en Australie et il y demeure jusqu'en juin 2006.
- [10] Puis, à compter de juin/juillet 2006, X est avec son père au Canada pour une période d'environ six mois, soit jusqu'à décembre 2006 alors qu'il retourne en Australie.
- [11] De janvier à mai 2007, X est toujours en Australie et il y voit son père à un rythme de huit à dix jours par mois, car ce dernier y travaille.
- [12] Une nouvelle entente, confirmée par jugement, intervient entre les parents, en mai 2007.
- [13] Dans le cadre de cette entente, X se trouve avec son père au Canada pour une période de 13 semaines se terminant en août 2007.
- [14] Du mois d'août 2007 au mois d'août 2008, X est en Australie et son père le voit à tous les mois, huit/dix jours par mois, selon ce dernier, et trois/quatre jours par mois, selon madame.
- [15] Le 7 août 2008, les parties se signent réciproquement des autorisations de voyager avec X soit en direction du Canada ou, éventuellement, en direction de l'Australie.
- [16] Dans l'intervalle, soit à compter du mois de novembre 2007, des discussions informelles ont lieu entre madame et monsieur quant à la possibilité que madame vienne travailler au Canada.
- [17] Cette possibilité comprendrait, du témoignage de madame, deux avantages. D'abord et sachant que monsieur a un autre enfant avec une nouvelle conjointe, cette opportunité permettrait un rapprochement du père avec ses deux enfants. De plus, madame apprend que sa compagnie ouvre un poste à ville B, et ce, dans son champ d'expertise minière.
- [18] Dans ce contexte, elle se rend au Nevada pour une période de trois semaines, en avril 2008, afin de connaître la situation et l'atmosphère de travail sur place.

[19] L'expérience ne s'avère pas vraiment concluante pour madame qui constate d'importantes différences de mentalité au travail et des conditions salariales moins favorables que prévu.

[20] Compte tenu des discussions passées, elle juge bon d'informer formellement monsieur, le 30 juillet 2008, qu'elle n'ira pas travailler au Canada.

[21] Dans les jours suivants, X, dûment muni des autorisations signées par ses parents, vient au Canada et il doit retourner en Australie, le 20 janvier 2009, pour commencer l'école le 27 janvier.

[22] Mais dans l'intervalle, plus particulièrement le 1^{er} octobre 2008, monsieur dépose à la Cour supérieure de Montréal, une requête en modification des droits de garde afin que X réside avec lui à ville A, au moins jusqu'au mois de juin 2009. Il s'oppose au retour de l'enfant en Australie.

2. LES JUGEMENTS ANTÉRIEURS

2.1 Le jugement de 2004

[23] Les 13 et 16 juillet 2004, monsieur et madame signent un consentement sur garde d'enfant qui est entériné par la Cour supérieure du Québec, le 16 juillet 2004, et par la Family Court of Australia, le 3 août 2004.

[24] Ce consentement stipule d'abord que les deux parents souhaitent participer également à l'éducation de l'enfant.

[25] La mère convient de continuer à résider en Australie tandis que le père, dans l'intérêt de l'enfant, accepte de quitter le Canada et de vivre en Australie jusqu'au 30 juin 2006.

[26] Pendant cette période, une formule souple de garde conjointe une semaine/une semaine avec certaines périodes plus longues pour chaque parent est convenue.

[27] Le paragraphe 9 du consentement précise ce qui suit :

« 9. This return of X to Town A on June 30th 2006 is the cornerstone for the father to accept that X will be residing in Town C, Australia until then, and for him to leave Canada to be closer to his son; »

[28] À compter du 30 juin 2006, les parties conviennent que l'enfant X aura sa résidence avec et chez son père pour une période de six mois puis avec et chez sa mère pour la période suivante, etc., chaque parent choisissant ainsi la résidence de X pour une période de six mois.

[29] L'entente est valide jusqu'à ce que X soit d'âge scolaire, soit en août 2008, alors qu'une révision de l'entente sera nécessaire.

2.2 Le jugement de 2007

[30] Le 8 mai 2007, considérant que X est un peu plus âgé, les parties signent une nouvelle entente qui est entérinée par la Family Court of Australia, le même jour, et par la Cour supérieure du Québec, le 20 juillet 2007.

[31] Dans cette entente, les parents conviennent d'une garde partagée suivant une formule un peu particulière une semaine/une semaine (voir par. 4, 5 et 6 de D-2).

