

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-024928-145
(500-04-064622-146)

DATE : 16 avril 2015

**CORAM : LES HONORABLES JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.
LORNE GIROUX, J.C.A.
MARK SCHRAGER, J.C.A.**

A... L...
APPELANTE – Défenderesse
c.

J... M...
INTIMÉ – Demandeur
et
LA PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE – Mise en cause

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre un jugement rendu les 27 novembre¹ (rectifié le 9 décembre) et 10 décembre 2014² par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Thomas M. Davis), ordonnant le retour en Espagne de deux enfants en vertu de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*³;

[2] Pour les motifs du juge Chamberland, auxquels souscrivent les juges Giroux et Schrager, **LA COUR** :

¹ *Droit de la famille – 142965*, 2014 QCCS 5693.

² *Droit de la famille – 143119*, 2014 QCCS 5986.

³ *RLRQ*, c. A-23.01.

[3] **ACCUEILLE** l'appel, sans frais; et

[4] **PREND ACTE** des engagements de l'intimé réitérés par son avocate, en son nom, à l'audience du 23 mars 2015 et en tous points identiques aux engagements énoncés à l'Annexe 1 du jugement dont appel prononcé le 10 décembre 2014;

[5] **MODIFIE** les paragraphes 7, 8 et 9 du jugement prononcé le 10 décembre 2014 selon le texte suivant :

[7] **ORDERS** Petitioner to respect each and every undertaking set out in Annex 1 hereto, reiterated before the Court of Appeal on March 23, 2015 and adjusted as to the dates therein mentioned to reflect the fact that the return of the children and their mother will take place on June 26, 2015, and further to purchase the tickets referred to in paragraph 1 of the said undertaking on a flight departing Montreal on June 26, 2015, such tickets to be delivered to Me Nadine Marchi prior to June 23, 2015;

[8] **ORDERS** the return of the two minor children, X and Y, to Spain with their mother on June 26, 2015 on flights for which Petitioner has purchased tickets in accordance with the present judgment;

[9] **ORDERS:**

- 1) That the passports and other identity documents currently in the possession of Me Nadine Marchi remain in her possession for the purpose of being remitted by her personally to Respondent, at the airport, on June 26, 2015, for the sole purpose of allowing Respondent and the two children X and Y to return to Spain in accordance with the present judgment. Before remitting the passports and other identity documents to Respondent, Me Nadine Marchi shall satisfy herself a) that Respondent has in her possession the appropriate air tickets for her and the two children to leave for Spain; and b) that she has Respondent's word that she will not take a flight for a destination other than Spain;
- 2) Respondent A. L. not to leave the Province of Quebec and to continue to reside at [...], Town A, until she, and the children, leave for Spain, unless authorized otherwise by a judge of the Superior Court of Quebec;
- 3) Respondent A. L. to take the appropriate measures for Petitioner to be allowed to have regular contacts with the two children X and Y, by telephone and/or Internet (Skype), twice a week, on Wednesday, at 6 PM (Montreal time), and Sunday, at 6 PM (Montreal Time), for a maximum of 20 minutes each time.

[6] Les autres conclusions du jugement prononcé les 27 novembre (rectifié le 9 décembre) et 10 décembre 2014 demeurent inchangées.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.

LORNE GIROUX, J.C.A.

MARK SCHRAGER, J.C.A.

Me Nadine Marchi
MARCHI BELLEMARE
Pour l'appelante

Me Leila Sadeg
KALMAN SAMUELS, Q.C. & ASSOC.
Pour l'intimé

Me Alexandra Hodder
DIRECTION GÉNÉRALE DES AFFAIRES JURIDIQUES ET LÉGISLATIVES
Pour la mise en cause

Date d'audience : 23 mars 2015

MOTIFS DU JUGE CHAMBERLAND

[7] Saisi d'une demande de retour en vertu de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*¹, le juge de première instance rend jugement en deux temps, les 27 novembre et 10 décembre 2014.

