

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

90-19-CA

<u>J.M.</u>		<u>J.M.</u>	
	APPELLANT		APPELANT
- and -		- et -	
<u>I.L.</u>		<u>I.L.</u>	
	RESPONDENT		INTIMÉE

J.M. v. I.L., 2020 NBCA 14

J.M. c. I.L., 2020 NBCA 14

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 19, 2019

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 19 juillet 2019

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2019 NBQB 153

Décision frappée d'appel :
2019 NBBR 153

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
January 29, 2020

Appel entendu :
le 29 janvier 2020

Judgment rendered:
March 12, 2020

Jugement rendu :
le 12 mars 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Green

Souscrit aux motifs :
l'honorable juge Green

Dissenting reasons by:
The Honourable Justice Baird

Motifs dissidents :
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

For the appellant:
Céline Robichaud Fournier and
Michael J. Stangarone

For the respondent:
Monique Veillette and Sara Scaletta

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$2,500.

The cross-appeal is dismissed without costs.

Baird J.A., dissenting, would have allowed the appeal with costs of \$2,500.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Céline Robichaud Fournier et
Michael J. Stangarone

Pour l'intimée :
Monique Veillette et Sara Scaletta

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 \$.

L'appel reconventionnel est rejeté sans dépens.

La juge d'appel Baird, dissidente, aurait accueilli l'appel avec dépens de 2 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] I have had the benefit of reading my colleague’s reasons for decision. I agree with her synopsis of the facts and adopt them as such. In fact, the parties themselves do not differ much in their separate views of the background. Unfortunately, I do not agree with my colleague’s conclusion that the application judge erred.

[2] In my view, the application judge did not make any palpable and overriding errors that would justify appellate intervention. The judge reviewed and applied the proper jurisprudence, *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398, and applied the hybrid test which arises from it. She considered all of the factors, assessed the facts properly and made the ultimate judgment call – a judgment call which was hers to make.

[3] My colleague has also identified the correct standard of review. We part ways with respect to her considerations and observations of the application judge’s analysis.

II. Issues

[4] In the Notice of Appeal, the father listed seven grounds of appeal, with the first ground containing 14 particular errors. This list was reduced to six categories in the father’s written submission. In my view, the grounds of appeal can be summarized as follows:

- a. Did the application judge err in law by failing to apply the hybrid approach to determine the child’s habitual residence as outlined by the Supreme Court in *Balev*?

- b. Did the application judge commit a palpable and overriding error by misapprehending the relevant facts and evidence of this case?
- c. Did the application judge err in law in applying international jurisprudence?
- d. Did the application judge err in imposing transitory measures following the *Hague Convention* hearing?
- e. Can appellate courts award costs and disbursements arising from lower court proceedings when such relief was not requested in the original Application?

III. Standard of Review

[5] The standard of review in family matters dictates that trial judges' decisions must be given considerable deference (see *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at para. 8; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014).

[6] Similarly, in cases relating to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 ("*Hague Convention*"), and specifically cases reviewing the determination of a child's habitual residence, this Court must defer to the trial judge's findings of the facts, unless a palpable and overriding error exists. In *Balev*, the Supreme Court states:

Under Canadian law, whether habitual residence is viewed as a question of fact or a question of mixed fact and law, appellate courts must defer to the application judge's decision on a child's habitual residence, absent palpable and overriding error: see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 25 and 36. The need for deference may be inferred from the intention of the original states parties (see Pérez-Vera, at p. 445) and the

decision not to define habitual residence in the body of the *Hague Convention*. The goal was to avoid legal technicalities and to adopt a fact-based determination: see Pérez-Vera, at p. 445. [para. 38]

See also *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, [2017] N.B.J. No. 49 (QL), at para 3.

[7] Furthermore, appellate courts have the authority to decide the issues rather than order a new trial. In *Beairsto v. Cook*, 2018 NSCA 90, [2018] N.S.J. No. 489 (QL), the Nova Scotia Court of Appeal reviewed the test utilized by a trial judge to determine the “habitual residence” of a child pursuant to the *Hague Convention*. The court determined the test used was not correct pursuant to *Balev* and ordered the child be returned to Nova Scotia. Rather than ordering a new hearing, the Nova Scotia Court of Appeal exercised its authority and decided the merits of the Application. Beveridge J.A. stated:

The prevalent approach in Canada also appears to favour the appeal court to make the determination that was marred by legal error — whether it is about habitual residence or other issues of mixed fact and law — and decide the *Hague* application rather than order a new hearing (see *Ellis v. Wentzell-Ellis*, [...] at paras. 16, 27; *Balev v. Baggott*, 2016 ONSC 55 at para. 38, overturned on different grounds by *Balev v. Baggott*, 2016 ONCA 680; *Pollastro v. Pollastro*, 118 O.A.C. 169 at para. 29; *Bačić v. Ivakić*, 2017 SKCA 23).

However, appeal courts must still respect the applicable standard of review. This means that despite the application judge’s legal error, the appeal does not morph into a hearing *de novo* or a re-hearing of the *Hague* application. An appeal court must defer to the factual findings and determinations of mixed fact and law that are untainted by error in law or principle (see *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, [...] at para. 38; *Hammerschmidt v. Hammerschmidt*, 2013 ONCA 227 at para. 5). [paras. 92-93]

[8] In my view, the trial judge did apply the correct test to determine the child’s “habitual residence.” As stated by the Supreme Court, “[t]he hybrid approach is ‘fact-bound, practical, and unencumbered with rigid rules, formulas, or presumptions’” (*Balev*, at para. 47). No single fact is determinative. The trial judge considered the

entirety of the circumstances in deciding the matter and, as such, she did not commit a palpable and overriding error.

IV. Analysis

A. *Habitually resident – the hybrid approach*

[9] The term “habitually resident”, in relation to a child, is not defined in the *Hague Convention*. In *Balev*, the Supreme Court adopted the “hybrid approach” as the proper manner to determine habitual residence. In that decision, McLachlin C.J.C. delineated factors to assist judges in their deliberations. At paras. 40-47, she explained the different historical approaches to determining habitual residence. She elaborated upon the “hybrid approach” as follows:

On the hybrid approach to habitual residence, the application judge determines the focal point of the child's life — “the family and social environment in which its life has developed” — immediately prior to the removal or retention: *Pérez-Vera*, at p. 428; see also *Jackson v. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43 (Ont. S.C.J.), at para. 33. The judge considers all relevant links and circumstances — the child's links to and circumstances in country A; the circumstances of the child's move from country A to country B; and the child's links to and circumstances in country B.

Considerations include “the duration, regularity, conditions and reasons for the [child's] stay in the territory of [a] Member State” and the child's nationality: *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358, at para. 56. No single factor dominates the analysis; rather, the application judge should consider the entirety of the circumstances: see *Droit de la famille — 17622*, at para. 30. Relevant considerations may vary according to the age of the child concerned; where the child is an infant, “the environment of a young child is essentially a family environment, determined by the reference person(s) with whom the child lives, by whom the child is in fact looked after and taken care of”: *O.L. v. P.Q.* (2017) C-111/17, (C.J.E.U.), at para. 45.

The circumstances of the parents, including their intentions, may be important, particularly in the case of infants or young children: see *Mercredi*, at paras. 55-56; *A. v. A. (Children: Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1, at para. 54; *L.K.*, at paras. 20 and 26-27. However, recent cases caution against over-reliance on parental intention. The Court of Justice of the European Union stated in *O.L.* that parental intention “can also be taken into account, where that intention is manifested by certain tangible steps such as the purchase or lease of a residence”: para. 46. It “cannot as a general rule by itself be crucial to the determination of the habitual residence of a child ... but constitutes an ‘indicator’ capable of complementing a body of other consistent evidence”: para. 47. The role of parental intention in the determination of habitual residence “depends on the circumstances specific to each individual case”: para. 48.

It follows that there is no “rule” that the actions of one parent cannot unilaterally change the habitual residence of a child. Imposing such a legal construct onto the determination of habitual residence detracts from the task of the finder of fact, namely to evaluate all of the relevant circumstances in determining where the child was habitually resident at the date of wrongful retention or removal: see *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, at para. 17; see also *A. v. A.*, at paras. 39-40.

The hybrid approach is “fact-bound, practical, and unencumbered with rigid rules, formulas, or presumptions”: *Redmond v. Redmond*, 724 F.3d 729 (7th Cir. 2013), at p. 746. It requires the application judge to look to the entirety of the child’s situation. While courts allude to factors or considerations that tend to recur, there is no legal test for habitual residence and the list of potentially relevant factors is not closed. The temptation “to overlay the factual concept of habitual residence with legal constructs” must be resisted: *A. v. A.*, at paras. 37-39. [paras. 43-47]

[10] Therefore, no strict test to determine a child’s habitual place of residence exists. The application judge, when faced with the question, is required to consider a multitude of factors which relate to the child’s life. For example, the application judge may determine, as relevant factors, the following: the child’s connection to each country, the environment in which the child lives and the circumstances surrounding the move of the child. Although the mutual intention of the parents is weighed as a factor, it is not

solely determinative. The Supreme Court was clear in its instructions that no single fact or rigid rule should motivate the analysis (*Balev*, at paras. 44 and 47). The Court also stated that “there is no ‘rule’ that the actions of one parent cannot unilaterally change the habitual residence of a child” (*Balev*, at para 46).

[11] Following *Balev*, there has been Canadian jurisprudence regarding the return of children under the *Hague Convention* as well the habitual residence of children. This has all been reviewed by my colleague. In *Ludwig v. Ludwig*, 2019 ONCA 680, [2019] O.J. No. 4437 (QL), the Ontario Court of Appeal described the analytical framework for *Hague Convention* applications such as the one before us:

For ease of reference, I will summarize the governing analytical framework for *Hague Convention* applications below.

Stage One: Habitual Residence

- 1) On what date was the child allegedly wrongfully removed or retained?
- 2) Immediately before the date of the alleged wrongful removal or retention, in which jurisdiction was the child habitually resident? In determining habitual residence, the court should take the following approach:
 - a) The court’s task is to determine the focal point of the child’s life, namely the family and social environment in which its life has developed, immediately prior to the removal or retention.
 - b) To determine the focal point of the child’s life, the court must consider the following three kinds of links and circumstances:
 - i) The child’s links to and circumstances in country A;
 - ii) The circumstances of the child’s move from country A to country B; and
 - iii) The child’s links to and circumstances in country B.

- c) In assessing these three kinds of links and circumstances, the court should consider the entirety of the circumstances, including, but not restricted to, the following factors:
- i) The child's nationality;
 - ii) The duration, regularity, conditions and reasons for the child's stay in the country the child is presently in; and
 - iii) The circumstances of the child's parents, including parental intention.

End of Stage One: Two Outcomes

- 1) If the court finds that the child was habitually resident in the country in which the party opposing return resided immediately before the alleged wrongful removal or retention, then the *Hague Convention* does not apply and the court should dismiss the application.
- 2) If the court finds that the child was habitually resident in the country of the applicant immediately before the wrongful removal or retention, then the *Hague Convention* applies and the court should proceed to stage two of the analysis.

Stage Two: Exceptions

At this stage, the court shall order the return of the children unless it determines that one of the following exceptions applies:

- 1) The parent seeking return was not exercising custody or consented to the removal or retention (Article 13(a));
- 2) There is grave risk that return would expose the child to physical or psychological harm or place the child in an intolerable situation (Article 13(b));
- 3) The child of sufficient age and maturity objects to being returned (Article 13(2));

- a) Has the party opposing return met the threshold to invoke the court's discretion to refuse return?
 - i) Has the child reached an appropriate age and degree of maturity at which the child's views can be taken into account; and
 - ii) Does the child object to return?
- b) Should the court exercise its discretion to refuse to return the child? In considering whether to exercise its discretion to refuse return, the court should consider:
 - i) The nature and strength of the child's objections;
 - ii) The extent to which the objections are authentically the child's own or the product of the influence of the abducting parent;
 - iii) The extent to which the objections coincide or are at odds with other considerations relevant to the child's welfare; and
 - iv) General *Hague Convention* considerations.
- 4) The return of the child would not be permitted by fundamental human rights and fundamental freedoms of the requested state (Article 20); or
- 5) The application was brought one year or more from the date of wrongful removal or retention, and the judge determines the child is settled in the new environment (Article 12). [para. 40]

[Emphasis added.]

[12]

Beirsto dealt with an appeal quite similar to the situation before us. In that case, the mother submitted the application judge erred in law in his determination of the child's "habitual residence" pursuant to the *Hague Convention*. In the decision, Beveridge J.A. referred to the hybrid approach and reiterated the factors enumerated in

Baley, as well as those found in *A. v. A. (Children: Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, a decision of the Supreme Court of the United Kingdom. In the end, the Nova Scotia Court of Appeal overturned the application judge by determining Nova Scotia was the child's habitual residence.

[13] In the case before us, the application judge relied on the proper jurisprudence and conducted a methodical analysis with respect to the evidence presented. The application judge wrote: "Relying on the above principles, I must apply the hybrid approach to determine the child's habitual residence immediately before the alleged wrongful retention, that is before February of 2019. I must consider the entirety of the child's situation" (para. 69).

[14] The application judge set out the facts of this case equitably. She provided an overview of the parents' separate ancestry and culture and described their life together. The application judge made references to historical facts, as well as facts in existence at the time of the hearing, thus indicating her awareness of the parties' current circumstances. She referred to the child's connection to both his paternal and maternal grandparents. In my view, the majority of the facts outlined describe the parties' situation prior to their separation and the date of the alleged wrongful retention, February 6, 2019.

[15] Interestingly, the factual situation delineated by the application judge was based, to a greater extent, on the testimony and recollections of the father. As indicated, the application judge stated in her decision, "[a]s I was writing the facts of this case, if there was a difference between [the father]'s testimony and that of [the mother], I have chosen to believe [the father]" (para. 55). In my view, this suggests the trial judge was extremely cognizant of the father's version of the facts, and his position.

[16] In her written submission, the mother sets out the factors the application judge took into consideration in arriving at her determination. I can do no better than to reproduce this portion of the brief:

[...]

Stage 1: Habitual residence

- 1) The application judge alludes to the fact that [the father] revoked his consent for the child to remain in Canada on the date of the parties' separation, being February 2019 [...]. As well, the application judge found that the date of the alleged wrongful retention was in fact on February 6, 2019 [...]. Following this determination, the application judge proceeded to the second step of the first stage to determine the child's habitual residence.
- 2) At the second step of this stage, the application judge considered all facts she deemed relevant, including, but not limited to:

The focal point of the child's life – family and social environment

- a) the father's family and parties' friends are in Texas[;]
- b) the child had a medical doctor in Brenham, Texas[;]
- c) it was [the mother] who remained home and was present to look after the child's needs immediately following his birth[;]
- d) [the father] also helped with the care of the child when he returned from work in the evenings[;]
- e) [the mother] cared for all the needs of the child in Canada[;]

Links to each country and circumstances of the child's move

- f) the child was born in Brenham, Texas[;]
- g) the couple attended multiple prenatal appointments in Texas[;]
- h) the couple attended multiple postnatal appointments in Texas[;]
- i) visits with [the father's] family and parties' friends in Texas[;]
- j) activities in Texas[;]
- k) most of the child's belongings remain in Texas[;]
- l) child's first trip to Canada (month of February 2018) [;]
- m) from August 2018 to February 2019, the child's environment became the maternal grandparents' home[;]
- n) the child attends daycare in Sackville, New Brunswick;
- o) child's relationship with [the mother's] family[;]

- p) [the mother] and the child were beneficiaries of a medical and dental plan through [the mother's] employer[;]

Entirety of the circumstances

- q) the child is both a Canadian and an American citizen[;]
- r) child lived in Texas between September 8, 2017 and August 2018[;]
- s) child lived in Canada between August 2018 and February 2019[;]
- t) the parties' intention was that the family would continue to live in Brenham, Texas[.]

[17] In my opinion, the application judge employed the correct test and applied it properly to the facts of this case in reaching her determination. I find no palpable or overriding error.

B. *The relevant facts and evidence*

[18] It is trite law that Courts of Appeal cannot retry a case: see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 3; *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] N.B.J. No. 203 (QL), at para. 15; *A.D. v. A.D.*, 2018 NBCA 83, [2018] N.B.J. No. 298 (QL), at paras. 10 and 27; *Vaughan v. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 N.B.R. (2d) 286, at para. 7; *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99, at para. 12; *Bartlett v. Murphy*, 2012 NBCA 44, 388 N.B.R. (2d) 388, at paras. 2-3.