[32] Les parties prévoient également dans l'entente la possibilité que X vive dans deux pays différents et elles conviennent ce qui suit :

« 7. Upon the signing of these orders, X is allocated an initial 13 weeks of residence in Canada. Every subsequent 1 January, X will be allocated an additional 13 weeks of residence in Canada. The father is entitled to schedule these 13 weeks at his discretion given 3 weeks notice, except as specified in Paragraph 9. The 13 weeks may be scheduled consecutively or non-consecutively. Any of X's allocated weeks of residence in Canada that are not used will accumulate and the father is entitled to schedule these in subsequent years, except as specified in Paragraph 9. When X is not residing in Canada, he will reside in Town C.

8. The mother may agree at her sole discretion to allow X to reside in Canada for additional weeks. The father may agree at his sole discretion to allow X to reside in Town C for additional weeks.

9. Each period of X's residence in Canada cannot exceed 26 weeks except at the Mother's discretion. Any period of X's residence in Canada greater than 13 weeks must be followed by a 13 weeks period where X resides in Australia except at the Mother's discretion. The Father can schedule for X to reside in Canada during Australian school terms provided X is enrolled in and attends school in Canada for a similar time interval and provided there is no clear evidence indicating a negative impact on X's education as a whole. »

3. LA REQUÊTE EN VERTU DE LA CONVENTION DE LA HAYE

[33] La requête présentée par madame est en trois volets.

[34] Elle demande d'abord à la Cour supérieure du Québec de décliner juridiction et de ne pas entendre la requête en modification présentée par monsieur.

[35] En second lieu, elle demande à la Cour supérieure de prononcer ce qui semble être un jugement déclaratoire qui rendrait exécutoire le jugement rendu en 2007.

[36] Enfin et en troisième lieu, elle demande une ordonnance en vertu de l'article 12 de la loi québécoise intitulée *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*¹ et c'est sur cet aspect seulement de la requête que le présent Tribunal prononce jugement, tel que convenu entre les parties.

[37] Les conclusions précises recherchées par madame sont les suivantes :

[38] Elle demande à la Cour d'ordonner à monsieur de lui remettre l'enfant, au plus tard le 20 janvier 2009, et ce, conformément à l'article 12 de la Loi.

[39] Elle demande aussi qu'il soit ordonné à monsieur de lui remettre les deux passeports de X, soit le canadien et l'australien.

[40] Elle requiert l'intervention du Procureur général du Québec pour que toutes les mesures soient prises afin que l'enfant lui soit remis, au plus tard le 20 janvier 2009.

[41] Elle demande d'être autorisée à retourner avec l'enfant X à ville C en Australie, le 21 janvier 2009.

[42] Enfin, elle conclut que le jugement prononcé devrait être exécutoire malgré appel et rendu avec dépens.

4. LE DROIT

4.1 La législation

[43] Le Canada est un pays qui adhère à la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants connue comme étant la Convention de La Haye.

[44] Les principes généraux de cette Convention et qui sont d'intérêt dans la présente affaire se retrouvent aux articles 1, 2, 3, 4 et 5 :

« Article premier

La présente Convention a pour objet :

a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant;

b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant.

¹ L.R.Q., c. A-23.01.

Article 2

Les États contractants prennent toutes mesures appropriées pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la Convention. À cet effet, ils doivent recourir à leurs procédures d'urgence.

Article 3

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite:

a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et

b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État.

Article 4

La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans.

Article 5

Au sens de la présente Convention:

a) le «droit de garde» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;

b) le «droit de visite» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle. »

[45] Au Québec, c'est l'Assemblée nationale du Québec qui a compétence pour adopter la législation pertinente afin d'assurer l'application des principes et des règles de la Convention de La Haye et c'est dans ce cadre qu'est adoptée, le 8 juin 1984, la Loi 72 intitulée *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*.

[46] Les articles 1, 2, 3, 4 et 5 reproduisent, dans leurs grandes lignes, les dispositions de la Convention de La Haye :

« 1. La présente loi a pour objet d'assurer le retour immédiat au lieu de leur résidence habituelle des enfants déplacés ou retenus au Québec ou dans un État désigné, selon le cas, en violation d'un droit de garde.

Elle a aussi pour objet de faire respecter effectivement, au Québec, les droits de garde et de visite existant dans un État désigné et, dans tout État désigné, les droits de garde et de visite existant au Québec.