[8] Dans son jugement du 27 novembre 2014, le juge conclut que le déplacement des enfants² par la mère vers le Canada, dans les tout premiers jours de septembre 2014, est illicite au sens de la Loi parce que, selon la preuve, 1) la résidence habituelle des enfants avant leur déplacement était en Espagne (paragr. 60), 2) le déplacement s'est fait en violation du droit de garde que l'intimé partageait avec la mère selon le droit espagnol (paragr. 51); et 3) l'intimé exerçait ce droit de garde de façon effective avant le déplacement des enfants (paragr. 52).

[9] Le déplacement des enfants étant illicite, le juge traite ensuite des moyens de défense soulevés par l'appelante pour s'opposer au retour immédiat des enfants en Espagne, soit 1) le consentement de l'intimé au déplacement des enfants, 2) l'existence d'un risque grave de danger physique ou psychique pour les enfants advenant leur retour en Espagne et, enfin, 3) l'allégation voulant que le retour des enfants en Espagne ne les place dans une situation intolérable.

[10] Le juge conclut que, selon la preuve, l'intimé n'avait pas consenti au déplacement des enfants vers le Canada (paragr. 53) et qu'il n'existe pas de risque grave que le retour des enfants en Espagne les expose à un danger physique ou psychique (paragr. 76 et 77). Il estime cependant que le retour des enfants les placera dans une situation intolérable, surtout en raison de leur jeune âge (paragr. 88), tout en énumérant une série de mesures qui, une fois mises en place, protégeront adéquatement les enfants lors de leur retour en Espagne (paragr. 88-106).

[11] Le jugement fait donc droit à la demande de l'intimé, mais à la condition expresse que ce dernier souscrive à une série d'engagements précis. Le juge demeure saisi du dossier afin de vérifier les engagements que l'intimé acceptera de prendre, auquel moment il prononcera l'ordonnance de retour des enfants en Espagne.

¹ RLRQ, c. A-23.01 (la Loi). Cette loi assure l'application au Québec des principes et règles de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (la *Convention*); elle permet au gouvernement d'étendre l'application de ces principes et de ces règles, sur une base de réciprocité, à tout État désigné par décret dont, en l'espèce, l'Espagne.

² X, née le [...] 2006, et Y, née le [...] 2007.

[12] Dans son jugement du 10 décembre 2014, le juge constate les divers engagements pris par l'intimé en date du 8 décembre 2014 et les déclare conformes à son premier jugement. Il ajoute que rien ne permet de croire que l'intimé ne les respectera pas une fois les enfants de retour en Espagne. Il prononce ensuite l'ordonnance prévoyant le retour des enfants.

[13] L'appel a suspendu l'exécution de l'ordonnance de retour. Les enfants sont donc toujours au Canada.

[14] En appel, l'appelante soulève plusieurs questions liées au refus du juge de retenir sa défense voulant qu'il existe un risque grave que le retour des enfants en Espagne ne les expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne les place dans une situation intolérable (art. 21, 2^e de la Loi). À titre subsidiaire, elle plaide que le juge de première instance ne pouvait pas ordonner le retour des enfants avant d'exiger de l'intimé que ses engagements soient reconnus et déclarés exécutoires par les tribunaux espagnols.

[15] L'appelante ne conteste plus que la résidence habituelle des enfants, juste avant leur déplacement vers le Canada en septembre 2014, était en Espagne, ni le caractère illicite de ce déplacement.

[16] Avant d'aborder l'analyse des moyens d'appel proposés par l'appelante, je dirai quelques mots de la *Convention* qui permettront, je l'espère, de mieux comprendre l'analyse qui suit.

[17] D'abord, la *Convention* a été conçue pour contrer le phénomène du déplacement transfrontière des enfants par un parent en violation du droit de garde de l'autre parent. La *Convention* prévoit un mécanisme tout simple pour y parvenir : le retour immédiat des enfants dans l'État de leur résidence habituelle, sauf quelques exceptions bien circonscrites.

[18] La *Convention* est fondée sur la prémisse que le déplacement illicite d'un enfant à l'étranger lui cause du tort parce qu'on l'éloigne ainsi de son milieu de vie habituel et qu'on le prive de la présence de l'un de ses parents.