[19] In *Van de Perre*, Bastarache J. referred to a judge's obligation to discuss evidence in a case:

In preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of these factors in light of the evidence adduced at trial; however, this is not to say that he or she is obligated to discuss every piece of evidence in detail, or at all, when explaining his or her reasons for awarding custody to one person over another. This would indeed be an unreasonable requirement at the end of a 26-day trial. Because of this, trial judges might sometimes appear to stress one factor over another and, in fact, it may be said that this is inevitable in custody cases which are

heavily dependant on the particular factual circumstances at issue. This situation does not open the door to a redetermination of the facts by the Court of Appeal.

[para. 10]

[20] The father contends the application judge made 14 errors of law, fact or mixed law and fact. He claims the application judge failed to properly consider the parents' mutual intention, placed too much weight on the fact that the mother was the child's primary caregiver, and relied on facts which occurred after the alleged retention of the child. I do not agree. The application judge did not misapprehend the facts, nor did she commit an error in law. I would dismiss this ground of appeal.

(1) Mutual intention of the parties

[21] In her decision, the application judge specifically referenced the parties' intention to live as a family in the state of Texas on two occasions:

According to [the father], the plan was that the family would continue to live in his home in Brenham, Texas. He never intended to sell his business, his home, nor move to Canada. The house was set up for the family to live in including the child's bedroom. At the time of this hearing, his plan had not changed. Even the family pet remained at the home.

[...]

The couple's plan was that [the mother] would come to Canada and return to her permanent employment as a teacher. At the time, the child was still breastfed and [the father] agreed that the child should be with his mother. The family would get together as frequently as possible, either by [the father] coming to Canada or [the mother] and the child going to Texas. The time in Canada would be either six months or a full school year. In August of 2018, [the father] signed the first consent to allow the child to travel to Canada. According to the plan, this would be temporary and [the mother] and the child would return to Texas.

[paras. 27 and 32]

[22] In fact, the “intention of the parents” was the starting point of the application judge’s hybrid analysis after she reviewed the legal principles. She said:

Looking firstly at the intention of the parents prior to the date of the alleged wrongful retention in February of 2019, I am satisfied that the intention of both parties was that [the mother] and the child would be returning to Texas. When [the mother] left Texas for New Brunswick by the end of August 2018, the parents’ intention was that it would be temporary and that the child, and [the mother], would return to [the father’s] home in Brenham, Texas. They would return to the residence where the child’s bedroom was on the last day of the hearing, fully furnished with some of his clothing and toys. The family pet remained at the home. The house was not sold, and [the father] still operates the cement business. During [the mother] and [the child’s] stay in Canada, the plan was that there would be visits whereby the father would come to New Brunswick as much as possible and [the mother] and the child would go to Texas as much as possible. [para. 70]

[23] In *Balev*, the Supreme Court clearly stated application judges must examine all relevant facts. The Court also explained:

The circumstances of the parents, including their intentions, may be important, particularly in the case of infants or young children [...]. However, recent cases caution against over-reliance on parental intention. [...] [para. 45]

[24] It is clear from the decision the application judge was alive to the parties’ intention yet, applying the hybrid test, she determined the child’s habitual residence prior to the wrongful retention was New Brunswick. I find no error.

(2) Child’s primary caregiver

[25] The father also maintains the application judge erred by only examining the social and family environment of the child in the context of his dependency on the mother. I do not agree.

[26] In determining habitual residence under Article 3 of the *Hague Convention*, the application judge is not bound by strict “rules, formulas, or presumptions” (*Balev*, at para. 47). Rather, the application judge must review all relevant considerations emanating from the facts of the case.

[27] *Balev* instructs that relevant considerations may vary depending on the age of the child. Typically, an infant or a toddler’s environment will be linked to the parent who looks after the child’s every need:

[...] where the child is an infant, “the environment of a young child is essentially a family environment, determined by the reference person(s) with whom the child lives, by whom the child is in fact looked after and taken care of” [...]. [para. 44]

[28] The application judge referred to each of the parties’ roles in the child’s life. She determined the mother had shouldered a greater portion of the responsibility of the child’s care both while living in Texas and in New Brunswick.

(3) Facts following the date of the wrongful detention

[29] In her decision, the application judge did review facts which occurred prior to the alleged wrongful retention. Although she did refer to facts in existence at the time of the hearing, these were not substantial and were in existence during both periods. The mother was breastfeeding the child both prior to February 6, 2019, as well as at the time of the hearing. The child was a toddler prior to the wrongful retention and at the time of trial. The mother was the primary caregiver prior to February 6, 2019, and at the time of the hearing.

[30] Therefore, the application judge did not err in reviewing the environment of the child and determining it in light of the mother’s circumstances. Furthermore, she did not err in stating facts which did exist at the time of the hearing – facts which were merely used for contextual purposes.

(4) Best interests of the child

[31] The father submits the application judge erroneously applied a “best interests of the child” analysis in her determination of the Application.

[32] The “best interests of the child,” as defined in s. 1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, directs courts to review a myriad of considerations and facts. The application judge does not mention this definition in the decision, nor does she refer to any of the relevant circumstances arising from the definition. The application judge does not, at any time, apply the best interests of the child test, either expressly or implicitly to her analysis. I would therefore dismiss this ground of appeal.

C. *International jurisprudence*

[33] In his Notice of Appeal, the father contends the application judge “erred at law in relying on European jurisprudence grounded in the *Brussels II Regulation*”, and the application judge “erred at law in relying on the decision of *A. v. A.* quoted by her in paragraph 50 of her decision.” At the hearing of the appeal, counsel for the father withdrew this ground of appeal. Despite this, I would like to take the opportunity to address the contention in *obiter*.

[34] The application judge does not reference international jurisprudence directly. Rather, she discussed *Balev* and *Beirsto*, both of which cited international jurisprudence, including *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358 and *A. v. A.* (*Balev*, at para. 44; *Beirsto*, at paras. 48-50 and 109, cited at para. 67 of the application judge’s reasons).

[35] The Supreme Court has directed the following when courts are faced with cases involving international treaties: “this Court should prefer the interpretation that has gained the most support in other courts and will therefore best ensure uniformity of state practice across *Hague Convention* jurisdictions, unless there are strong reasons not to do so” (*Balev*, at para. 49). Although the application judge did not directly refer to

international jurisprudence, it is not an error in law to do so considering the international application of the *Hague Convention*.

D. *Jurisdiction to impose transitory measures*

[36] Once she determined the child's habitual residence, the application judge put in place transitory measures in anticipation of the pending hearing regarding custody and access. She was correct to do so, otherwise, the child's status would be uncertain until the application for custody and access is heard in New Brunswick.

[37] The application judge invoked her *parens patriae* jurisdiction to do so. In New Brunswick, s. 11(9) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, grants this jurisdiction. As well, the preamble of the *Hague Convention* states:

Preamble

The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

[38] In *New Brunswick (Attorney General) v. Majeau-Prasad* (2000), 229 N.B.R. (2d) 296, [2000] N.B.J. No. 363 (Q.B.) (QL), Robichaud J. commented on the court's jurisdiction to impose transitory measures following a hearing under the *Hague Convention*. Referring to *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, [1994] S.C.J. No. 6 (QL), and the preamble of the *Hague Convention*, she found the court has jurisdiction to impose transitory measures to minimize the harmful effect of a possible abrupt change in the child's life:

With respect for those who may hold a different view, I do not read the reasoning of L'Heureux-Dubé, J., or of La Forest, J., as limiting the court's power to impose transitory measures to only those provinces that have incorporated the *Convention* into a broader general statute dealing with custody and access such as was done in the Manitoba Act at issue in *Thomson*.

The *Convention* speaks of the paramountcy of the interests of children and protecting them from the harmful effects of wrongful removal. I agree with Helper, J.A., that in applying the *Convention* the Court can impose measures to protect the child from the effects that an abrupt change can produce. The realistic and reasonable way of lessening the impact on Inuk is through the imposition of transitory measures; provided however that such are within the spirit of the *Convention* and do not frustrate the prompt return scheme which its orders are intended to achieve.

[paras. 70-71]

[39] As well, in *D.G. v. H.F.*, 2006 NBCA 36, 297 N.B.R. (2d) 329, this Court stated the following with regards to the *parens patriae* jurisdiction:

The *parens patriae* jurisdiction is a residual jurisdiction of the court based on necessity which may be raised only in special circumstances when there is a material gap in the legislation that the court is required to apply. [para. 21]

[40] As it is not explicitly directed in the *Hague Convention*, the application judge was well within her jurisdiction to order, on an interim basis, that the mother have sole custody of the child “until this matter is dealt with by the Court in New Brunswick, Canada” in accordance with the Court’s *parens patriae* jurisdiction (para. 85).

E. *Costs of the lower court proceeding*

[41] The father has requested this Court to award costs to him for the lower court proceedings. In the Notice of Application filed by the father on June 5, 2019, he did not request costs. The request for costs was not made at the hearing. Although this

question need not be addressed as the appeal is dismissed on other grounds, I would have declined awarding this relief.

F. *Cross-Appeal*

[42] The mother filed a cross-appeal composed of two grounds:

- a. Did the application judge err in law and in principle in failing to render sufficient reasons for not awarding costs to the mother in accordance with Rules 59.01, 59.02 and 59.08 of the *Rules of Court of New Brunswick*?
- b. Did the application judge err in law in failing to award costs and disbursements to the mother in accordance with rules 59.01, 59.02 and 59.08 of the *Rules of Court of New Brunswick* when the mother was the successful party in this matter?

[43] In *D.G. v. M.G.*, 2019 NBCA 69, [2019] N.B.J. No. 281 (QL), this Court had the opportunity to discuss costs:

This Court has confirmed that a cost award is in the discretion of the trial judge, and it will not intervene unless it is satisfied that the exercise of discretion was manifestly wrong. In *M.R. v. J.R.*, Baird J.A. wrote as follows:

I conclude the trial judge erred when she failed to order costs. Many of the delays were the result of J.R.'s failure to comply with his undertakings and disclosure obligations. In spite of M.R.'s repeated requests for interim costs, they were deferred to be determined at trial. Rule 59 enumerates the criteria a court should consider when making an award of costs. In *D.E. v. L.E.*, 2014 NBCA 67, [2014] N.B.J. No. 289 (QL), Larlee J.A. writes:

According to Rule 59 of the *Rules of Court*, the costs of a proceeding are in the discretion of the court, which may determine by whom and to what extent costs shall be paid. I reiterate the

comments of Drapeau J.A. (as he then was) in *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. v. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (C.A.) (QL) on the issue of the awarding of costs following an event:

It is undoubtedly true that, where the trial judge has exercised his or her discretion as to costs, this Court will not intervene unless it is satisfied that the exercise of discretion was manifestly wrong. See *Williams et al. v. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10 (C.A.). [...] [para. 34]

The party who recovers judgment is normally entitled to costs, although a judge may exercise his or her discretion by refusing to make such an award: *Flieger v. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 N.B.R. (2d) 322. [paras. 23-24]

[para. 100]

This Court has also stated that “[c]osts awards are indisputably squarely within the purview of the trial judge, and should not be lightly interfered with by the appellate court. That said, when circumstances warrant, appellate intervention is appropriate” (see *Knowles Estate v. Knowles*, 2016 NBCA 62, [2016] N.B.J. No. 235 (QL), at para. 28). This Court has also determined that “[t]he trial judge is vested with a very broad discretion in relation to the assessment of costs”: *L.T.G. v. C.J.G.*, 2011 NBCA 12, 369 N.B.R. (2d) 202, at para. 14. [paras. 52-53]

[44] I would not interfere with the application judge’s determination that each party should be responsible for their own costs.

V. Disposition

[45] I would dismiss the appeal with costs of \$2,500. Considering this is a *Hague Convention* case, I would invoke s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B.

2002, c. O-0.5, and direct that this decision be published in one official language and, thereafter, at the earliest possible time, in the other official language.

The dissenting reasons of

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[46] This appeal engages Article 3 of the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (“*Hague Convention*”). It is an appeal from a decision of the Court of Queen’s Bench in which a judge declared the Province of New Brunswick the habitual residence of a child. The father appeals, asserting the judge made several errors: notably, she misinterpreted the recent decision of the Supreme Court on point. In *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398, the majority adopted a hybrid approach to the determination of a child’s habitual residence in child abduction and retention cases. To date, there have been seven appellate decisions in Canada where Article 3 has been discussed and interpreted in light of this new approach. This appeal gives the Court its first opportunity to consider the hybrid approach to the unlawful removal or retention of children in international child abduction cases. Canadian jurisprudence remains divided as to whether *Balev* applies in domestic cases (see *Kong v. Song*, 2019 BCCA 84, [2019] B.C.J. No. 337 (QL); *Smith v. Smith*, 2019 SKQB 280, [2019] S.J. No. 440 (QL); *Z.A. v. A.A.*, 2019 ONSC 5601, [2019] O.J. No. 5171 (QL)).

II. Background

[47] The father is an American citizen who lives in a small city in the State of Texas. The mother is a Canadian citizen who has historically lived in New Brunswick. In 2016, the mother took a one-year leave of absence from her job as a teacher and moved to the United States. She did not have a work visa when she crossed the United States border under the pretence of visiting family members in the State of Massachusetts. She obtained employment in Texas on a horse ranch and she met the father in November 2016. The father owns a small concrete business which he operates from a shop located on his property.

[48] In December 2016, the mother advised she was pregnant with their child, and, in May 2017, she moved into the father's home. The evidence established that the father attended all pre-natal classes except for one, which he missed due to work commitments. The second bedroom in the home was prepared for the birth of the child, and family and friends assisted the couple with baby showers. The child was born in Texas on September 8, 2017. The father attended the birth, and he attended most of the child's medical appointments following the birth, including a visit to a lactation consultant. Following the birth, the mother took maternity leave and was at home during the day with the child. Both parents were active and engaged caregivers for the child. There was no allegation of domestic abuse.

[49] The child has an American and a Canadian passport. By agreement, the father consulted legal counsel in the United States to arrange for a work visa for the mother. The evidence was that this couple had no plans to move to Canada. In fact, they had discussions about renovating another house owned by the father, to accommodate the family. The paternal grandparents live in the same community and the grandmother visited the home at least once a week. Affidavits filed by friends advised that both parents were loving and caring with a social network in the community that included them in various activities.

[50] In February 2018, the parents agreed that the mother could travel with the child to New Brunswick to visit her family. The father signed a Consent to Travel document granting her permission to travel with the child for this purpose. At this juncture in the reasons, I believe it useful to set out a time line which tracks the movement of the child between Canada and the United States prior to the alleged retention.

Trip #1: The mother left Texas on February 6, 2018, and travelled to New Brunswick with the child for a visit. She resided with her parents. The father joined them for the last week of the visit and they returned together to Texas on March 6, 2018;

- Trip #2: By agreement, the mother returned to New Brunswick with the child on August 19, 2018, so that she could resume her employment for a period of the school year only, ostensibly to save money. The plan was that the parents would travel back and forth between Canada and the United States with the child as often as they could. The mother ensured the father had daily FaceTime conversations with the child. The mother lived with the child at her parents' home, and the child attended day care during her working hours. Both parents travelled back and forth between New Brunswick and Texas frequently;
- Trip #3: The father visited New Brunswick in September 2018, for ten days;
- Trip #4: The mother travelled to Texas with the child from November 8-12, 2018;
- Trip #5: The father travelled to New Brunswick to visit from December 19-26, 2018;
- Trip #6: The mother travelled to Texas with the child and stayed there from December 26, 2018 to January 5, 2019.

[51] On February 6, 2019, the parents terminated their relationship. The judge determined that this is the date when the "alleged" retention of the child occurred and when the father revoked his consent for the child to remain in Canada. At that time, the child had resided in Texas from his birth in September 2017 until August 2018. He had resided in New Brunswick from late August 2018 to February 6, 2019, with the exception of those weeks he travelled to Texas as noted.

A. *The proceedings*

[52] In September 2018, the father obtained an *ex parte* court order from a Texas court which declared the State of Texas as the official place of residence of the child and prohibited the removal of the child from Texas without consent or a court order. The mother received a copy of these documents in September 2018, when they were left by the father following one of his visits to New Brunswick; however, she was not formally served with the documents until March 2019. From the exchange of text messages that occurred following September 2018, it is clear the father wanted an assurance that she was sincere in her plans to return to Texas in June 2019.

[53] On February 6, 2019, the mother commenced an application for the sole custody of the child pursuant to the provisions of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 (the “*Act*”). The father was served with those documents on March 9, 2019. The mother cancelled a planned trip with the child to Texas that month, and she restricted access to the father. When he visited New Brunswick thereafter in March, the mother insisted his access be supervised, and he stayed at the residence of the mother’s sister.

[54] On April 24, 2019, a Case Management Master of the Court of Queen’s Bench granted an interim order, declaring the child’s habitual residence to be the Province of New Brunswick on an interim basis and granting interim custody of the child to the mother pursuant to the *Act*. On April 30, 2019, the father filed an application under the *Hague Convention* for the return of the child to the State of Texas. Those documents were received by the Central Authority in New Brunswick on May 16, 2019.