2. Au sens de la présente loi:

1° le «**droit de garde**» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;

2° le «**droit de visite**» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle;

3° «**État désigné** » signifie un État, une province ou un territoire, désignés suivant l'article 41.

3. Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite au sens de la présente loi, lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à un ou plusieurs titulaires par le droit du Québec ou de l'État désigné dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, alors que ce droit était exercé de façon effective par un ou plusieurs titulaires, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Ce droit de garde peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un accord en vigueur selon le droit du Québec ou de l'État désigné.

4. Outre les cas prévus à l'article 3, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite s'il se produit alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite au Québec ou dans l'État désigné où l'enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue.

5. La présente loi s'applique à tout enfant de moins de 16 ans qui avait sa résidence habituelle au Québec ou dans un État désigné immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. Dans tous les cas, elle cesse de s'appliquer lorsque l'enfant atteint l'âge de 16 ans. »

[47] Les articles 18 et 20 de cette Loi accordent juridiction à la Cour supérieure pour entendre la requête d'un parent.

4.2 La doctrine

[48] Les parties au dossier ont soumis à l'attention du Tribunal les textes de plusieurs auteurs sur la Convention de La Haye.

[49] Le Tribunal croit que l'opinion du juge Jacques Chamberland de la Cour d'appel du Québec a suffisamment d'autorité pour s'y limiter.

[50] Dans le cadre d'une conférence pour les juges de la Cour supérieure du Québec donnée le 15 janvier 2001 (onglet 4 des autorités du Procureur général du Québec) le juge Chamberland expose quelques principes importants :

« De plus, la Convention étant un traité international, les juges doivent se mettre en garde de ne pas donner aux concepts que la loi véhicule une interprétation qui s'éloignerait de l'interprétation généralement reconnue par la communauté internationale de crainte, bien sûr, d'en diminuer l'efficacité au détriment, à plus ou moins long terme, des enfants du monde. En somme, la solidarité internationale commande une interprétation relativement uniforme de la Convention, partout dans le monde.

[...]

Je termine mes remarques générales par un commentaire sur un sujet épineux, l'intérêt de l'enfant. L'article 33 C.c.Q. exige que toute décision concernant un enfant soit prise dans son intérêt. Je suis d'avis, et je l'ai déjà écrit, que l'intérêt de l'enfant n'a pas à être pris en compte dans le contexte d'une demande de retour formée en vertu de la loi, comme il le serait dans le cadre d'une audience sur la garde. La Convention et la loi sont conçues dans l'intérêt de tous les enfants du monde et non en fonction de l'intérêt particulier de l'enfant visé par la procédure de retour même si certaines exceptions, ou défenses, ont été incorporées dans la Convention et la loi pour tenir compte précisément de cet intérêt.

La loi est un outil juridique autonome, conçue pour décider de la juridiction la mieux à même de décider du droit de garde. Or, l'intérêt de l'enfant visé par la demande de retour ne saurait être attributif de compétence. Ce serait, à mon avis, une erreur de principe d'importer le critère de l'« intérêt de l'enfant » dans l'analyse des cas qui vous sont soumis en vertu de la loi. En somme, si la résidence habituelle de l'enfant est ailleurs, la juridiction compétente pour trancher le droit de garde est ailleurs et votre analyse de l'affaire sous l'angle du meilleur intérêt de l'enfant ne devrait pas vous amener à modifier cette conclusion. La loi présume, à mon avis de façon irréfragable, que le meilleur intérêt de l'enfant coïncide avec son retour au lieu de sa résidence habituelle, sauf, bien sûr, les exceptions et défenses prévues par la loi et sur lesquelles je reviendrai plus tard.

(références omises) »

[51] Le juge Chamberland aborde aussi la question cruciale, dans la présente affaire, de la résidence habituelle d'un enfant :

« Cette notion au cœur même du fonctionnement de la convention et de la loi. Pourtant, ni l'une ni l'autre ne définissent ce qu'il faut entendre par « résidence habituelle ». Ce silence est voulu. Il s'agit d'un concept que les rédacteurs de la Convention ont voulu fluide laissant aux tribunaux le soin d'en définir les contours au fil des décisions.

La détermination du lieu de cette « résidence habituelle » est directement tributaire des faits de chaque affaire.