[19] La *Convention* est également fondée sur un principe de confiance mutuelle entre les États signataires : les autorités de l'État de la résidence habituelle des enfants sont parfaitement compétentes pour trancher toutes les questions qui concernent la garde des enfants, y compris, lorsque cela est nécessaire, la toujours difficile question de la relocalisation d'un parent et de ses enfants à l'étranger.

[20] Les exceptions au principe du retour des enfants ont été rédigées avec soin et elles doivent être appliquées avec prudence et réserve, au risque sinon de priver la *Convention* de toute efficacité.

L'existence d'un risque grave d'exposer les enfants à un danger physique ou psychique

[21] L'appelante allègue avoir été victime de violence physique et psychologique de la part de l'intimé, avec un incident de violence physique particulièrement violent le 13 août 2014, en présence de la grand-mère maternelle. Le juge de première instance en fait état dans son résumé de la preuve, de même qu'il fait état de plusieurs autres incidents où l'intimé s'est permis de lever le ton à l'endroit de l'appelante et de lui faire des commentaires déplacés, et ce, souvent en présence des enfants.

[22] Le juge conclut que, en dépit de ce comportement inadéquat et contrôlant de l'intimé envers l'appelante, il n'y a pas de preuve d'un risque grave que le retour des enfants en Espagne les expose à un danger physique ou psychique. Il ajoute que la violence dont l'appelante a été victime ne suffit pas et qu'il appartiendra aux tribunaux espagnols d'évaluer l'impact de cette conduite de l'intimé sur la question de la garde des enfants.

[23] L'appelante ne me convainc pas d'une erreur de la part du juge de première instance justifiant l'intervention de la Cour.

[24] Le juge écrit qu'il n'y a pas de preuve d'une quelconque intention (dans le texte, « *intent* ») de la part de l'intimé de soumettre ses deux filles au genre de violence auquel il a soumis leur mère (paragr. 67 et 77 du jugement entrepris). L'appelante lui en fait reproche en disant que la question n'est pas de savoir si l'intimé avait l'intention de faire violence à ses enfants ou non, mais bien de savoir si celles-ci avaient, de fait, été soumises à cette violence et d'évaluer l'impact que cela avait pu avoir sur elles.

[25] L'appelante a raison, mais elle a tort quant à la conclusion qu'il faut en tirer. Il faut replacer les propos du juge dans leur contexte. Le juge conclut que les enfants n'ont jamais été la cible de quelque violence que ce soit de la part de leur père et qu'elles ne le seront pas plus advenant leur retour en Espagne. Il s'agit là d'une conclusion pertinente à l'analyse qu'il avait à faire.

[26] Quant à l'impact que cette violence a pu avoir sur les enfants, il faut comprendre que la preuve n'a pas convaincu le juge qu'il y avait là matière à conclure à l'existence d'un risque grave de danger psychique lié au retour des enfants en Espagne, même s'il conclut que cette violence affecte nécessairement les enfants (paragr. 83). L'appelante ne me convainc pas qu'il y a ici une erreur d'appréciation de la preuve justifiant l'intervention de la Cour.

L'existence d'un risque grave de placer les enfants dans une situation intolérable

[27] Le juge de première instance conclut à l'existence d'un risque grave que le retour des enfants en Espagne ne les place dans une situation intolérable. Il mentionne cinq raisons qui l'amènent à cette conclusion :

- le manque d'implication de l'intimé dans la vie quotidienne des enfants;
- la propension de l'intimé à disparaître de la vie familiale quand cela devient difficile;
- la tendance de l'intimé à utiliser son état de santé pour s'attirer la sympathie de l'appelante;
- l'impact sur les enfants de la violence multidimensionnelle dont l'intimé fait preuve envers l'appelante;
- le statut des enfants, et de la famille en général, en Espagne.

[28] L'appelante plaide que, après avoir fait ces constats et tiré ces conclusions, le juge de première instance ne pouvait tout simplement pas ordonner le retour des enfants en Espagne. Concernant le statut des enfants en Espagne, l'appelante reproche au juge d'avoir conclu que ce pays « tolérait » les enfants sur son territoire.