[55] On June 5, 2019, the father filed an application pursuant to Article 12 of the *Hague Convention*, enacted in New Brunswick as the *International Child Abduction Act*, R.S.N.B. 2011, c. 175, requesting the return of the child to the State of Texas. It was this latter application that was heard by the judge on July 8 and 9, 2019, during which there was both *viva voce*, and affidavit evidence. The judge concluded the child was habitually resident in New Brunswick prior to February 2019, the retention was not

wrongful within the meaning of Article 3 of the *Hague Convention*, and she declined to conduct an analysis under Article 12 on that finding.

III. Grounds of Appeal

[56] The father appeals, asserting several errors both in fact, in law and in mixed fact and law. They are summarized as follows:

- a) The judge failed to weigh the objectives of the *Hague Convention* as set out in the preamble when she considered the child's circumstances at the time of the hearing, rather than at the time of the retention of the child by the mother;
- b) The judge failed to correctly apply the hybrid model set out by the Supreme Court in *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398;
- c) The judge committed reversible error when she conducted a best interests of the child analysis, an analysis that occurs during a custody hearing following a determination of jurisdiction;
- d) The judge erred at law when she relied on the interim custody order made by a Master as part of the mother's application for custody under the *Act*, given the *Hague Convention* directs that such orders are automatically stayed and have no effect pending the determination of a *Hague Convention* application;
- e) The judge erred when she relied on European jurisprudence grounded in the *Brussels II Regulation* (this ground was not pursued before us);
- f) The judge erred when she relied on the principle of "settled intention" set out in Article 12 of the *Hague Convention*, which applies only if an application is commenced after one year of the wrongful retention.

IV. Standard of Review

[57] The Court has reiterated many times that decisions of trial judges in family cases are entitled to deference, unless it is found the judge committed a palpable and overriding error in fact, or mixed fact and law, or made a reversible error in law by applying an incorrect standard to the facts of a particular case. On material error, *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, articulates the standard of review as follows:

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. [...] [para. 15].

[58] In *Balev*, the Supreme Court writes that habitual residence of a child is a question of fact or mixed fact and law. The hybrid approach is fact-bound, practical and unencumbered by rigid rules or presumptions (para. 47). In *O.M. v. E.D.*, 2019 ABCA 509, [2019] A.J. No. 1716 (QL), the court writes:

The proper interpretation of the *Hague Convention* is a question of law reviewed for correctness. The place of “habitual residence” of the child is a question of mixed fact and law reviewed on the standard of palpable and overriding error: *Balev* at paras 32 and 38. [para. 15]

[59] Therefore, a trial judge’s decision concerning habitual residence is entitled to deference, unless it is found the judge committed a palpable and overriding error in fact, or misapplied the law (*Balev*, at para. 38). For the reasons that follow, I conclude such an error occurred in this case.

V. Analysis

A. *The hybrid approach to determining habitual residence under the Hague Convention*

[60] The analysis will begin with a summary of the hybrid approach set out in *Balev*, with a brief nod to recent judicial treatment of the approach by appellate courts in Canada. I will then review the application judge’s decision in light of that approach.

[61] The *Hague Convention* is an International Treaty signed by Canada on October 25, 1980. In New Brunswick, it is given effect by the *International Child Abduction Act*, as noted. The legislation governs those cases where a child is unlawfully removed from its country of habitual residence or is being unlawfully retained by a parent in a country that is not its habitual residence. The *Hague Convention* has received more attention in recent years, largely as a result of the increasingly mobile world population.

[62] An application under the *Hague Convention* for the return of a child should be heard quickly. In *Balev*, McLachlin C.J.C. drew the comparison with the decision in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, that there should not be a protracted delay in the hearing of these cases. Professor Nicholas Bala, in an article entitled, “*O.C.L. v. Balev*: Not an ‘Evisceration’ of the *Hague Convention* and the International Custody Jurisdiction of the CLRA” (presented at the Family Law Summit of the Law Society of Ontario, March 19, 2019; revised and published in 38 C.F.L.Q. 301), observes that these applications should be heard by way of affidavit evidence, if at all possible (pp. 310-11; see also *Kong v. Song*, at para. 59). In Ontario, oral evidence is generally heard if a parent raises an exception under Article 13, that is, the child’s return might pose a danger or risk to him or her, and there would be a need to hear oral evidence. It does not follow that a hearing will automatically take place in every application. This need for an expeditious resolution was front and centre in the Supreme Court’s analysis in *Balev*. An expedited process is also consistent with the protection of the rights of the “left-behind parent” (*Balev* at paras. 23-27). The public policy objective behind a quick resolution is to deter child abduction.

[63] In *Balev*, McLachlin C.J.C. wrote:

[...] Judges seized of *Hague Convention* applications should not hesitate to use their authority to expedite proceedings in the interest of the children involved. Unlike much civil litigation in Canada, *Hague Convention* proceedings should be judge-led, not party-driven, to ensure they are determined expeditiously. [para. 89]

[64] I agree. The preamble to the *Hague Convention* recognizes the imperative to protect children internationally from the harmful effects of wrongful removal or retention and to ensure a prompt state response to their return to the state of their habitual residence, absent the narrow exceptions listed in Article 13. In fact, Article 11 of the *Hague Convention* states these applications should be resolved in six weeks unless there is an explanation otherwise.

[65] Under the *Hague Convention*, wrongful removal or retention of a child aged sixteen years or younger occurs in violation of custody rights under the law of the state in which the child was habitually resident immediately at or before the retention, provided those rights were being exercised either jointly or alone, or would have been so exercised, but for the removal or the retention of the child, as was the situation in this case. The focus of an application heard under Article 3 is to determine the jurisdictional question, not the custodial question.

[66] Professor Bala writes: “A child is presumptively to be returned to the jurisdiction of habitual residence if there has been a wrongful removal or retention” (p. 319). Further, determining whether there has been a wrongful removal or retention in violation of custody of the left-behind parent is to be decided under the law of the child’s habitual residence. There has been considerable litigation on this question since *Balev*, largely because the term “habitual residence” is not defined in the *Hague Convention*. In *Balev*, the Supreme Court concluded a child’s habitual residence is determined at the time immediately before the alleged wrongful retention (para. 36). Evidence about the child’s adjustment, or events occurring thereafter, is not admissible to determine the issue of

habitual residence, although it could be relevant to the issue of acquiescence, or grave risk or intolerable situation, should the child be returned (Article 13).

[67] In this case, proceedings under the *Hague Convention* were initiated in March 2019; however, the hearing did not occur until July. In my view, this delay is inconsistent with the principle of expedited hearings set out in *Balev*, as noted.

[68] I refer to this to highlight the fact that, in this case, it is only the links the child had to New Brunswick between August 19, 2018, to February 6, 2019, that were relevant to the analysis under Article 3. Evidence of the child's links to New Brunswick from February 6, 2019, to the date of the hearing should have no bearing on the decision.

[69] Prior to *Balev*, international jurisprudence identified three approaches to determining habitual residence: the parental intention approach, the child-centred approach, and the hybrid approach, first identified by Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis* (Oxford, UK: Hart Publishing, 2013). As a result of *Balev*, the first two approaches have been rendered redundant.

[70] In *Balev*, the parents were Canadian citizens who moved to Germany where their two children were born. The children spent their childhoods living in Germany. There were problems in the marriage, so the parents decided the mother would temporarily move to Canada with the children for a year and the children would attend school in Canada. The mother and the children arrived in Canada in April 2013. The plan was that the mother would return to Germany around August 15, 2014. The father visited the family twice. In March 2014, the father revoked his consent and commenced a *Hague Convention* application. He also applied for custody of the children in Germany. The father was unsuccessful in the court of first instance. The German Court of Appeal concluded that it lacked jurisdiction, the children were habitually resident in Canada and it had become their habitual residence over a period of eighteen months. The father continued his application in Canada. At that time, the children were twelve and nine years of age. The Ontario court found the children were still habitually resident in Germany and that prior to the retention of the children in Canada, the parents did not have a

“settled intention” the children would stay in Canada. This decision was upheld on appeal. By the time this case was before the Supreme Court, it was moot, as the mother had returned to Germany with the children, a custody hearing had been held, and she was granted custody of them.

[71] In her reasons, McLachlin C.J.C. writes that, under the hybrid approach, instead of focussing on parental intention and the child’s acclimatization, a judge considers all relevant considerations, including the child’s life, as well as the family and social environment in which his or her life has developed immediately prior to the retention. Those considerations include:

- a) The duration, regularity, conditions and reason for the child’s stay in the member state;
- b) The child’s nationality;
- c) The age of the child;
- d) The circumstances of the parents and their intentions, particularly in cases involving infants and younger children who have not formed strong community and social attachments; and
- e) The family environment, which includes the person with whom the child lives and who is caring for the child.

[72] In *Balev*, the children were both interviewed by professionals to obtain their views concerning custody. The Supreme Court placed significant weight on those views, particularly given the ages of the children. They had settled into their schools, they had friends and they did not wish to return to Germany. The Supreme Court emphasizes, more than once in the decision, that evidence concerning a child’s settlement into a new country is not relevant to determining habitual residence, although it may be considered within the context of Articles 12 or 13 (para. 66). This principle was also applied in *Ludwig v. Ludwig*, 2019 ONCA 680, [2019] O.J. No. 4437 (QL), where the court conducted the *Balev* analysis of the circumstances of the child immediately before the retention. In that case, there were four children between the ages of nine to fifteen. The mother’s move to Canada was considered temporary. When the father commenced his

application for their return, the three older children expressed the desire to remain in Ontario. The youngest child did not express a preference. The application judge determined the focal point of the children's lives, their "family and social lives" were established in Ontario by August 2018, the date when the wrongful retention was determined to have started.

[73] At para. 59 of *Balev*, the Supreme Court concludes the hybrid approach fulfils the goals of the *Hague* Convention for the following reasons:

- i) It deters parents from abducting a child in an attempt to establish links with a jurisdiction that may grant them custody;
- ii) It facilitates an expedited adjudication of custody and access disputes in the habitual residence of the child;
- iii) It protects children from the harmful effects of wrongful removal and retention.

[74] McLachlin C.J.C. emphasizes that this approach takes into consideration the factual connection between the child and the other jurisdiction, as well as the reason for the move. This allows, as she states, for custody cases to be determined in the most convenient forum which mirrors a *forum conveniens* analysis, with the best evidence available in the child's habitual residence. She observes that an application judge's decision should be based on the entirety of the child's situation and that no one factor dominates the analysis (paras. 44 and 47). Justices Moldaver and Rowe, in dissent, query whether the hybrid approach is consistent with the policy objectives of the *Hague Convention*.

[75] *Balev* also tackled the question whether, or not, one parent can unilaterally change a child's habitual residence. At paras. 46-47, the majority concludes that it is possible, in some cases, for one parent to change a child's habitual residence in spite of an agreement to the contrary. In *Beirsto v. Cook*, 2018 NSCA 90, [2018] N.S.J. No. 489

(QL), Beveridge J.A. concluded a child's habitual residence had changed to Nova Scotia and discussed *Balev* in this context. The mother was a Canadian citizen who gave birth to the parties' child in Washington State. The relationship was intermittent prior to the birth and after. The mother resided with the father for only 42 days following the birth of the child and then returned to Nova Scotia, following an incident of domestic violence. The father had consented to the stay in Canada with the child on a temporary basis; however, the plans for the couple, ongoing, were described as vague. There was evidence the relationship between the mother and the father was abusive. The father revoked his consent after five months, and then, six months later, he started a *Hague Convention* application. The Court of Appeal concluded that by the time the father revoked his consent, in June 2017, the child's habitual residence was in Nova Scotia. The judge, in the case before us, relied heavily on *Beirsto* when reaching her decision. In my view, the facts in *Beirsto* are distinguishable as I will explain.

[76] The facts in *O.M. v. E.D.*, are similar to the facts in this case. There, the application judge determined the child's habitual residence was Spain for the purposes of the custody hearing. The mother successfully appealed, and the child's habitual residence was determined to be in Alberta. The parents started cohabiting in 2009. The father was both a French and a Canadian citizen, while the mother had dual Dutch and Canadian citizenship. The child was born in Canada in 2018 and held a Canadian passport. The parents moved to France in the fall of 2018, so that the mother and child could be closer to the father, who was then working in Chad. The family lived in France for three months. In January 2019, they moved to Spain where they lived until May 2019. On May 5, 2019, the mother and the child, without notice to the father, left Spain, travelled to Alberta and took up residence in Calgary. The father started a *Hague Convention* application in Spain under Article 3 for the return of the child. The only issue on appeal was the application judge's decision concerning the habitual residence of the child.

[77] The Alberta Court of Appeal concluded the application judge fell into error for the following reasons:

- a) The rejection by the application judge of the possibility that Calgary could be considered a potential habitual residence because it was not the place where the child had resided “immediately” before his removal (para. 22); and
- b) There was a “contested and unproven allegation of an agreement on a time-limited stay” in Spain, and the judge placed too much weight on parental intention (para. 23).

[78] The Appeal Court writes that the possibility “Alberta was the child’s habitual residence was a very serious issue on the uncontested facts” (para. 24). Similarly, as in the case before us, the court concludes, although the child had lived in Europe for the seven months immediately prior to his removal, it was an error to “fail to at least give consideration to Alberta as the child’s habitual residence, merely because he had left seven months earlier” (para. 24).

[79] In *Droit de la famille – 19412*, 2019 QCCA 461, [2019] Q.J. No. 2022 (QL), the mother appealed a decision that determined the childrens’ habitual residence was in country A. The mother alleged the judge failed to conduct a proper weighing exercise. The parents were married in country A in 2011. They separated in August 2018. The mother agreed to temporarily return to Canada with their two children who were aged seven and three to reside from August until Christmas 2018. The husband returned permanently to country A in November 2018. The court noted there was no mutual intent to permanently live in Canada.

[80] In November, the mother advised she would not be returning to country A. The hearing judge determined that country A was the childrens’ habitual residence. The Quebec Court of Appeal agreed. It concluded the application judge correctly considered all the circumstances of the case, including the children’s family situation and the parents’ intent that Montreal was a temporary location and was transiting, being “entirely” dependent on the father’s work contract.

[81] In *R.V.W. v. C.L.W.*, 2019 ABCA 273, [2019] A.J. No. 902 (QL), the mother appealed an order requiring the return of a child to Texas under the *Hague Convention*. The parents had started cohabiting in Calgary in 2015. The father was an American citizen who had overstayed his visitor's visa and he returned to the United States in 2017 with the mother. They married in 2017. Their child was born in Texas in September 2017. The marriage was described as dysfunctional. Divorce proceedings were commenced in Texas in December 2017. The mother moved with their four-month-old child to Calgary in mid-January 2018 without the father's consent. The chambers judge, applying the hybrid test, found the child was habitually resident in Texas.

[82] On the issue of habitual residence, the Court writes:

The appellant argues the child was too young to form any connection with Texas, and that the chambers judge erred in finding the child was habitually resident there. The *Convention* does not contemplate a child with no habitual residence. The child was born in Texas and had never lived anywhere else. Prior to his abduction he had never been to Canada. An infant of his age could not be expected to have any greater involvement in Texan society than to live there with his parents: *Sampley v Sampley*, 2015 BCCA 113 at para. 17, 69 BCLR (5th) 286. The father could only lawfully reside in Texas, and the mother's decision to follow him there displayed a sufficient intent to make Texas the family residence for the indefinite future. The chambers judge was entitled to conclude that any indefinite long-term parental plans to relocate to Canada were not sufficient to displace the child's present habitual residence in Texas.

The mother's argument would make the *Hague Convention* effectively inapplicable to very young children. That cannot have been the intention. The appellant has not shown any reviewable error on this finding. [paras. 13-14]

[83] In dismissing the mother's appeal, the Court states:

The philosophy behind the *Hague Convention* is that a parent cannot unilaterally take a child and go forum shopping: *Balev* at para. 26. Parenting is to be decided by the court of habitual residence, here the court of Texas. The

exception for “grave risk” must not be turned into an assessment of the “parenting arrangement that is in the best interests of the child”. As observed in *Thomson* at p. 578, the primacy in family law of best interests of the children “... should not be interpreted as giving a court seized with the issue of whether a child should be returned to the jurisdiction to consider the best interests of the child in the manner the court would do at a custody hearing”. The issue is not directly what is in the best interests of the child, but the jurisdiction or court in which that decision should be made: *Balev* at paras. 24, 34; *E (Children), Re* at para. 13. Parenting issues are left to the court of habitual residence, which must decide on primary residence, protection orders, spousal support, and related issues: *Sampley* at para. 41; *Cannock v Fleguel*, 2008 ONCA 758 at paras. 29-31, 65 RFL (6th) 39. [para. 19]

[84] In *C.C.O. v. J.J.V.*, 2019 ABCA 356, [2019] A.J. No. 1272 (QL), the father appealed the decision to order the return of an eight-year-old child to the State of Massachusetts. The father resided in Alberta. About two months before the birth of the child, the parents had moved to Boston. They separated within three or four months following the birth. The mother stayed in Boston, while the father moved to Quebec and later to Alberta. There were no orders in Massachusetts dealing with custody.