La « résidence habituelle » d'un enfant n'est pas nécessairement son « domicile ». Les deux notions sont distinctes. Alors que l'intention d'un individu est essentielle à la détermination de son domicile, il n'en va pas de même dans le cas de la résidence habituelle. La notion de « résidence habituelle » est donc plus une question de faits qu'une question d'intention. La professeure Pérez-Vera dit quant à elle, qu'il s'agit d'une « notion de pur fait » (paragraphe 66). Seule doit être prise en compte la réalité des enfants pour déterminer le lieu de leur résidence habituelle. Les désirs, souhaits ou intentions des parents doivent, règle générale, être mis de côté. La résidence habituelle d'un enfant se décide en fonction de son vécu, et non en fonction des intentions de ses parents.

L'affaire Droit de la famille – 2454 illustre bien l'avantage qu'il y a de préférer les faits aux intentions. La famille vivait en Californie depuis trois ans quand la mère décida de rentrer au Québec avec les enfants, à l'insu du père. La mère soutenait que le Québec, et non la Californie, était le lieu de la « résidence habituelle » des enfants puisque le séjour de la famille en Californie, était le lieu de la « résidence habituelle » des enfants puisque le séjour de la famille en Californie ne devait y être que temporaire et qu'elle n'avait jamais eu l'intention d'y demeurer pour de bon; le père pour sa part, soutenait que l'intention du couple était bel et bien de s'établir en Californie. Qui croire?

L'approche axée sur la réalité que vivent les enfants permet au juge d'éviter d'avoir à sonder les reins et les cœurs des parents.

Le fait que la résidence doive être « habituelle » ajoute à la résidence un élément de stabilité et de durée. Chaque cas est un cas d'espèce. Il n'y a pas de durée minimum requise pour conclure à l'établissement d'une « résidence habituelle » (par exemple, dans E.(H.) c. D.(M.D.), 500-09-010031-003, le 8 septembre 2000, nous avons confirmé un jugement de la Cour supérieure concluant à l'existence de la « résidence habituelle » des enfants en Angleterre après un peu moins de quatre mois). S'agissant essentiellement d'une question de fait, les juges d'appel auront beaucoup d'égards envers la conclusion tirée par le juge de première instance. »

[52] Il y a quelques exceptions à la Loi et le juge Chamberland les résume ainsi :

« **LES DÉFENSES OU EXCEPTIONS**

Quand la preuve a été faite du déplacement ou du non-retour illicite d'un enfant, le juge ordonne son « retour immédiat » au lieu de sa résidence habituelle (article 20).

La loi prévoit peu d'exceptions – six en tout – à cette règle. Deux de ces exceptions, ou défenses, s'attachent au comportement du parent qui invoque la violation de son droit de garde :

- ce parent n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour;
- ce parent a consenti au déplacement de l'enfant, ou à son non-retour, ou a, depuis, acquiescé à ce déplacement ou à ce non-retour;

Trois exceptions s'attachent à la situation particulière de l'enfant visé par la demande de retour :

- l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu;
- il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable;
- l'enfant s'oppose à son retour, alors qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion;

La sixième exception vise le cas où le retour de l'enfant est contraire aux droits et libertés de la personne reconnus au Québec. »

[53] Dans la présente affaire et les parties en ont convenu, la question cruciale est de déterminer la résidence habituelle de l'enfant X; à la lumière de la loi et de la doctrine, ceci est une question de fait.

5. LA POSITION DES PARTIES

5.1 J... K...

[54] La mère affirme que la résidence habituelle de X est en Australie. Elle reconnaît avoir eu, au cours de l'année 2008, le projet de venir s'installer et travailler au Canada, et ce, avec X mais, dit-elle, ce projet ne s'est jamais concrétisé. Le refus du père de ramener l'enfant en Australie contrevient, dit-elle, au jugement intervenu en 2007.

5.2 M... P...

[55] Le père prétend que la résidence de X est maintenant dans la province de Québec, au Canada et qu'il n'y a pas lieu d'ordonner son retour en Australie.

5.3 Le Procureur général du Québec

[56] Le Procureur général du Québec intervient au dossier, mais adopte une position sobre et neutre.

[57] Il se limite à porter à l'attention du Tribunal les dispositions pertinentes de la Convention de La Haye et de la loi adoptée en conséquence. Il souligne les principes que le Tribunal devrait retenir et cite, à cet égard, doctrine et jurisprudence.

[58] Que le Tribunal tranche en faveur du père ou de la mère, le Procureur général suggère que la décision rendue soit exécutoire malgré appel.