[29] Avec égards, je suis d'avis que l'appelante a tort.

[30] Premièrement, il faut rappeler que le texte même de la Loi, article 25 (et de la *Convention*, article 13) prévoit la possibilité du retour de l'enfant dans l'état de sa résidence habituelle même en cas de risque grave de danger physique ou psychique, ou de situation intolérable. « La Cour supérieure peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant [...] / *The Superior Court may refuse to order the return of the child (...)* ». [Je souligne]. Ceci étant, je reconnais qu'il est difficile d'imaginer un cas où un juge estimerait approprié d'ordonner le retour d'un enfant après avoir conclu à l'existence d'un risque grave de dommage physique ou psychique, ou d'une situation intolérable. Ce qui m'amène à mon second point.

[31] Le juge de première instance ne s'est pas arrêté à l'existence d'« un risque grave » de placer les enfants « dans une situation intolérable », il a poursuivi l'analyse en examinant de quelle manière ce risque pouvait être réduit, voire éliminé. Il a conclu qu'il en serait ainsi si l'appelante (qui a le statut de résidente permanente en Espagne et dont la mère, qui vit en Espagne, est citoyenne espagnole) pouvait accompagner les enfants lors de leur retour et être assurée d'un soutien adéquat pour satisfaire à ses besoins et à ceux des enfants jusqu'à ce que les tribunaux espagnols prennent la relève. D'où les efforts mis par le juge pour obtenir des engagements appropriés de la

part de l'intimé, de façon à éliminer tout risque lié au retour des enfants ou, à tout le moins, à le rendre acceptable.

[32] Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en procédant ainsi. Il n'y a pas matière à intervention. Ce qui m'amène au dernier moyen d'appel que l'appelante soulève à titre subsidiaire.

Des engagements reconnus et déclarés exécutoires par les tribunaux espagnols

[33] L'appelante plaide que le juge aurait dû exiger que les engagements pris par l'intimé soient reconnus et déclarés exécutoires par les tribunaux espagnols avant d'ordonner le retour des enfants. Les engagements pris au Canada n'ayant pas force de loi à l'étranger, l'appelante soutient qu'il était nécessaire de poser cette condition comme préalable au retour des enfants.

[34] La Loi (pas plus que la *Convention*) ne dit mot des engagements. Il s'agit d'une création du droit prétorien dont les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada³, reconnaissent quasi unanimement la valeur, dans la mesure où ces engagements respectent l'esprit de la Loi (et de la *Convention*).

[35] La question de soumettre ces engagements, ou, mieux dit encore, l'ordonnance qui en prend acte et qui ordonne à celui qui les prend de les respecter, à une procédure préalable de reconnaissance dans l'État de la résidence habituelle ou à l'obtention d'une ordonnance miroir de la part des autorités judiciaires de l'État de la résidence habituelle est laissée à la discrétion du juge saisi de la demande de retour. Cela n'est pas automatique et chaque cas est un cas d'espèce. Il faut comprendre que ce n'est pas toujours possible d'obtenir de telles décisions de la part des autorités judiciaires de l'État de la résidence habituelle des enfants. Il faut comprendre également que l'obtention de telles décisions entraîne inévitablement des délais et des coûts pour le parent qui a été victime d'un déplacement illicite de la part de l'autre parent. Il s'agit, dans chaque cas, de voir ce qu'il est possible, et nécessaire, de faire.

[36] En l'espèce, on voit, à la lecture du jugement du 10 décembre 2014, que le juge s'est posé la question et qu'il y a répondu (au paragr. 5) « [...] *Respondent's further representations do not permit the Court to conclude that these undertakings will not be complied with upon the return of the minor children to Spain* ». L'appelante ne me convainc pas qu'il y a ici matière à intervention dans ce qui constitue essentiellement un exercice de discrétion judiciaire. Le juge avait la preuve que les billets d'avion avaient été réservés, que l'intimé avait quitté la résidence familiale afin de permettre à l'appelante et aux enfants de s'y installer, que l'avocate de l'appelante avait reçu un montant d'argent suffisant pour couvrir dix semaines de pension alimentaire et, enfin,

³ *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, 599-600.

qu'un véhicule avait été loué afin d'être mis à la disposition de l'appelante et des enfants. Il faut comprendre enfin que l'intimé n'a pas avantage à manquer à sa parole, s'agissant là d'un fait que les autorités espagnoles qui seront saisies de la question de la garde, ne manqueraient pas de retenir contre lui dans un contexte où l'intérêt des enfants sera au cœur de l'analyse.