[85] The child lived in Massachusetts with his mother until he was removed by the father in 2018, following a Divorce Order granting him sole custody of the child, which was granted by default. The chambers judge determined the child’s habitual residence was the State of Massachusetts. The father appealed on the grounds the judge ignored his allegations that the child would be at risk if returned to the mother. The judge rejected the father’s argument on this point.

[86] On the habitual residence question, the Court observed that the relevant inquiry under the *Hague Convention* is whether the removal of the child was in breach of the mother’s right of custody she was exercising. The Court correctly comments that under Massachusetts law, the parents share the custody of a minor child, until a judgment on the merits is rendered, absent abuse, neglect or emergencies.

[87] The above decisions are consistent with *Balev* where the Supreme Court states the analysis must weigh the child's links to country A, the move from country A to B, and the connections and links in country B (para. 64). As noted, the child's links are to be determined prior to the time of the removal. Links created subsequent to the removal/retention are irrelevant to the analysis. I add, it is the child's links, not the parents' links that are considered. To allow a consideration of the *status quo* following retention would defeat the intent of the *Hague Convention* and would convert wrongful retention cases into custody cases, one of the issues raised by the father in this appeal.

[88] There are two steps to the *Balev* analysis. The first step is for the court to determine the date when the wrongful retention of the child occurred. The second step requires the court to determine habitual residence at that time, without exclusive consideration of parental intention or agreement, nor of the alternative child centred approach which considers a child's acclimatization in the new jurisdiction (*Balev*, at paras. 41, 45 and 63; *Ludwig*, at para. 28).

[89] The historical perspective focussed on parental intention as the barometer to measure habitual residence. The hybrid approach, in reducing the weight of parental intention as a consideration, requires the trier of fact to perform the weighing exercise as follows:

1. Determine the child's link and circumstances in country A;
2. Consider the circumstances of the child's removal to or retention in country B;
3. Consider the child's links to and circumstances in country B to the date of retention, which, as stated in *Balev*, include the child's views and preferences.

[90] In this case, the father argues the judge erred when she placed too much emphasis on the mother as primary caregiver a relevant factor in her analysis. As *Balev* instructs, when a child is an infant, his or her family environment is determined by whom he or she is cared for (para. 44); however, in this case, there was evidence that prior to the

child's retention, the father was an active participant in the child's life, both in person, and, when not in person, through FaceTime conversations. The judge did not consider the fact that when both parents travelled to and from Texas between August 2018 and February 2019, the father too was an active caregiver.

[91] The requirement to take a holistic, fact-driven approach to the determination of habitual residence, as stated in *Balev*, is not to be confused with a best interests of the child analysis required in custody cases. Although the evidence in this case suggested the mother was the primary caregiver to this child in Texas, during those times when the father worked, there was also evidence that he was at home in the afternoons and evenings, often cared for the child to give the mother a break, and was an active and engaged parent both in Texas and in New Brunswick.

[92] In my view, the judge placed too much emphasis on the fact the mother was the primary caregiver, to the exclusion of evidence that showed this couple conducted themselves as average parents following the birth of the child – one working to support the family, and the other on maternity leave. This emphasis on the primary caregiving role of the mother, to the exclusion of other factors which mitigated in favour of Texas as the habitual residence of this child, constitutes an error in my view.

B. *Balev considerations*

[93] A return order restores the *status quo* which existed at the time the child was removed or retained from his or her habitual residence so as to deprive a parent of any advantage they might gain through removing and/or retaining the child in a member state (*Balev*, at para. 24).

[94] Under the hybrid approach, the following principles emerge:

- a) Habitual residence is determined by examining the “focal point” of the child's life – “the family and social environment in which its life has developed”, immediately before the retention (para. 43);

- b) A judge should consider the “duration, regularity, conditions and reasons” for the child’s stay in the member state (para. 44);
- c) No single factor dominates the analysis (para. 44);
- d) Considerations vary depending on the age of the child. Where the child is an infant, the environment is essentially a “family environment, determined by the reference person(s) with whom the child lives” and by whom he or she is cared for (para. 44);
- e) The circumstances of the parents may be important, including their intentions, particularly in the case of a young child or an infant (para. 45);
- f) Parental intention, such as the purchase or lease of a residence may be an indicator, but cannot, as a general rule by itself, be critical to the determination of habitual residence (para. 45);
- g) “[T]here is no ‘rule’ that the actions of one parent cannot unilaterally change the habitual residence of a child” (para. 46);
- h) The enquiry is fact driven, taking into consideration settled purpose, actual and intended length of stay, the purpose of the stay, the strength of the ties to the state, and the degree of assimilation into the state (para. 53);
- i) The hybrid approach deters parents from attempting to manipulate the *Hague Convention* by strengthening ties with a particular state (para. 60);
- j) The hybrid approach favours choice of the most appropriate forum, similar to the *forum conveniens* test (para. 64);

- k) Under the hybrid approach, the judge considers the intention of the parents that the move would be temporary, and the reasons for that agreement (para. 73).

C. *The judge's analysis*

[95] In this case, the judge correctly observed she must apply the hybrid approach and that she had to determine the child's habitual residence immediately before the alleged retention of the child. On this issue, she made the following findings:

- a) She was satisfied the intention of both parents was that the mother would be returning to Texas with the child when the father granted her permission to work in New Brunswick for one school year;
- b) She was satisfied that when the mother left Texas at the end of August 2018, the parents intended it would be temporary and the child would return to Texas;
- c) She was satisfied the mother and the child would return to the residence where the child had resided; all of his toys and most of his clothing were left there in his fully furnished bedroom;
- d) She found the family pet was in that residence;
- e) She observed that the home in Texas was not sold, nor was it for sale;
- f) She noted the father continued to operate his business in Texas;
- g) She found the parents had made the decision they would travel back and forth between Canada and Texas for visits while the mother temporarily worked in New Brunswick.

(para. 70)

[96] The judge acknowledged the child and his family lived in Texas following his birth in September 2017, and she found the mother was the child's primary caregiver there. The child was breast fed and continued to be so when the mother moved to New Brunswick. She observed the father was an active caregiver in the child's life. Although the judge did not refer to this evidence in her reasons, as noted, there were affidavits from

friends of this couple who had observed them together with the child at social events in Texas, and who noted they were both caring and loving to the child.

[97] At para. 55 of the reasons, the judge made a credibility finding, concluding that where the evidence between the mother and the father diverged, she preferred the evidence of the father, finding him to be more credible. The mother had portrayed the father as a busy self-employed man who left the house at 3:00 a.m., returning in the evenings. This finding was not borne out. In fact, the father was required on one or two days a month to leave the home early in the morning to pour concrete before the heat of the day, returning home in the afternoons to be with the mother and the child. His office/workshop was situated on the property, and he testified that he was in and out of the residence during those days he had to work, and that he was home with the mother and the child many afternoons.

[98] Having noted the above facts, the judge proceeded with her analysis. Starting at paras. 72 and 73, she observes:

- a) From late August 2018 to February 2019, the child's environment became that of the maternal grandparents;
- b) The child attended day care in New Brunswick from late summer 2018 to mid-winter 2019;
- c) The mother, "throughout the young child's life", was primarily responsible for his needs;
- d) The child's environment at his age was essentially a family environment determined by the parent with whom the child lives and who takes care of him;
- e) The mother's roots are in New Brunswick;
- f) The mother's employment before going to the United States was in New Brunswick;
- g) The mother's social connections are in New Brunswick;
- h) The child "has become" integrated into the social and family environment in New Brunswick.

[99] I part company with the above findings of fact in the following areas:

- a) From late August 2018 to February 2019, the child's residence was not exclusively in New Brunswick. The child returned to Texas on two occasions: once in November and again on December 26, 2018;
- b) The child attended day care in New Brunswick while the mother was working; however, the child did not attend day care when he returned to Texas, as noted, nor did the child attend day care when the father visited New Brunswick in the months of September and December to January, when the father was the caregiver while the mother worked. The child did not attend day care until mid-winter, as concluded by the judge;
- c) The mother was not primarily responsible for the child's needs during this child's short life. Both parents offered the family environment to the child from birth, other than the few months the child was exclusively in the care of the mother in New Brunswick;
- d) The reference by the judge to the mother's roots being in New Brunswick was not relevant to the determination of habitual residence in this case;
- e) The mother's employment in New Brunswick was not relevant to the determination of the child's habitual residence;
- f) At the time of the retention, the child was approximately seventeen months old. The judge's finding the child had integrated into the social and family environment in New Brunswick was unsupported by the evidence. The same could have been said about the child's integration into a family and social environment in Texas, where the child had resided for most of his life.

[100] Simply put, there was an overemphasis on what the judge considered to be factors militating in favour of New Brunswick, to the exclusion of evidence which revealed a similar, if not stronger, connection to the State of Texas at the time of the child's retention. The analysis does not reflect a weighing of the child's links between two jurisdictions, country A and country B, effective February 6, 2019, in a contextual or holistic way, as mandated by *Balev*.

[101] As an example, the mother was living with her parents in New Brunswick between August 19, 2018, and February 2019. All of the child's toys and clothing, with the exception of those the mother took with her in late August, remained in Texas. The child's physicians were in Texas. The child's bank account was in Texas. The child had an American passport. The family pet was in Texas. The paternal grandparents lived in the same community and had a relationship with the child. We do not know how the judge weighed these links when she reviewed the child's environment on retention. There is no indication in the reasons as to how the judge discounted them, how the judge considered the time the child spent with the father both in the State of Texas and in New Brunswick following August 2018, and the fact the stay in New Brunswick was considered temporary, as discussed in *O.M. v. E.D.*

D. *Where is the error?*

[102] In *Beirsto*, Beveridge J.A. writes the following:

To succeed, the *Hague* applicant must demonstrate on a balance of probabilities the Article 3 requirements. The key concept is a removal or retention that is wrongful. To be wrongful, the other requirements in Article 3 must be established. A court must therefore answer these questions:

- (1) When did the removal or retention at issue take place?
- (2) Immediately prior to the removal or retention, in which state was the child habitually resident?
- (3) Did the removal or retention breach the applicant's rights of custody under the law of the habitual residence?
- (4) Was the petitioner exercising those rights at the time of the removal or retention?

In cases of alleged wrongful removal, the first question will not usually be hard to answer. In cases that allege wrongful retention, it can be more difficult. [paras. 95-96 and 98]

[Emphasis added.]

See also *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, [1994] S.C.J. No. 6 (QL), per La Forest J. at pp. 592-93).

[103] As observed, the father obtained an *ex parte* order from the State of Texas in September 2018, which prohibited the “disruption” or removal of the “children,” without prior written consent of all parties, or an order of the court. The judge noted that the father left the documents with the mother in September 2018, during his visit, but there was no discussion in the reasons as to what was happening in the relationship between the parents at that time, nor was there a reference to the effect, if any, the Texas order may have had on the question of the child’s habitual residence. There was also a series of text messages exchanged between the parents around this time, which reflected the father’s concerns in the fall of 2018, that the mother may not be returning to Texas and was shutting him out of the child’s life.

[104] The above are relevant considerations in my view. The child had lived in New Brunswick for a month only by the time the order in the State of Texas issued. Thereafter, the child spent less than four months in the Province, alone with his mother. To not consider the time the child spent in Texas after August 2018, and the time the father spent in New Brunswick, in the analysis, constitutes palpable and overriding error, in my view.

[105] In my view, a child’s habitual residence must be determined based on a time line that reflects the reality of the child’s life. In this case, the child was not permanently established in the Province of New Brunswick at the time of the mother’s declaration she would not return to the State of Texas. It is my opinion, the judge’s analysis excluded cogent facts, as noted, which tainted the result.

[106] There is a natural inclination to try to settle the custody question, as these cases lend themselves to difficult decisions; however, the judge’s role at the Article 3 stage of the enquiry is to disengage from the custody question *per se*. It is my view that, in this case, the analysis was made unreliable for the reasons stated. *Balev* can be distinguished from this case for a number of reasons. First, in this case, there was a

declaration from a Texas court in September 2018, the child was a toddler who had not lived in Canada for an extended period of time, the child could not express a view or preference and the mother had returned to Texas on several occasions over a six-month period.

VI. Conclusion

[107] If a decision has not been made on the real merits of the case, it is reviewable, and it cannot stand. In the case of *S.L.B. v. P.J.O.*, 2013 NBCA 52, 408 N.B.R. (2d) 235, Quigg, J.A., writing for the Court, stated:

The standard of review for varying a motion judge's decision on custody is discussed in *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100:

The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 2001 SCC 60. The Supreme Court of Canada set out a standard of considerable deference for the decisions of trial courts in cases of family law. Intervention on appeal requires that there have been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law. A material error is further explained:

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. [para. 15]

Speaking for the Court, Bastarache J. further clarified that “an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion” (para. 15). See this Court’s decisions on the application of the deferential standard: *MacLean v. MacLean* (2004), 274 N.B.R. (2d) 90, [2004] N.B.J. No. 363 (QL), 2004 NBCA 75 at para. 18; *J.P. v. R.R.* (2004), 278 N.B.R. (2d) 351, [2004] N.B.J. No. 467 (QL), 2004 NBCA 98 at para. 27; *Scott v. Scott* (2004), 278 N.B.R. (2d) 61, [2004] N.B.J. No. 468 (QL), 2004 NBCA 99 at para. 32 and *Boudreau v. Brun* (2005), 293 N.B.R. (2d) 126, [2005] N.B.J. No. 501 (QL), 2005 NBCA 106 at para. 5. [paras. 8-9]

[para. 8]

[Emphasis added.]

[108] It is my opinion there was material information in this case that was not taken into consideration by the application judge and which tilts in favour of the State of Texas.

[109] I would allow the appeal and I would declare the State of Texas to be the habitual residence of this child at the time of the retention. I would make an order under Article 19 of the *Hague Convention*, requiring the child’s immediate return to the State of Texas so that a custody hearing can be held in that jurisdiction.

VII. Costs

[110] I adopt the reasons of my colleague concerning the issues of costs in the lower court proceeding, and the cross-appeal (paras. 42-45).

VIII. Disposition

[111] I would allow the appeal with costs of \$2,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de décision de ma collègue. Je souscris à son exposé des faits, que j'adopte comme tel. De fait, les parties ont chacune une façon de voir les faits qui n'est guère très différente. Malheureusement, je ne partage pas la conclusion de ma collègue selon laquelle la juge saisie de la demande a commis une erreur.

[2] À mon avis, la juge saisie de la demande n'a commis aucune erreur manifeste et dominante susceptible de justifier une intervention en appel. La juge a passé en revue et appliqué le bon précédent, soit l'arrêt *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398, et elle a appliqué l'approche hybride qui en découle. Elle a pris en considération l'ensemble des facteurs et convenablement évalué les faits avant de rendre sa décision finale – une décision qui lui revenait.

[3] Ma collègue a également cerné la bonne norme de contrôle. Nous sommes en désaccord en ce qui concerne les considérations et observations qu'elle a faites au sujet de l'analyse à laquelle s'est livrée la juge saisie de la demande.

II. Questions en litige

[4] Dans son avis d'appel, le père énumère sept moyens d'appel, le premier faisant état de 14 erreurs distinctes. Cette liste a été ramenée à six catégories dans son mémoire. Selon moi, il est possible de résumer ces moyens d'appel de la façon suivante :

- a. La juge saisie de la demande a-t-elle commis une erreur de droit en omettant

d'appliquer l'approche hybride pour déterminer quel était le lieu de la résidence habituelle de l'enfant comme la Cour suprême du Canada l'a précisé dans l'arrêt *Balev*?

- b. La juge saisie de la demande a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante en comprenant mal les faits pertinents ainsi que la preuve dans la présente instance?
- c. La juge saisie de la demande a-t-elle commis une erreur de droit en appliquant une jurisprudence internationale?
- d. La juge saisie de la demande a-t-elle commis une erreur en imposant des mesures transitoires après avoir entendu la demande fondée sur la *Convention de La Haye*?
- e. Les cours d'appel peuvent-elles adjuger les dépens et débours afférents aux procédures qui se sont déroulées devant le tribunal inférieur lorsqu'une telle mesure de redressement n'était pas sollicitée dans la demande initiale?

III. Norme de contrôle

[5] La norme de contrôle qui s'applique aux affaires familiales exige une grande retenue face aux décisions des juges de première instance (voir *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, au par. 8; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014).