6. LA QUESTION EN LITIGE – LA RÉSIDENCE HABITUELLE DE L'ENFANT

6.1 La réalité de l'enfant

[59] En 1996, dans l'affaire *Droit de la famille – 2454*², le juge Chamberland de la Cour d'appel rappelle ce qui suit :

« La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur « résidence habituelle »; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas lorsqu'il s'agit de décider du lieu de leur « résidence habituelle » au moment de leur déplacement. »

[60] Il cite entre autres la décision de *Friedrich c. Friedrich* :

« Dans *Friedrich v. Friedrich*, 983 F. 2d 1396 (6th Cir.) (1993), le juge Boggs, au nom de la Cour d'appel du sixième circuit, écrit :

We agree that habitual residence must not be confused with domicile. To determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions.

et, un peu plus loin :

A person can have only one habitual residence. On its face, habitual residence pertains to customary residence prior to the removal. The Court must look back in time, not forward. All of the factors listed by Mrs Friedrich pertain to the future. Moreover, they reflect the intentions of Mrs Friedrich; it is the habitual residence of the child that must be determined. »

[61] Où X a-t-il vécu depuis sa naissance en [...] 2003?

² 1996 Can LII 5881 (QC C.A.).

[62] En 2003, il vit huit mois au Canada et deux mois en Australie.

[63] En 2004, 12 mois en Australie et il en est de même en 2005.

[64] En 2006, six mois au Canada et six mois en Australie.

[65] En 2007, trois mois au Canada et neuf mois en Australie. Enfin, en 2008, il vit cinq mois au Canada et sept mois en Australie.

[66] Au total, depuis sa naissance, l'enfant a vécu 22 mois au Canada et 48 mois en Australie : tel est le vécu de l'enfant.

6.2 Le jugement de 2007

[67] La résidence de X, faut-il le souligner, n'existe pas dans le pur arbitraire ou sur une base purement théorique. Elle est circonscrite par les jugements rendus en 2007, tant au Canada qu'en Australie.

[68] Or, prétendre que la résidence de X est au Canada, en janvier 2009, est contraire à l'esprit et à la lettre du paragraphe 9 du consentement entériné par les tribunaux, en 2007, lequel prévoit expressément que la résidence de X au Canada ne peut excéder 26 semaines, sauf à la discrétion de la mère.

[69] Au moment où le présent Tribunal rend jugement, en janvier 2009, il faut constater que suivant les jugements de 2007, la résidence habituelle de X est en Australie et sa présence au Canada se termine obligatoirement le 20 janvier 2009, vu le refus de la mère de consentir à une prolongation. C'est ce qui est prévu dans les deux jugements qui sont déjà en vigueur.

[70] La décision du père de ne pas retourner l'enfant en Australie constitue une violation du droit de garde de la mère³.

6.3 Les ententes écrites du 7 août 2008

[71] Le 7 août 2008, avant que X prenne l'avion pour le Canada, les parents rédigent eux-mêmes et signent deux ententes qui visent son voyage de ville C à ville A, le 8 août 2008 (D-3A) et son retour à ville C à la mi-janvier 2009 (D-3B).

[72] Ces documents confirment certains faits importants, car les parties y reconnaissent, par écrit, le contenu précis des ententes et décrivent la réalité quotidienne de X.

[73] Madame signe le consentement suivant :

³ *Droit de la famille – 3202*, J.E. 99-215, juge Senécal;
D.T. c. H.D., J.E. 2003-11; juge Walters.

« X, has my consent to travel with his father :

[...]

departing from Town C, Australia to Town A, Canada on 8 August, 2008. I intend to return to Town C with my son, X, in January 2009.

In the interim, X will be residing with M... P... in Town A, Canada as per our custodial agreements as of May, 2007.

The custodial agreement states that X may reside in Canada for a period of up to 3 months per year. I am consenting to X residing in Canada for 5 ½ months in total from August 2008 to mid-January 2009 on the condition that this period will account for 3 months for the year 2008 and 2 ½ months for the year 2009. »

[74] Pour sa part, monsieur signe le consentement suivant (D-3B) :

« X, has my consent to travel with his mother :

[...]

departing from Town A, Canada to Town C, Australia in mid-January 2009.

X will be residing with J... K... in Town C, Australia as per our custodial agreements. »

[75] Dans son témoignage, monsieur prétend qu'il a été contraint de signer ce document, le 7 août 2008, sous la menace de madame de ne pas consentir à ce que X prenne l'avion pour le Canada, le lendemain 8 août 2008.