[37] Pour toutes ces raisons, l'appel m'apparaît mal fondé.

[38] Ceci étant, il reste quelques points à considérer avant de conclure. Premièrement, l'audience devant notre cour se tient à la fin du mois de mars alors que les deux enfants sont à l'école et que l'année scolaire ne se termine pas avant le 23 juin 2015. L'intérêt des enfants commande qu'elles finissent leur année scolaire avant de retourner en Espagne. Je propose donc que leur retour se fasse le 26 juin 2015.

[39] Deuxièmement, les engagements pris par l'intimé l'ont été en fonction d'un retour prévu le 15 décembre 2014. À l'audience, sous son serment d'office, l'avocate de l'intimé confirmait que son client réitérait les mêmes engagements. Je propose donc que la Cour en prenne acte et modifie l'ordonnance pour tenir compte du fait que le retour des enfants se fera le 26 juin 2015.

[40] Troisièmement, il semble que, pour toutes sortes de raisons, les enfants n'ont pas de contact avec leur père depuis les jugements dont appel. Cette situation doit être corrigée dès maintenant, pour valoir jusqu'au retour des enfants en Espagne. Les parties se sont déclarées prêtes à collaborer lors de l'audience. L'avocate de l'intimé a proposé deux contacts téléphoniques, ou par ordinateur, par semaine, l'un pendant la semaine, l'autre la fin de semaine. L'appelante est d'accord.

[41] Quatrièmement, il s'écoulera encore quelques semaines avant le retour des enfants, et de l'appelante, en Espagne. Je propose donc de prévoir une conclusion (semblable à ce qui avait été convenu en première instance, le 20 octobre 2014) ordonnant à l'appelante de ne pas quitter la province de Québec et de demeurer à une certaine adresse.

[42] Finalement, l'intimé dit craindre que l'appelante ne prenne la fuite avec les enfants vers les États-Unis ou vers Cuba (dont elle possède la citoyenneté) dès que les passeports (présentement aux mains de son avocate, depuis le jugement dont appel) lui auront été remis. Il demande à la Cour « d'ordonner que le Procureur général nomme une tierce partie qui rencontrera l'appelante et les enfants mineures à l'aéroport et qui remettra directement les passeports (...) à un agent de l'Agence des services transfrontaliers du Canada, afin que celui-ci puisse accompagner les enfants et l'appelante jusqu'à la porte d'embarquement et veiller à ce que tous les trois prennent l'avion sans encombre ».

[43] À l'audience, l'avocate de l'appelante s'est offerte pour remettre personnellement les passeports à l'appelante, à l'aéroport, lors de son départ pour l'Espagne, avec les enfants. Cette façon de faire laisse toujours la possibilité que l'appelante prenne ensuite l'avion pour une autre destination que l'Espagne, une fois en possession des passeports et après avoir passé les contrôles de sécurité. Malgré cela, j'estime que, dans l'état actuel du dossier, il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande extraordinaire qui n'a pas fait l'objet d'un débat en première instance. Ici encore, l'appelante n'a pas avantage à contrevenir à l'ordonnance de retour, s'agissant là d'un geste qui lui sera inévitablement reproché lorsque la question de la garde des enfants sera débattue. Par mesure de prudence, je propose toutefois que la Cour exige de M^e Marchi qu'elle ne remette pas les passeports à sa cliente avant 1) d'avoir vérifié que celle-ci est en possession de billets à destination de l'Espagne et 2) d'avoir obtenu de sa cliente l'assurance qu'elle ne prendra pas l'avion pour une autre destination que l'Espagne.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.