[6] De la même façon, dans les instances relevant de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (la *Convention de La Haye*), et plus particulièrement celles dans lesquelles il s'agit de réviser la détermination du lieu de la résidence habituelle d'un enfant, notre Cour doit déférer

aux conclusions de fait tirées par le juge du procès, sauf erreur manifeste et dominante. Dans l'arrêt *Balev*, la Cour suprême a déclaré ce qui suit :

En droit canadien, que la détermination du lieu de la résidence habituelle de l'enfant constitue une question de fait ou une question mixte de fait et de droit, la cour d'appel doit déférer à la décision du juge des requêtes sur la résidence habituelle de l'enfant, sauf erreur manifeste et dominante (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 25 et 36). La déférence s'impose du fait de l'intention exprimée par les premiers États parties (voir Pérez-Vera, p. 445), ainsi que de l'absence de définition de la résidence habituelle dans la *Convention de La Haye* comme telle. L'objectif était d'éviter les subtilités juridiques et de privilégier un mode de décision axé sur les faits (voir Pérez-Vera, p. 445).

[par. 38]

Voir également l'arrêt *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, [2017] A.N.-B. n° 49 (QL), au par. 3.

[7] De plus, les cours d'appel sont habilitées à trancher les questions en litige au lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Dans l'arrêt *Beirsto c. Cook*, 2018 NSCA 90, [2018] N.S.J. No. 489 (QL), la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est penchée sur le critère appliqué par le juge du procès pour déterminer le lieu de la « résidence habituelle » d'un enfant dans le cadre de l'application de la *Convention de La Haye*. La Cour a conclu que le critère appliqué n'était pas celui qui avait été retenu dans l'arrêt *Balev* et a donc ordonné le retour de l'enfant en Nouvelle-Écosse. Au lieu d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a exercé son pouvoir et s'est prononcée sur le bien-fondé de la demande. Le juge d'appel Beveridge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Selon l'approche dominante retenue au Canada également, il semblerait que la cour d'appel doit, à égard de la décision viciée par une erreur de droit – qu'il s'agisse du lieu de la résidence habituelle ou d'autres questions mixtes de fait et de droit – trancher la question et statuer sur la demande fondée sur la *Convention de La Haye* plutôt que d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience (voir *Ellis c. Wentzell*-

Ellis, [...] aux par. 16 et 27; *Balev c. Baggott*, 2016 ONSC 55, au par. 38, infirmé pour d'autres motifs par *Balev c. Baggott*, 2016 ONCA 680; *Pollastro c. Pollastro*, 118 O.A.C. 169, au par. 29; *Bačić c. Ivakić*, 2017 SKCA 23).

Toutefois, les cours d'appel doivent quand même respecter la norme de contrôle applicable. Cela signifie que malgré l'erreur de droit commise par le juge saisi de la demande, l'appel ne se transforme pas en une nouvelle audience ou en une nouvelle audition de la demande fondée sur la *Convention de La Haye*. La cour d'appel doit déférer aux conclusions de fait et aux conclusions mixtes de fait et de droit qui ne sont pas viciées par une erreur de droit ou de principe (voir *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, [...] au par. 38; *Hammerschmidt c. Hammerschmidt*, 2013 ONCA 227, au par. 5). [par. 92 et 93]

- [8] À mon avis, la juge du procès a bel et bien appliqué le bon critère pour déterminer le lieu de la « résidence habituelle » de l'enfant. Comme l'a déclaré la Cour suprême, « [l]'approche hybride est [TRADUCTION] “axée sur les faits, pragmatique et affranchie de l'application rigide de règles, de formules ou de présomptions” » (*Balev*, au par. 47). Aucun fait n'est déterminant en soi. La juge du procès a examiné l'ensemble des circonstances pour statuer sur l'affaire et, ce faisant, elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante.

IV. Analyse

A. *Le lieu de la résidence habituelle – l'approche hybride*

- [9] Le terme « résidence habituelle », lorsqu'il est question d'un enfant, n'est pas défini dans la *Convention de La Haye*. Dans l'arrêt *Balev*, la Cour suprême a adopté « l'approche hybride » comme étant la bonne façon de déterminer le lieu de la résidence habituelle. Dans cette décision, la juge en chef McLachlin a énoncé en détail une série de facteurs pour aider les juges dans leurs délibérations. Aux par. 40 à 47, elle explique les différentes approches historiques qui ont été utilisées pour déterminer le lieu de la résidence habituelle. Elle a précisé la teneur de « l'approche hybride » en ces termes :

Suivant cette approche, le juge des requêtes détermine quel était le point de fuite de la vie de l'enfant, soit « l'environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait », immédiatement avant le déplacement ou le non-retour (Pérez-Vera, p. 428; voir également *Jackson c. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43 (C.S.J. Ont.), par. 33). Il tient compte de tous les liens et faits pertinents, à savoir les liens de l'enfant avec le pays A et sa situation dans ce pays, les circonstances du déplacement de l'enfant du pays A au pays B, ainsi que les liens de l'enfant avec le pays B et sa situation dans ce pays.

Au nombre des considérations pertinentes mentionnons « la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour [de l'enfant] sur le territoire [d'un] État membre » et la nationalité de l'enfant (*Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358, par. 56). Aucun élément ne prédomine, le juge des requêtes devant plutôt examiner la situation dans son ensemble (voir *Droit de la famille — 17622*, par. 30). Les considérations pertinentes peuvent varier en fonction de l'âge de l'enfant; lorsqu'il s'agit d'un nourrisson, « [l']environnement [d'un jeune enfant] est essentiellement familial, déterminé par la personne ou les personnes de référence avec lesquelles il vit, qui le gardent effectivement et prennent soin de lui » (*O.L. c. P.Q.* (2017), C-111/17 (C.J.U.E.), par. 45).

La situation des parents, y compris leurs intentions, peut se révéler importante, surtout dans le cas de nourrissons ou de jeunes enfants (voir *Mercredi*, par. 55-56; *A. c. A. (Children : Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1, par. 54; *L.K.*, par. 20 et 26-27). Cependant, on a récemment mis les tribunaux en garde contre une trop grande importance accordée à l'intention des parents. Dans l'arrêt *O.L.*, la Cour de justice de l'Union européenne dit que l'intention des parents « peut également être prise en compte, lorsqu'elle est exprimée par certaines mesures tangibles telles que l'acquisition ou la location d'un logement » (par. 46). Elle « ne saurait en principe être à elle seule décisive pour déterminer la résidence habituelle d'un enfant [...], mais constitue un "indice" de nature à compléter un faisceau d'autres éléments concordants » (par. 47). Sa fonction dans la détermination du lieu de la résidence habituelle « dépend des circonstances propres à chaque cas » (par. 48).

Il n'existe donc pas de « règle » selon laquelle les actes d'un parent ne peuvent emporter la modification unilatérale

du lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Assujettir à une telle construction juridique la détermination du lieu de la résidence habituelle rompt avec la tâche qui incombe au juge des faits, à savoir apprécier toutes circonstances pertinentes pour déterminer le ressort dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment du déplacement ou du non-retour illicite (voir *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, par. 17; voir également *A. c. A.*, par. 39-40).

L'approche hybride est [TRADUCTION] « axée sur les faits, pragmatique et affranchie de l'application rigide de règles, de formules ou de présomptions » (*Redmond c. Redmond*, 724 F.3d 729 (7th Cir. 2013), p. 746). Elle oblige le juge des requêtes à examiner la situation de l'enfant dans sa totalité. Les tribunaux renvoient certes à des éléments ou à des considérations qui se présentent souvent, mais aucun critère juridique ne permet de déterminer le lieu de la résidence habituelle, et la liste des éléments susceptibles d'être pertinents n'est pas exhaustive. Il faut résister à la tentation [TRADUCTION] « de superposer des constructions juridiques à la notion factuelle de résidence habituelle » (*A. c. A.*, par. 37-39). [par. 43 à 47]

[10] Par conséquent, il n'existe aucun critère strict pour déterminer le lieu de la résidence habituelle d'un enfant. Lorsque le juge saisi de la demande est appelé à trancher la question, il est tenu de prendre en considération un grand nombre de facteurs qui ont trait à la vie de l'enfant. Par exemple, il peut déterminer que les facteurs suivants sont pertinents : les liens de l'enfant avec chaque pays, l'environnement dans lequel sa vie se déroule et les circonstances de son déplacement. Bien que l'intention mutuelle des parents puisse être considérée comme un facteur, elle n'est pas décisive en soi. Dans ses directives, la Cour suprême a bien précisé que l'analyse ne devrait pas reposer sur un seul fait ou sur l'application rigide d'une seule règle (*Balev*, aux par. 44 et 47). La Cour a également indiqué qu'« [i]l n'existe [...] pas de "règle" selon laquelle les actes d'un parent ne peuvent emporter la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle de l'enfant » (*Balev*, au par. 46).

[11] Il existe une jurisprudence canadienne postérieure à l'arrêt *Balev* au sujet du retour d'enfants sous le régime de la *Convention de La Haye* ainsi que de leur lieu de résidence habituelle. Ma collègue l'a intégralement passée en revue. Dans l'arrêt *Ludwig*

c. *Ludwig*, 2019 ONCA 680, [2019] O.J. No. 4437 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a décrit en ces termes le cadre analytique qu'il faut appliquer aux demandes fondées sur la *Convention de La Haye* comme celle dont nous sommes saisis :

[TRADUCTION]

Pour faciliter la lecture, je résume ci-dessous le cadre analytique qui régit les demandes fondées sur la *Convention de La Haye*.

Première étape : le lieu de la résidence habituelle

- 1) À quelle date l'enfant aurait-il été déplacé ou retenu illicitement?
- 2) Immédiatement avant la date du déplacement ou du non-retour illicite allégué, dans quel pays l'enfant avait-il son lieu de résidence habituelle? Pour déterminer ce lieu, la cour devrait adopter la démarche suivante :
 - a) Il incombe à la cour de déterminer le point de fuite de la vie de l'enfant, soit l'environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait immédiatement avant le déplacement ou le non-retour.
 - b) Pour déterminer le point de fuite de la vie de l'enfant, la cour doit tenir compte des trois types de liens et faits suivants :
 - i) les liens de l'enfant avec le pays A et sa situation dans ce pays;
 - ii) les circonstances du déplacement de l'enfant du pays A au pays B;
 - iii) les liens de l'enfant avec le pays B et sa situation dans ce pays.
 - c) Afin d'évaluer ces trois types de liens et de faits, la cour devrait examiner la situation dans son ensemble, y compris notamment les facteurs suivants :
 - i) la nationalité de l'enfant;

- ii) la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de l'enfant dans le pays dans lequel il se trouve actuellement;
- iii) la situation des parents de l'enfant, y compris leur intention.

Fin de la première étape : deux conclusions possibles

- 1) Si la cour conclut que l'enfant avait sa résidence habituelle dans le pays dans lequel la partie qui conteste le retour de l'enfant résidait immédiatement avant le déplacement ou le non-retour illicite allégué, la *Convention de La Haye* n'est alors pas applicable et la cour devrait rejeter la demande.
- 2) Si la cour conclut que l'enfant avait sa résidence habituelle dans le pays dans lequel la partie requérante résidait immédiatement avant le déplacement ou le non-retour illicite allégué, la *Convention de La Haye* s'applique et la cour devrait alors passer à la deuxième étape de l'analyse.

Deuxième étape : Exceptions

À ce stade, la cour doit ordonner le retour de l'enfant à moins qu'elle ne décide que l'une des exceptions suivantes s'applique :

- 1) le parent qui sollicite le retour de l'enfant n'exerçait pas le droit de garde ou avait consenti au déplacement ou au non-retour (al. 13a));
- 2) il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou ne le place dans une situation intolérable (al. 13b));
- 3) l'enfant qui a atteint un âge et une maturité suffisants s'oppose à son retour (par. 13(2));
 - a) La partie qui s'oppose au retour s'est-elle acquittée de la charge de la preuve requise pour invoquer le pouvoir discrétionnaire de la cour de refuser le retour?

- i) L'enfant a-t-il atteint un âge et une maturité où il peut être tenu compte de son opinion;
 - ii) L'enfant s'oppose-t-il au retour?
- b) La cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser le retour de l'enfant? Afin de décider si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser le retour, la cour devrait tenir compte :
- i) de la nature et de la solidité des motifs d'opposition de l'enfant;
 - ii) de la mesure dans laquelle ces motifs sont vraiment les siens ou sont invoqués sous l'influence du parent ravisseur;
 - iii) de la mesure dans laquelle ces motifs coïncident ou non avec d'autres considérations se rapportant au bien-être de l'enfant;
 - iv) des considérations générales qui découlent de la *Convention*.
- 4) Le retour de l'enfant ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 20);
- 5) La demande a été introduite au moins un an après la date du déplacement ou du non-retour illicite de l'enfant et le juge détermine que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (art. 12). [par. 40]
- [Je souligne.]

[12]

L'arrêt *Beirsto* traite d'un appel très semblable à celui dont nous sommes saisis. Dans cette affaire, la mère avait fait valoir que le juge saisi de la demande avait commis une erreur dans sa détermination du lieu de la « résidence habituelle » de l'enfant dans le cadre de l'application de la *Convention de La Haye*. Dans sa décision, le juge d'appel Beveridge a renvoyé à l'approche hybride et a réitéré les facteurs énumérés dans l'arrêt *Balev*, ainsi que ceux qui se trouvent dans *A. c. A. (Children: Habitual Residence)*,

[2013] UKSC 60, une décision de la Cour suprême du Royaume-Uni. En fin de compte, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a infirmé la décision du juge saisi de la demande en déterminant que la Nouvelle-Écosse était le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

[13] Dans la présente instance, la juge saisie de la demande a appliqué la jurisprudence pertinente et procédé à une analyse méthodique de la preuve dont elle disposait. Elle a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Sur le fondement des principes susmentionnés, je dois appliquer l'approche hybride pour déterminer quel était le lieu de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le non-retour illicite allégué, soit avant le mois de février 2019. Je dois prendre en considération la situation de l'enfant dans sa totalité » (par. 69).

[14] La juge saisie de la demande a énoncé les faits en cause de façon équitable. Elle a passé en revue les origines et la culture distinctes des parents et a décrit leur vie commune. La juge saisie de la demande a mentionné des faits historiques ainsi que des faits qui existaient au moment de l'audience, ce qui indique qu'elle était sensible à la situation présente des parties. Elle a évoqué les liens que l'enfant entretenait avec ses grands-parents tant paternels que maternels. À mon avis, la plupart des faits mentionnés décrivent la situation des parties avant leur séparation et avant la date du non-retour illicite allégué, soit le 6 février 2019.

[15] Il est intéressant de noter que la situation factuelle que la juge saisie de la demande a décrite était fondée en plus grande partie sur le témoignage et les souvenirs du père. Comme il a été indiqué, la juge saisie de la demande a déclaré dans sa décision qu'[TRADUCTION] « [a]lors que je suis en train de relater les faits de la présente instance, en cas de divergence entre les témoignages respectifs [du père] et [de la mère], j'ai choisi de croire [le père] » (par. 55). Selon moi, cela indique que la juge était parfaitement au courant de la version des faits du père et de sa position.

[16] Dans son mémoire, la mère énonce les facteurs dont la juge saisie de la demande a tenu compte pour arrêter sa décision. Je ne peux faire mieux que de reproduire le passage suivant de ce mémoire :

[TRADUCTION]
[...]

Première étape : Le lieu de la résidence habituelle

- 1) La juge saisie de la demande fait allusion au fait que [le père] a révoqué son consentement à ce que l'enfant reste au Canada à la date de la séparation des parties, soit en février 2019 [...]. Par ailleurs, la juge saisie de la demande a conclu que la date du non-retour illicite allégué était en fait le 6 février 2019 [...]. À la suite de cette détermination, la juge saisie de la demande est passée au second volet de la première étape afin de déterminer quel était le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.
- 2) Dans le cadre du second volet de cette étape, la juge saisie de la demande a examiné tous les faits qu'elle estimait pertinents, y compris notamment les suivants :

Le point de fuite de la vie de l'enfant – l'environnement familial et social

- a) la famille du père et les amis des parties résident au Texas[;]
- b) l'enfant avait un médecin à Brenham, au Texas[;]
- c) c'est [la mère] qui est restée au foyer et a répondu aux besoins de l'enfant immédiatement après sa naissance[;]
- d) [le père] prenait également soin de l'enfant lorsqu'il revenait du travail dans la soirée[;]
- e) [la mère] a répondu à tous les besoins de l'enfant au Canada[;]

Les liens avec chaque pays et les circonstances du déplacement de l'enfant

- f) l'enfant est né à Brenham, au Texas[;]
- g) le couple a assisté à de multiples rendez-vous au Texas avant la naissance[;]
- h) le couple a assisté à de multiples rendez-vous au Texas après la naissance[;]
- i) visites dans la famille [du père] et chez des amis des parties au Texas[;]
- j) activités au Texas[;]
- k) la plupart des biens personnels de l'enfant sont restés au Texas[;]

- l) le premier voyage de l'enfant au Canada a eu lieu au (mois de février 2018)[;]
- m) du mois d'août 2018 au mois de février 2019, le foyer des grands-parents maternels de l'enfant est devenu son environnement[;]
- n) l'enfant fréquente une garderie à Sackville, au Nouveau-Brunswick;
- o) les liens de l'enfant avec la famille [de sa mère][;]
- p) [la mère] et l'enfant sont les bénéficiaires d'un régime d'assurance médicale et dentaire offert par l'employeur [de la mère][;]

La situation dans son ensemble

- q) l'enfant a la citoyenneté canadienne et américaine[;]
- r) l'enfant a vécu au Texas entre le 8 septembre 2017 et le mois d'août 2018[;]
- s) l'enfant a vécu au Canada entre les mois d'août 2018 et de février 2019[;]
- t) l'intention des parties était que la famille continue à vivre à Brenham, au Texas[.]