[76] Le Tribunal ne croit pas cette partie du témoignage de monsieur qui est d'ailleurs carrément contredit par madame.

[77] Le contexte général du dossier et les nombreux échanges entre les parties ne permettent pas de retenir le témoignage de monsieur sur cette question.

[78] De plus, le Tribunal note certains éléments de mauvaise foi de la part de monsieur dans sa conduite postérieure et qui atténuent sa crédibilité. Ainsi, dans des messages transmis par internet, le 2 octobre 2008 (D-5), monsieur demande quelques jours de délai pour fournir les photos de X pour son nouveau passeport et propose possiblement une légère modification de la date de retour de X par avion. Or, à cette date, il a déjà signé sa requête en changement de garde, mais il dissimule cette information à madame.

[79] Le Tribunal émet donc certaines réserves quant à la sincérité du témoignage de monsieur lorsqu'il affirme avoir signé les documents du 8 août 2008 sous contrainte.

[80] Le Tribunal considère qu'il y a une confirmation écrite des deux parents quant à la résidence de l'enfant.

6.4 La défense de consentement

[81] Monsieur souhaite que le Tribunal tire de la preuve une inférence, soit que madame a consenti à ce que X demeure au Canada, à compter de janvier 2009, et qu'il y établisse sa résidence habituelle.

[82] Tout ceci découle du projet de madame de venir s'installer au Canada, afin d'améliorer sa situation financière et aussi de permettre un rapprochement entre X, son père et la nouvelle famille de ce dernier.

[83] Sauf que tout ceci est demeuré à l'état de projet et face à l'expérience vécue au Nevada, madame n'y a pas donné suite. C'est son droit le plus strict et elle en informe clairement monsieur, le 30 juillet 2008, avant le départ de X.

[84] Le Tribunal n'est guère impressionné par la preuve présentée pour établir ce consentement de madame qui est d'ailleurs radicalement contredit par les deux ententes signées par les parties, le 7 août 2008.

[85] C'est monsieur qui a le fardeau d'établir la preuve d'une des exceptions ou défenses soulignées par le juge Chamberland et, à cet égard, monsieur ne s'est pas déchargé de son fardeau.

7. LES CONCLUSIONS

[86] Pour avoir gain de cause, madame doit d'abord établir trois éléments qui ne sont d'ailleurs pas contestés : l'adhésion du Canada à la Convention de La Haye, l'existence d'un enfant de moins de 16 ans et une ordonnance de garde.

[87] Le quatrième point vise la résidence habituelle de l'enfant.

[88] Le Tribunal considère que la résidence habituelle de l'enfant X est à ville C en Australie, et ce, pour les motifs déjà exposés.

[89] Le Tribunal estime qu'il faut accueillir les conclusions principales recherchées par madame dans sa requête.

[90] Comme madame ne recherche pas de conclusions particulières quant aux frais de transport de l'enfant, le Tribunal ne statue pas sur cette question et laisse le tout aux parties, les invitant à respecter les ententes déjà intervenues.

[91] Le jugement est rendu sans frais compte tenu de la nature de la cause.

[92] Enfin, le Tribunal invite les parents à déjudiciariser le litige pour privilégier la voie de l'entente à l'amiable qu'elles ont suivie jusqu'à maintenant et qui est dans le plus grand intérêt de l'enfant.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

ACCUEILLE la requête;

ORDONNE au demandeur M... P... de remettre l'enfant mineur X à la défenderesse J... K..., au plus tard le 20 janvier 2009 à 17 h 00, et ce, conformément à l'article 12 de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*;

ORDONNE au demandeur M... P... de remettre à la défenderesse J... K... les passeports canadien et australien de l'enfant mineur X, et ce, dans les 48 heures du présent jugement;

ORDONNE au mis en cause le Procureur général du Québec de prendre, si requis, les mesures nécessaires pour faciliter le retour de l'enfant en Australie;

AUTORISE la défenderesse J... K... à ramener l'enfant mineur X à ville C, en Australie, le 21 janvier 2009;

ORDONNE l'exécution provisoire du présent jugement malgré appel;

LE TOUT sans frais.

GILLES HÉBERT, J.C.S.

Me Sonia Heyeur
Procureure du demandeur

Robinson Sheppard Shapiro
Me Brigitte B. Garceau
Procureurs de la défenderesse

Bernard, Roy (Justice-Québec)
Me Émilie Fay-Carlos
Procureurs du mis en cause

Date d'audience : 11 décembre 2008