[17] Selon moi, la juge saisie de la demande a utilisé le critère voulu et l'a appliqué convenablement aux faits en cause pour arrêter sa décision. Je ne vois aucune erreur manifeste ou dominante.

B. *Les faits pertinents et la preuve*

[18] Il est établi en droit que les cours d'appel ne peuvent juger une affaire de nouveau : voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au par. 3; *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, [2019] A.N.-B. n° 203 (QL), au par. 15; *A.D. c. A.D.*, 2018 NBCA 83, [2018] A.N.-B. n° 298 (QL), aux par. 10 et 27; *Vaughan c. Vaughan*, 2014 NBCA 6, 415 R.N.-B. (2^e) 286, au par. 7; *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2^e) 99, au par. 12; *Bartlett c. Murphy*, 2012 NBCA 44, 388 R.N.-B. (2^e) 388, aux par. 2 et 3.

[19] Dans l'arrêt *Van de Perre*, le juge Bastarache a traité de l'obligation qui incombe au juge d'analyser la preuve dans une affaire :

Lorsqu'il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge est censé prendre en considération chacun de ces facteurs à la lumière de la preuve soumise; cependant, cela ne signifie pas qu'il est tenu d'analyser chaque élément de preuve ou d'analyser chacun en détail lorsqu'il explique les raisons d'accorder la garde à une personne plutôt qu'à une autre. Une telle exigence serait à vrai dire déraisonnable après un procès de 26 jours. C'est pourquoi les juges peuvent parfois sembler privilégier un facteur parmi d'autres et, en fait, cela paraît inévitable dans les affaires de garde car elles dépendent fortement des circonstances factuelles particulières. Cette situation n'ouvre pas la voie à une nouvelle appréciation des faits par la Cour d'appel. [par. 10]

[20] Le père affirme que la juge saisie de la demande a commis 14 erreurs de droit, de fait ou mixtes de droit et de fait. Il allègue qu'elle a omis de tenir compte adéquatement de l'intention mutuelle des parents, qu'elle a attribué trop de poids au fait que la mère était la pourvoyeuse principale des soins de l'enfant et qu'elle s'est fondée sur des faits postérieurs au non-retour allégué de l'enfant. Je ne suis pas de cet avis. La juge saisie de la demande n'a pas mal apprécié les faits et n'a pas non plus commis une erreur de droit. Je rejeterais donc ce moyen d'appel.

(1) L'intention mutuelle des parties

[21] Dans sa décision, la juge saisie de la demande a expressément fait état, à deux reprises, de l'intention des parties de vivre en famille dans l'État du Texas :

[TRADUCTION]

Selon [le père], le couple avait l'intention de continuer à vivre dans la maison de Brenham, au Texas. [II] n'avait jamais eu l'intention de vendre son entreprise et sa maison ni de s'installer au Canada. La maison a été organisée pour permettre à la famille d'y vivre, notamment en aménageant une chambre pour l'enfant. Au moment de l'audition de la présente instance, son projet n'avait pas changé. L'animal de compagnie vivait aussi dans la maison.

[...]

Le projet du couple était que [la mère] irait au Canada et retrouverait son poste permanent d'enseignante. À l'époque, elle allaitait encore l'enfant et [le père] convenait que l'enfant devrait vivre auprès de sa mère. La famille se réunirait aussi souvent que possible, [le père] venant au Canada ou [la mère] et l'enfant faisant le voyage jusqu'au Texas. Le séjour au Canada durerait soit six mois, soit une pleine année scolaire. En août 2018, [le père] a signé le premier consentement pour permettre à l'enfant de venir au Canada. Selon le plan, il s'agirait d'un séjour temporaire et [la mère] et l'enfant retourneraient au Texas.

[par. 27 et 32]

[22] De fait, « l'intention des parents » était le point de départ de l'analyse hybride à laquelle la juge saisie de la demande s'est livrée après avoir passé en revue les principes juridiques. Elle s'est exprimée en ces termes :

En examinant d'abord l'intention des parents avant la date du non-retour illicite qui serait survenu en février 2019, j'ai la conviction que les deux parties avaient l'intention que [la mère] et l'enfant retournent au Texas. Lorsque [la mère] a quitté le Texas pour venir au Nouveau-Brunswick à la fin du mois d'août 2018, l'intention des parents était qu'il s'agirait d'un séjour temporaire et que l'enfant et sa mère retourneraient vivre sous le toit [du père] à Brenham, au Texas. Ils retourneraient s'établir dans la résidence dans laquelle, lors du dernier jour d'audience, se trouvaient la chambre de l'enfant complètement meublée ainsi que certains de ses vêtements et de ses jouets. L'animal de compagnie de la famille était resté dans cette maison. Elle n'a pas été vendue et [le père] y exploite toujours son entreprise de béton. Pendant le séjour de [la mère] et de [l'enfant] au Canada, il était prévu que les parties se rendraient régulièrement visite, le père venant au Nouveau-Brunswick aussi souvent que possible et [la mère] et l'enfant allant au Texas aussi souvent que possible.

[par. 70]

[23] Dans l'arrêt *Baley*, la Cour suprême a clairement indiqué que les juges des requêtes doivent examiner tous les faits pertinents. La Cour a également ajouté ce qui suit :

La situation des parents, y compris leurs intentions, peut se révéler importante, surtout dans le cas de nourrissons ou de

jeunes enfants [...]. Cependant, on a récemment mis les tribunaux en garde contre une trop grande importance accordée à l'intention des parents. [...] [par. 45]

[24] Il se dégage clairement de la décision que la juge saisie de la demande était au courant de l'intention des parties et qu'après avoir appliqué le critère hybride, elle a pourtant déterminé que le lieu de la résidence habituelle de l'enfant avant son non-retour illicite était le Nouveau-Brunswick. Je ne relève aucune erreur.

(2) La pourvoyeuse principale des soins de l'enfant

[25] Le père soutient également que la juge saisie de la demande a commis une erreur en examinant uniquement l'environnement social et familial de l'enfant dans le contexte du lien de dépendance qu'il avait avec sa mère. Je ne suis pas du même avis.

[26] Pour déterminer quel est le lieu de la résidence habituelle de l'enfant dans le cadre de l'application de l'art. 3 de la *Convention de La Haye*, le juge saisi de la demande n'est pas lié par l'application rigide « de règles, de formules ou de présomptions » (*Balev*, au par. 47). Il doit plutôt passer en revue l'ensemble des considérations pertinentes qui se dégagent des faits de l'affaire.

[27] L'arrêt *Balev* précise que les considérations pertinentes peuvent varier en fonction de l'âge de l'enfant. Habituellement, l'environnement d'un nourrisson ou d'un tout-petit sera lié au parent qui répond à tous ses besoins :

[...] lorsqu'il s'agit d'un nourrisson, « [l']environnement [d'un jeune enfant] est essentiellement familial, déterminé par la personne ou les personnes de référence avec lesquelles il vit, qui le gardent effectivement et prennent soin de lui » [...]. [par. 44]

[28] La juge saisie de la demande s'est penchée sur le rôle que chacun des parents jouait dans la vie de l'enfant. Elle a déterminé que la mère avait assumé une plus grande responsabilité que le père en ce qui concerne les soins de l'enfant, tant pendant qu'ils vivaient au Texas qu'au Nouveau-Brunswick.

(3) Faits postérieurs à la date du non-retour illicite

[29] Dans sa décision, la juge saisie de la demande a bel et bien passé en revue des faits qui étaient antérieurs au non-retour illicite allégué. Bien qu'elle ait effectivement mentionné des faits qui existaient au moment de l'audience, il ne s'agissait pas de faits importants et ils existaient pendant les deux périodes. La mère allaitait l'enfant avant le 6 février 2019 ainsi qu'au moment de l'audience. Il s'agissait d'un nourrisson aussi bien avant son non-retour illicite que lors du procès. La mère était la principale pourvoyeuse de soins tant avant le 6 février 2019 qu'à l'époque de l'audience.

[30] Par conséquent, la juge saisie de la demande n'a commis aucune erreur en analysant l'environnement de l'enfant et en le déterminant à la lumière de la situation de la mère. De plus, elle n'a commis aucune erreur en énonçant des faits qui existaient bel et bien au moment de l'audience – des faits qui ont simplement été utilisés à des fins de mise en contexte.

(4) Intérêt supérieur de l'enfant

[31] Le père allègue que la juge saisie de la demande a erronément appliqué une analyse de l'« intérêt supérieur de l'enfant » en statuant sur la demande.

[32] Le terme « intérêt supérieur de l'enfant » tel qu'il est défini à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, impose aux tribunaux l'obligation de passer en revue toute une série de considérations et de faits. La juge saisie de la demande ne mentionne aucunement cette définition dans sa décision et ne mentionne pas non plus l'une quelconque des circonstances pertinentes prévues dans la définition. La juge saisie de la demande n'applique à aucun moment à son analyse, de façon expresse ou implicite, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Je rejetterais donc ce moyen d'appel.

C. *La jurisprudence internationale*

[33] Dans son avis d'appel, le père affirme que la juge saisie de la demande [TRADUCTION] « a commis une erreur de droit en se fondant sur une jurisprudence européenne découlant du *Règlement Bruxelles II* » et qu'elle [TRADUCTION] « a commis une erreur de droit en se fondant sur l'arrêt *A. c. A.*, qu'elle a cité au paragraphe 50 de sa décision ». Lors de l'audition de l'appel, les avocats du père ont retiré ce moyen d'appel. Malgré tout, j'aimerais profiter de l'occasion pour traiter de cette allégation de façon incidente.

[34] La juge saisie de la demande ne mentionne pas directement la jurisprudence internationale. Elle analyse plutôt les arrêts *Balev* et *Beairsto* qui renferment tous deux des renvois à une telle jurisprudence, notamment *Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358, et *A. c. A. (Balev)*, au par. 44; *Beairsto*, aux par. 48 à 50 et 109, cité au par. 67 des motifs de la juge saisie de la demande).

[35] La Cour suprême a prescrit ce qui suit lorsque les tribunaux sont appelés à entendre des affaires mettant en cause des traités internationaux : « [Notre Cour] devrait donc privilégier l'interprétation qui recueille le plus l'adhésion des autres juridictions et qui est de nature à assurer le mieux l'uniformité des pratiques de l'État dans les ressorts signataires de la *Convention de La Haye*, à moins que des motifs sérieux ne s'y opposent » (*Balev*, au par. 49). Bien que la juge saisie de la demande n'ait pas directement mentionné la jurisprudence internationale, le faire ne constitue pas une erreur de droit compte tenu de l'application internationale de la *Convention de La Haye*.

D. *La compétence pour imposer des mesures transitoires*

[36] Après avoir déterminé le lieu de la résidence habituelle de l'enfant, la juge saisie de la demande a mis en place des mesures transitoires en prévision de l'audience sur la garde et les droits de visite qui allait avoir lieu. Elle a agi à bon droit, car autrement l'incertitude aurait plané sur le statut de l'enfant jusqu'à ce que la demande relative à la garde et aux droits de visite ait été entendue au Nouveau-Brunswick.

[37] La juge saisie de la demande a invoqué sa compétence *parens patriae* à l'appui de sa décision en la matière. Au Nouveau-Brunswick, le par. 11(9) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, prévoit cette compétence. Par ailleurs, le préambule de la *Convention de La Haye* est ainsi libellé :

Préambule

Les États signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes :

[38] Dans *New Brunswick (Attorney General) c. Majeau-Prasad* (2000), 229 R.N.-B. (2^e) 296, [2000] A.N.-B. n° 363 (C.B.R.) (QL), la juge Robichaud a fait des observations au sujet de la compétence qui est dévolue à un tribunal d'imposer des mesures transitoires à la suite d'une audience tenue sous le régime de la *Convention de La Haye*. Invoquant l'arrêt *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, [1994] A.C.S. n° 6 (QL), ainsi que le préambule de la *Convention de La Haye*, elle a conclu que la Cour avait la compétence voulue pour imposer des mesures transitoires afin de réduire au minimum les effets nuisibles du changement abrupt que pourrait connaître la vie de l'enfant en cause :

[TRADUCTION]

En toute déférence pour les personnes qui pourraient avoir un point de vue différent, je n'interprète pas le raisonnement de la juge L'Heureux-Dubé ou du juge La Forest comme limitant le pouvoir du tribunal de n'imposer des mesures transitoires qu'aux seules provinces qui ont incorporé la *Convention* dans une loi-cadre plus

large traitant des droits de garde et de visite comme ce, qui a été fait dans la loi manitobaine en cause dans l'arrêt *Thomson*.

La *Convention* parle de l'importance, primordiale de l'intérêt de l'enfant, et de la protection de l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement illicite. Je suis d'accord avec la juge Helper pour dire que la Cour, en appliquant la *Convention*, peut imposer des mesures pour protéger l'enfant contre les effets qu'un changement abrupt peut produire. La façon réaliste et raisonnable de diminuer pareil effet sur Inuk consiste à imposer des mesures transitoires, pourvu, toutefois, qu'elles soient conformes à l'esprit de la *Convention* et qu'elles ne contrecarrent pas le projet de prompt retour que les ordonnances rendues sous son régime entendent réaliser. [par. 70 et 71]

[39] Par ailleurs, dans l'arrêt *D.G. c. H.F.*, 2006 NBCA 36, 297 R.N.-B. (2^e) 329, notre Cour a déclaré ce qui suit au sujet de la compétence *parens patriae* :

La compétence *parens patriae* est une compétence résiduelle de la Cour qui est fondée sur la nécessité et ne peut être invoquée que dans des circonstances particulières, lorsqu'il existe une lacune importante dans la loi que la Cour doit appliquer. [par. 21]

[40] Étant donné que la *Convention de La Haye* n'en fait pas expressément mention, la juge saisie de la demande agissait dans les limites de sa compétence en ordonnant provisoirement que la mère ait la garde exclusive de l'enfant « jusqu'à ce qu'un tribunal du Nouveau-Brunswick, au Canada, statue sur la question » conformément à sa compétence *parens patriae* (par. 85).

E. *Les dépens afférents à la procédure de première instance*

[41] Le père a demandé à notre Cour de lui adjuger les dépens afférents à la procédure de première instance. Or, dans l'avis de requête qu'il a déposé le 5 juin 2019, il n'a pas sollicité les dépens. Par ailleurs, les dépens n'ont pas été sollicités lors de l'audience. Bien qu'il soit inutile que je me penche sur cette question étant donné que

l'appel est rejeté pour d'autres motifs, j'aurais refusé d'accorder cette mesure de redressement.

F. *Appel reconventionnel*

[42] La mère a déposé un appel reconventionnel qui se compose des deux moyens suivants :

- a. La juge saisie de la demande a-t-elle commis une erreur de droit et de principe en omettant de motiver suffisamment les raisons pour lesquelles elle s'est abstenue d'adjuger les dépens à la mère conformément aux règles 59.01, 59.02 et 59.08 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick?
- b. La juge saisie de la demande a-t-elle commis une erreur de droit en omettant d'accorder les dépens et débours à la mère conformément aux règles 59.01, 59.02 et 59.08 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick alors même que la mère avait obtenu gain de cause dans l'instance?

[43] Dans l'arrêt *D.G. c. M.G.*, 2019 NBCA 69, [2019] A.N.-B. n° 281 (QL), notre Cour a eu l'occasion de se pencher sur la question des dépens :

La Cour a confirmé que l'octroi des dépens relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, et elle n'interviendra que si elle est convaincue que le juge a commis une erreur manifeste en exerçant ce pouvoir. Dans l'arrêt *M.R. c. J.R.*, la juge d'appel Baird a écrit ce qui suit :

Je conclus que la juge du procès a commis une erreur en n'attribuant aucuns dépens. Une grande partie des retards est attribuable au défaut de J.R. de tenir ses engagements et de s'acquitter de son obligation de communication. Malgré les demandes répétées de M.R. en vue d'obtenir des dépens provisoires, la détermination des dépens a été reportée au procès. La règle 59 énumère les critères que la Cour devrait prendre en considération afin

d'attribuer des dépens. Dans *D.E. c. L.E.*, 2014 NBCA 67, [2014] A.N.-B. n° 289 (QL), la juge Larlee écrivait ce qui suit :

Aux termes de la règle 59 des *Règles de procédure*, les dépens afférents à une instance sont à la discrétion de la Cour, laquelle peut déterminer par qui et dans quelle mesure ils seront payés. Je réitère les observations qu'a faites le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. c. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 358, [1998] A.N.-B. n° 412 (C.A.) (QL), sur la question de l'attribution de dépens à l'issue de la cause :

Il ne fait aucun doute que, lorsque le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire relativement aux dépens, notre Cour n'interviendra pas sauf si elle est convaincue que le juge a commis une erreur manifeste en exerçant ce pouvoir. Voir *Williams et al. c. Saint John, New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 10 (C.A.). [...] [par. 34]

La partie qui obtient gain de cause a ordinairement droit à ses dépens, bien que le juge puisse exercer son pouvoir discrétionnaire en refusant de les lui accorder : *Flieger c. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 R.N.-B. (2^e) 322. [par. 23 et 24]

[Par. 100]

De plus, la Cour a affirmé : « L'adjudication des dépens relève clairement, sans contredit, du juge de procès et ne devrait pas être modifiée à la légère en appel. Cela dit, l'intervention du tribunal d'appel est indiquée lorsque les circonstances le justifient » (voir *Succession Knowles c. Knowles*, 2016 NBCA 62, [2016] A.N.-B. n° 235 (QL), au par. 28). Comme la Cour l'a aussi déclaré, dans *L.T.G. c. C.J.G.*, 2011 NBCA 12, 369 R.N.-B. (2^e) 202, au par. 14, « [u]n très large pouvoir discrétionnaire est accordé au juge dans l'évaluation des dépens ». [par. 52 et 53]

[44] Je ne modifierais donc pas la décision de la juge saisie de la demande selon laquelle chaque partie devrait assumer ses propres frais.

V. Dispositif

[45] Je rejetterais l'appel avec dépens de 2 500 \$. Étant donné qu'il s'agit d'une affaire relevant de la *Convention de La Haye*, j'invoquerais le par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, et j'ordonnerais que la présente décision soit publiée dans l'une des langues officielles, puis, dans les meilleurs délais, dans l'autre langue officielle.

L'opinion dissidente de

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[46] Le présent appel met en jeu l'art. 3 de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (la *Convention de La Haye*). Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine dans laquelle une juge a déclaré que la province du Nouveau-Brunswick était le lieu de la résidence habituelle d'un enfant. Le père porte cette décision en appel, faisant valoir que la juge a commis plusieurs erreurs, notamment en interprétant erronément la décision récente que la Cour suprême a rendue sur ce point. Dans l'arrêt *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398, la majorité a adopté une approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle d'un enfant dans des cas d'enlèvement et de non-retour d'enfants. À ce jour, il y a eu au Canada sept décisions d'appel dans lesquelles l'art. 3 a été examiné et interprété à la lumière de cette nouvelle approche. Le présent appel donne à la Cour une première occasion de se pencher sur cette approche hybride au déplacement ou au non-retour illicites d'enfants dans des affaires d'enlèvement international. La jurisprudence canadienne reste divisée sur la question de savoir si l'arrêt *Balev* s'applique à des affaires au niveau national (voir *Kong c. Song*, 2019 BCCA 84, [2019] B.C.J. No. 337 (QL); *Smith c. Smith*, 2019 SKQB 280, [2019] S.J. No. 440 (QL); *Z.A. c. A.A.*, 2019 ONSC 5601, [2019] O.J. No. 5171 (QL)).

II. Contexte

[47] Le père est un citoyen américain qui vit dans une petite ville de l'État du Texas. La mère est une citoyenne canadienne qui a passé la plus grande partie de sa vie au Nouveau-Brunswick. En 2016, la mère a pris un congé autorisé d'un an de son emploi d'enseignante et a déménagé aux États-Unis. Elle n'avait pas de visa de travail lorsqu'elle a traversé la frontière américaine en prétendant qu'elle allait rendre visite à des membres de sa famille dans l'État du Massachusetts. Elle a décroché un emploi dans un ranch de

chevaux au Texas et a fait la connaissance du père en novembre 2016. Le père est propriétaire d'une petite entreprise spécialisée dans le béton, entreprise qu'il exploite à partir d'un atelier situé sur sa propriété.

[48] En décembre 2016, la mère lui a annoncé qu'elle était enceinte de leur enfant, et en mai 2017, elle a emménagé chez le père. La preuve indique que le père a assisté à tous les cours prénataux à une exception près, en raison de ses obligations professionnelles. La seconde chambre de la maison a été préparée en vue de la naissance de l'enfant, et des membres de la famille et des amis ont aidé le couple en organisant des réceptions-cadeaux pour bébé. L'enfant est né au Texas le 8 septembre 2017. Le père était présent à la naissance et il a assisté à la plupart des rendez-vous médicaux de l'enfant après la naissance de ce dernier, dont une rencontre avec une consultante en allaitement. Après la naissance, la mère a pris un congé de maternité et passait ses journées à la maison avec l'enfant. Les deux parents participaient activement au soin de l'enfant. Il n'y a aucune allégation de violence conjugale.

[49] L'enfant a un passeport américain et un passeport canadien. Sur entente des parties, le père a consulté un conseiller juridique aux États-Unis pour que la mère obtienne un visa de travail. Selon la preuve, le couple n'avait aucune intention de s'installer au Canada. De fait, le père et la mère ont discuté de la possibilité de rénover une autre maison appartenant au père pour héberger la famille. Les grands-parents paternels vivent dans la même collectivité et la grand-mère leur a rendu visite au moins une fois par semaine. Selon les affidavits déposés par des amis, les deux parents étaient aimants et attentionnés envers l'enfant et pouvaient compter, au sein de la collectivité, sur un réseau social qui les amenait à participer à différentes activités.

[50] En février 2018, les parents ont convenu que la mère et l'enfant pourraient aller au Nouveau-Brunswick pour rendre visite aux membres de sa famille. Le père a signé un consentement au voyage dans lequel il autorisait la mère à voyager avec l'enfant dans ce but. À ce stade de mes motifs, je crois utile de faire la chronologie des déplacements de l'enfant entre le Canada et les États-Unis avant son non-retour allégué.

Voyage n° 1 : La mère a quitté le Texas le 6 février 2018 et s'est rendue au Nouveau-Brunswick avec l'enfant pour une visite. Elle a résidé chez ses parents. Le père est venu les rejoindre pendant la dernière semaine du séjour et ils sont revenus ensemble au Texas le 6 mars 2018.

Voyage n° 2 : Sur entente des parties, la mère est revenue au Nouveau-Brunswick avec l'enfant le 9 août 2018 afin de reprendre le travail pendant une période correspondant uniquement à l'année scolaire, ostensiblement dans le but d'économiser de l'argent. L'intention des parents était qu'ils feraient des allers-retours avec l'enfant entre le Canada et les États-Unis aussi souvent qu'ils le pourraient. La mère veillait à ce que le père puisse avoir tous les jours une période de conversation avec son enfant au moyen de l'application FaceTime. La mère et l'enfant vivaient sous le toit de ses parents à elle et l'enfant fréquentait la garderie pendant qu'elle était au travail. Les deux parents faisaient de fréquents allers-retours entre le Nouveau-Brunswick et le Texas.

Voyage n° 3 : Le père a passé dix jours au Nouveau-Brunswick en septembre 2018.

Voyage n° 4 : La mère a séjourné au Texas avec l'enfant du 8 au 12 novembre 2018.

Voyage n° 5 : Le père est venu faire une visite au Nouveau-Brunswick du 19 au 26 décembre 2018.

Voyage n° 6 : La mère a fait le voyage au Texas avec l'enfant et elle y a séjourné du 26 décembre 2018 au 5 janvier 2019.

[51] Le 6 février 2019, les parents ont mis fin à leur relation. La juge a déterminé qu'il s'agit de la date du non-retour [TRADUCTION] « allégué » de l'enfant et de la révocation par le père de son consentement à ce que l'enfant reste au Canada. À cette date, l'enfant avait résidé au Texas depuis sa naissance en septembre 2017 jusqu'au mois d'août 2018. Il avait vécu au Nouveau-Brunswick de la fin du mois d'août 2018 jusqu'au 6 février 2019, exception faite des semaines qu'il avait passées au Texas comme je l'ai mentionné.

A. *Les procédures*

[52] En septembre 2018, le père a obtenu d'un tribunal du Texas une ordonnance *ex parte* qui déclarait l'État du Texas comme le lieu de la résidence officielle de l'enfant et interdisait son déplacement hors du Texas sans le consentement du père ou une ordonnance judiciaire. La mère a reçu copie de ces documents en septembre 2018, lorsque le père les lui a laissés après l'une de ses visites au Nouveau-Brunswick; cependant, les documents ne lui ont été officiellement signifiés qu'en mars 2019. Il se dégage clairement de l'échange de messages textes postérieurs au mois de septembre 2018 que le père voulait obtenir l'assurance qu'elle avait sincèrement l'intention de retourner au Texas en juin 2019.

[53] Le 6 février 2019, la mère a introduit une requête dans laquelle elle sollicitait la garde exclusive de l'enfant conformément aux dispositions de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (la *Loi*). Les documents en question ont été signifiés au père le 9 mars 2019. La mère a alors annulé le voyage au Texas qu'elle devait faire avec l'enfant ce mois-là et elle a restreint l'accès du père. Lorsqu'il est ensuite revenu au Nouveau-Brunswick au mois de mars, la mère a exigé que son accès soit supervisé, et il s'est installé dans la résidence de la sœur de la mère.

[54] Le 24 avril 2019, un conseiller-maître chargé de la gestion des causes de la Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance provisoire dans laquelle il déclarait que le lieu de la résidence habituelle de l'enfant était provisoirement la province du Nouveau-Brunswick et accordait provisoirement la garde de l'enfant à la mère en vertu

de la *Loi*. Le 30 avril 2019, le père a introduit une demande fondée sur la *Convention de La Haye* pour obtenir le retour de l'enfant dans l'État du Texas. L'autorité centrale du Nouveau-Brunswick a reçu ces documents le 16 mai 2019.

[55] Le 5 juin 2019, le père a déposé une demande fondée sur l'art. 12 de la *Convention de La Haye*, édictée au Nouveau-Brunswick par la *Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.R.N.-B. 2011, ch. 175, demande dans laquelle il sollicitait le retour de l'enfant dans l'État du Texas. C'est cette dernière demande qui faisait l'objet des audiences tenues devant la juge les 8 et 9 juillet 2019, audiences pendant lesquelles ont été présentés des témoignages tant oraux que par affidavit. La juge a conclu que le lieu de la résidence habituelle de l'enfant avant le mois de février 2019 était le Nouveau-Brunswick et que le non-retour n'était pas illicite au sens de l'art. 3 de la *Convention de La Haye* et, du fait de cette conclusion, elle a refusé de procéder à l'analyse prévue par l'art. 12.

III. Moyens d'appel

[56] Le père interjette appel en alléguant la présence de plusieurs erreurs de fait, de droit et mixtes de fait et de droit. Elles se résument ainsi :

- a) la juge a omis d'apprécier les objectifs de la *Convention de La Haye* qui sont énoncés dans son préambule en examinant la situation de l'enfant au moment de l'audience plutôt qu'au moment du non-retour de l'enfant par la mère;
- b) la juge a omis d'appliquer correctement le modèle hybride que la Cour suprême a énoncé dans l'arrêt *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398;
- c) la juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en procédant à une analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant, analyse

habituellement effectuée dans le cadre d'une audience portant sur la garde une fois que la question de la compétence a été tranchée;

- d) la juge a commis une erreur de droit en se fondant sur l'ordonnance de garde provisoire rendue par un conseiller-maître dans le cadre de la demande de garde que la mère avait introduite sous le régime de la *Loi*, étant donné que la *Convention de La Haye* prescrit que de telles ordonnances sont automatiquement suspendues et ne produisent aucun effet jusqu'à ce qu'une demande fondée sur la *Convention de La Haye* ait été tranchée;
- e) la juge a commis une erreur en se fondant sur une jurisprudence européenne découlant du *Règlement Bruxelles II* (ce moyen n'a pas été plaidé devant nous);
- f) la juge a commis une erreur en se fondant sur le principe de « l'intention arrêtée » énoncé à l'art. 12 de la *Convention de La Haye*, principe qui s'applique uniquement si une demande a été introduite après l'expiration d'une période d'un an à partir du non-retour illicite.

IV. Norme de contrôle

[57] La Cour a maintes fois répété que les décisions des juges de première instance dans les affaires relevant du droit de la famille commandent la déférence, à moins qu'il ne soit conclu que le juge a commis soit une erreur manifeste et dominante sur des faits ou sur une question mixte de fait et de droit, soit une erreur de droit justifiant l'infirmité de sa décision en appliquant une norme incorrecte aux faits d'une affaire donnée. En ce qui concerne l'erreur importante, la norme de contrôle est énoncée en ces termes dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014 :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas

dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. [...] [par. 15]

[58] Dans l'arrêt *Balev*, la Cour suprême écrit que la détermination du lieu de la résidence habituelle d'un enfant constitue une question de fait ou une question mixte de fait et de droit. L'approche hybride est axée sur les faits, pragmatique et affranchie de l'application rigide de règles ou de présomptions (par. 47). Dans l'arrêt *O.M. c. E.D.*, 2019 ABCA 509, [2019] A.J. No. 1716 (QL), la cour déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'interprétation correcte de la *Convention de La Haye* est une question de droit examinée suivant la norme de la décision correcte. Le lieu de la « résidence habituelle » de l'enfant est une question mixte de fait et de droit examinée suivant la norme de l'erreur manifeste et dominante : *Balev*, aux par. 32 et 38. [par. 15]

[59] Par conséquent, la décision qu'un juge de première instance rend relativement au lieu de la résidence habituelle commande la déférence, à moins qu'il ne soit conclu que le juge a commis une erreur manifeste et dominante quant aux faits ou qu'il a mal appliqué le droit (*Balev*, au par. 38). Pour les motifs qui suivent, je conclus qu'une telle erreur a été commise dans l'affaire qui nous occupe.

V. Analyse

A. *L'approche hybride à la détermination du lieu de la résidence habituelle au sens de la Convention de La Haye*

[60] Je commencerai mon analyse par un résumé de l'approche hybride énoncée dans l'arrêt *Balev*, en faisant brièvement référence à la façon dont les cours d'appel ont traité cette approche au Canada. J'examinerai ensuite la décision de la juge saisie de la demande à la lumière de cette approche.

[61] La *Convention de La Haye* est un traité international que le Canada a signé le 25 octobre 1980. Au Nouveau-Brunswick, il est mis en vigueur par la *Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, comme je l'ai indiqué. Cette loi régit les cas dans lesquels un enfant est déplacé illicitement du pays dans lequel il a son lieu de résidence habituelle ou est illicitement retenu par un parent dans un pays qui n'est pas son lieu de résidence habituelle. Ces dernières années, la *Convention de La Haye* a reçu une attention accrue, principalement en raison de la mobilité croissante de la population mondiale.

[62] Une demande de retour d'un enfant fondée sur la *Convention de La Haye* devrait être entendue rapidement. Dans l'arrêt *Balev*, la juge en chef McLachlin a fait un rapprochement avec la décision rendue dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, et elle a insisté sur le fait que le délai d'audition de ces causes ne devrait pas être trop long. Le professeur Nicholas Bala, dans un article intitulé « *O.C.L. v. Balev*: Not an "Evisceration" of the *Hague Convention* and the International Custody Jurisdiction of the CLRA » (présenté au *Family Law Summit* du Barreau de l'Ontario le 19 mars 2019; révisé et publié dans 38 C.F.L.Q. 301), fait observer que ces demandes devraient être entendues par voie de preuve par affidavit, dans la mesure du possible (p. 310 et 311; voir également *Kong c. Song*, au par. 59). En Ontario, une preuve orale est généralement entendue si un parent invoque une exception visée à l'art. 13, à savoir que le retour de l'enfant pourrait l'exposer à un danger ou à un risque, et qu'une preuve orale est nécessaire. Il ne s'ensuit pas que chaque demande donnera automatiquement lieu à une audience. Cette nécessité d'un règlement rapide était au cœur de l'analyse que la Cour suprême a effectuée dans l'arrêt *Balev*. Un traitement accéléré de la demande est également compatible avec la protection des droits du « parent laissé derrière » (*Balev*, aux par. 23 à 27). L'objectif d'intérêt public qui sous-tend une résolution rapide est de dissuader l'enlèvement d'enfants.

[63] Dans l'arrêt *Balev*, la juge en chef McLachlin a déclaré ce qui suit :

[...] Le juge saisi d'une demande fondée sur la *Convention de La Haye* ne devrait pas hésiter à exercer son pouvoir pour accélérer le déroulement de l'instance dans l'intérêt de l'enfant en cause. Contrairement à la conduite de bien des instances civiles au Canada, celle d'une instance fondée sur

la *Convention de La Haye* devrait relever du juge et non des parties de manière à assurer la rapidité du déroulement.
[par. 89]

[64] J'en conviens. Le préambule de la *Convention de La Haye* reconnaît la nécessité de protéger les enfants, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et de garantir le retour immédiat des enfants dans l'État de leur résidence habituelle, sauf dans les cas visés par les exceptions très limitées énumérées à l'art. 13. De fait, l'art. 11 de la *Convention de La Haye* précise que ces demandes devraient être tranchées dans un délai de six semaines, à moins que des raisons ne justifient de dépasser ce délai.

[65] Aux termes de la *Convention de La Haye*, le déplacement ou le non-retour illicites d'un enfant âgé de seize ans ou moins se produit en cas de violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son non-retour, à la condition que ce droit de garde ait été exercé seul ou conjointement, ou l'eut été si ce n'était de l'enlèvement ou du non-retour de l'enfant, comme c'était le cas en l'espèce. Une demande fondée sur l'art. 3 a pour objet de statuer sur la question de la compétence et non sur la question de la garde.

[66] Le professeur Bala écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Il existe une présomption selon laquelle il faut procéder au retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle en cas de déplacement ou de non-retour illicites » (p. 319). En outre, pour déterminer s'il y a eu un déplacement ou un non-retour illicites en violation du droit de garde du parent laissé derrière, il faut se fonder sur le droit du lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Cette question a été considérablement débattue en justice depuis l'arrêt *Balev*, principalement en raison du fait que le terme « résidence habituelle » n'est pas défini dans la *Convention de La Haye*. Dans *Balev*, la Cour suprême a conclu que le lieu de la résidence habituelle d'un enfant est déterminé immédiatement avant le non-retour illicite allégué (par. 36). Aucun élément de preuve relatif à l'intégration de l'enfant ou à des événements qui se sont produits par la suite n'est recevable afin de statuer sur la question du lieu de la résidence habituelle, bien que ces éléments puissent être pertinents

pour statuer sur la question de l'acquiescement, du risque grave ou de la situation intolérable, en cas de retour de l'enfant (art. 13).

[67] Dans la présente instance, la procédure fondée sur la *Convention de La Haye* a été introduite en mars 2019; toutefois, l'audience ne s'est déroulée qu'en juillet. À mon avis, un tel retard est incompatible avec le principe du recours à des procédures d'urgence qui a été énoncé dans l'arrêt *Balev*, comme je l'ai indiqué.

[68] Je soulève ce point pour souligner le fait qu'en l'espèce, ce sont seulement les liens que l'enfant avait tissés avec le Nouveau-Brunswick entre le 19 août 2018 et le 6 février 2019 qui étaient pertinents pour l'analyse visée à l'art. 3. La preuve concernant les liens de l'enfant avec le Nouveau-Brunswick entre le 6 février 2019 et la date de l'audience ne devrait avoir aucune incidence sur la décision.

[69] Avant l'arrêt *Balev*, la jurisprudence internationale faisait état de trois méthodes de détermination du lieu de la résidence habituelle : l'approche fondée sur l'intention des parents, l'approche axée sur l'enfant et l'approche hybride, initialement préconisée par Rhona Schuz dans son ouvrage intitulé *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013. Par suite de l'arrêt *Balev*, les deux premières approches sont devenues superflues.

[70] Dans l'arrêt *Balev*, les parents étaient des citoyens canadiens qui avaient déménagé en Allemagne où ils avaient eu leurs deux enfants. Les enfants avaient passé leur enfance en Allemagne. En raison de problèmes au sein du couple, les parents avaient décidé que la mère emmènerait temporairement les enfants au Canada pendant un an et qu'ils fréquenteraient l'école au Canada. La mère et les enfants sont arrivés au Canada en avril 2013. L'intention était que la mère reviendrait en Allemagne vers le 15 août 2014. Le père a visité la famille à deux reprises. En mars 2014, le père a révoqué son consentement et il a introduit une demande fondée sur la *Convention de La Haye*. Il a également demandé la garde des enfants en Allemagne. Le père a été débouté en première instance. Le tribunal d'appel allemand a conclu qu'il n'était pas compétent, que les enfants avaient leur lieu de résidence habituelle au Canada et que cet État était devenu

leur lieu de résidence habituelle sur une période de dix-huit mois. Le père a poursuivi sa demande au Canada. À l'époque, les enfants étaient respectivement âgés de douze et neuf ans. Le tribunal ontarien a conclu que les enfants avaient encore leur résidence habituelle en Allemagne et qu'avant le non-retour des enfants, les parents n'avaient pas l'« intention arrêtée » que les enfants demeurent au Canada. Cette décision a été confirmée en appel. Lorsque cette cause s'est retrouvée devant la Cour suprême, elle était devenue théorique étant donné que la mère était repartie en Allemagne avec les enfants, qu'une audience sur la garde avait été tenue et qu'elle avait obtenu la garde des enfants.

[71] Dans ses motifs, la juge en chef McLachlin précise que selon l'approche hybride, au lieu de s'attacher surtout à l'intention des parents ou à l'acclimatation de l'enfant, le juge se penche sur toutes les considérations pertinentes, dont la vie de l'enfant ainsi que l'environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait immédiatement avant le non-retour. Ces considérations sont notamment les suivantes :

- a) la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de l'enfant sur le territoire d'un État membre;
- b) la nationalité de l'enfant;
- c) l'âge de l'enfant;
- d) la situation des parents et leurs intentions, surtout dans le cas de nourrissons ou de jeunes enfants qui n'ont pas encore formé des liens communautaires et sociaux solides;
- e) l'environnement familial, qui vise notamment la personne avec laquelle l'enfant vit et qui prend soin de lui.

[72] Dans l'arrêt *Balev*, les enfants avaient tous les deux été examinés par des spécialistes afin de connaître leur opinion au sujet de la garde. La Cour suprême a accordé beaucoup de poids à ces opinions, en particulier en raison de l'âge des enfants. Ils s'étaient intégrés dans leur école, ils avaient des amis et ils ne voulaient pas retourner en Allemagne. Dans sa décision, la Cour suprême souligne plus d'une fois que la preuve relative à l'intégration d'un enfant dans un nouveau pays n'est pas pertinente pour déterminer quel est le lieu de sa résidence habituelle, même si elle peut être prise en

considération dans le contexte des art. 12 ou 13 (par. 66). Ce principe a également été appliqué dans l'arrêt *Ludwig c. Ludwig*, 2019 ONCA 680, [2019] O.J. No. 4437 (QL), dans lequel la cour a effectué l'analyse, fondée sur l'arrêt *Balev*, de la situation de l'enfant immédiatement avant son non-retour. Dans cette affaire, il y avait quatre enfants âgés de neuf à quinze ans. Le déménagement de la mère au Canada était considéré comme temporaire. Lorsque le père a introduit sa demande pour obtenir leur retour, les trois plus âgés ont exprimé le désir de demeurer en Ontario. Le plus jeune n'a exprimé aucune préférence. La juge saisie de la demande a déterminé que le point de fuite de la vie des enfants, [TRADUCTION] « l'environnement familial et social dans lequel leur vie se déroulait », se trouvait en Ontario au mois d'août 2018, date à laquelle il avait été déterminé que le non-retour illicite avait commencé.

[73] Au par. 59 de l'arrêt *Balev*, la Cour suprême conclut que l'approche hybride respecte les objectifs de la *Convention de La Haye* pour les raisons suivantes :

- i) elle dissuade les parents de recourir à l'enlèvement d'un enfant dans le but de créer des liens dans un pays où la garde de l'enfant pourrait leur être accordée;
- ii) elle favorise le prononcé rapide d'une décision sur la garde ou le droit de visite dans le ressort où l'enfant a sa résidence habituelle;
- iii) elle protège l'enfant des effets nuisibles d'un déplacement et d'un non-retour illicites.

[74] La juge en chef McLachlin souligne que cette approche tient compte à la fois des liens factuels entre l'enfant et les pays en cause et les circonstances du déménagement. Comme elle l'indique, cette approche permet de statuer sur la garde dans le ressort le plus approprié qui correspond à l'analyse effectuée pour déterminer le *forum conveniens*, à partir de la meilleure preuve possible dans le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Elle observe que la décision du juge des requêtes devrait être fondée sur la situation de l'enfant dans sa totalité et qu'aucun élément ne prédomine (par. 44 et 47).

Les juges Moldaver et Rowe, dissidents, se demandent si l'approche hybride est compatible avec les objectifs de politique générale de la *Convention de La Haye*.

[75] L'arrêt *Balev* s'est également attaqué à la question de savoir si un parent peut ou non modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle d'un enfant. Aux par. 46 et 47, la majorité conclut qu'il est possible, dans certains cas, à un parent de modifier le lieu de la résidence habituelle d'un enfant malgré une entente contraire. Dans l'affaire *Beirsto c. Cook*, 2018 NSCA 90, [2018] N.S.J. No. 489 (QL), le juge d'appel Beveridge a conclu que le lieu de la résidence habituelle de l'enfant était devenu la Nouvelle-Écosse, et il s'est penché sur l'arrêt *Balev* dans ce contexte. La mère était une citoyenne canadienne qui avait donné naissance à l'enfant des parties dans l'État de Washington. La relation des parents avait été intermittente tant avant la naissance qu'après. La mère n'avait résidé avec le père que pendant 42 jours après la naissance et elle était ensuite retournée en Nouvelle-Écosse par suite d'un incident de violence conjugale. Le père avait consenti à ce qu'elle séjourne temporairement au Canada avec l'enfant; toutefois, les projets à long terme que le couple avait formés étaient qualifiés de vagues. La preuve indiquait que la relation entre la mère et le père en était une de violence. Le père a révoqué son consentement après cinq mois puis, six mois plus tard, il a introduit une demande fondée sur la *Convention de La Haye*. La Cour d'appel a conclu qu'à la date à laquelle le père avait révoqué son consentement, en juin 2017, le lieu de la résidence habituelle de l'enfant se trouvait en Nouvelle-Écosse. Dans la présente instance, la juge s'est beaucoup fondée sur l'affaire *Beirsto* pour arrêter sa décision. À mon avis, les faits dans l'arrêt *Beirsto* diffèrent de ceux du cas présent, comme je vais l'expliquer.

[76] Les faits dans l'arrêt *O.M. c. E.D.* sont semblables à ceux de la présente affaire. Dans cette affaire, la juge saisie de la demande avait déterminé que le lieu de la résidence habituelle de l'enfant était l'Espagne pour les besoins de l'audience relative à la garde. La mère a eu gain de cause en appel et il a été déterminé que l'Alberta était le lieu de la résidence habituelle de cet enfant. Les parents avaient commencé à cohabiter en 2009. Le père avait la double citoyenneté française et canadienne tandis que la mère avait la double citoyenneté néerlandaise et canadienne. L'enfant était né au Canada en 2018 et

il avait un passeport canadien. Les parents ont déménagé en France à l'automne 2018 afin que la mère et l'enfant se rapprochent du père, qui travaillait alors au Tchad. La famille a vécu en France pendant trois mois. En janvier 2019, elle a déménagé en Espagne où elle a vécu jusqu'au mois de mai 2019. Le 5 mai 2019, la mère et l'enfant, sans avertir le père, ont quitté l'Espagne pour aller en Alberta et se sont installés à Calgary. Le père a alors introduit une demande fondée sur l'art. 3 de la *Convention de La Haye* en Espagne pour obtenir le retour de l'enfant. La seule question à trancher en appel visait la décision de la juge saisie de la demande relativement au lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

[77] La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la juge saisie de la demande avait commis une erreur pour les raisons suivantes :

- a) elle a rejeté la possibilité que Calgary puisse être considérée comme le lieu de la résidence habituelle de l'enfant au motif qu'il ne s'agissait pas de l'endroit où il résidait « immédiatement » avant son déplacement (par. 22);
- b) il y avait une [TRADUCTION] « allégation contestée et non établie au sujet de l'existence d'une entente relative à un séjour de durée limitée » en Espagne, et elle a accordé un poids trop important à l'intention des parents (par. 23).

[78] La Cour d'appel a déclaré que la possibilité que [TRADUCTION] « l'Alberta ait été le lieu de la résidence habituelle de l'enfant était une question très sérieuse qui reposait sur des faits incontestés » (par. 24). De la même façon, comme c'est le cas en l'espèce, la cour a conclu que bien que l'enfant ait vécu en Europe pendant les sept mois qui avaient immédiatement précédé son déplacement, il était erroné de [TRADUCTION] « ne pas au moins envisager que l'Alberta puisse être le lieu de la résidence habituelle de l'enfant du seul fait qu'il avait quitté cette province sept mois plus tôt » (par. 24).

[79] Dans *Droit de la famille – 19412*, 2019 QCCA 461, [2019] A.Q. n° 2022 (QL), la mère avait porté en appel une décision dans laquelle il avait été déterminé que le

pays A était le lieu de la résidence habituelle des enfants. La mère avait allégué que la juge avait omis de procéder à un exercice d'appréciation approprié. Les parents s'étaient mariés dans le pays A en 2011. Ils s'étaient séparés en août 2018. La mère avait consenti à revenir temporairement au Canada avec leurs deux enfants âgés de sept et trois ans, et ce du mois d'août jusqu'à Noël 2018. Le mari était retourné de façon permanente dans le pays A en novembre 2018. La cour avait observé qu'il n'existait aucune intention mutuelle de vivre au Canada de façon permanente.

[80] En novembre, la mère avait annoncé qu'elle ne retournerait pas dans le pays A. La juge saisie de la demande avait alors déterminé que le pays A était le lieu de la résidence habituelle des enfants. La Cour d'appel du Québec s'est ralliée à cette décision. Elle a conclu que la juge saisie de la demande avait correctement pris en considération toutes les circonstances de l'affaire, notamment la situation familiale des enfants et l'intention des parents que Montréal soit un lieu de résidence temporaire, qui était [TRADUCTION] « entièrement » subordonné au contrat de travail du père.

[81] Dans *R.V.W. c. C.L.W.*, 2019 ABCA 273, [2019] A.J. No. 902 (QL), la mère avait interjeté appel d'une ordonnance imposant le retour d'un enfant au Texas rendue en vertu de la *Convention de La Haye*. Les parents avaient commencé à cohabiter à Calgary en 2015. Le père était un citoyen américain dont le visa de visiteur n'était plus valide et qui était retourné aux États-Unis avec la mère en 2017. Ils s'étaient mariés en 2017. Leur enfant était né au Texas en septembre 2017. Le mariage avait été qualifié de dysfonctionnel. Une instance en divorce avait été introduite au Texas en décembre 2017. La mère avait déménagé avec l'enfant de quatre mois à Calgary vers la mi-janvier 2018, sans le consentement du père. Après avoir appliqué l'approche hybride, la juge en cabinet avait conclu que l'enfant avait sa résidence habituelle au Texas.

[82] Sur la question du lieu de la résidence habituelle, la Cour s'est exprimée en ces termes :

[TRADUCTION]

L'appelante soutient que l'enfant était trop jeune pour tisser quelque lien que ce soit avec le Texas et que la juge en

cabinet a commis une erreur en concluant que l'enfant y avait sa résidence habituelle. La *Convention* n'envisage pas qu'un enfant puisse ne pas avoir de lieu de résidence habituelle. L'enfant est né au Texas et n'avait jamais vécu ailleurs. Avant son enlèvement, il n'était jamais allé au Canada. On n'attendrait pas d'un nourrisson de son âge que son insertion dans la société du Texas ne consiste pas simplement à y vivre avec ses parents : *Sampley c. Sampley*, 2015 BCCA 113, au par. 17, 69 BCLR (5th) 286. Le père ne pouvait légalement résider qu'au Texas et la décision de la mère de le suivre dans cet État manifestait une intention suffisante de faire du Texas le lieu de résidence de la famille pendant une période indéfinie. La juge en cabinet pouvait à bon droit conclure que les projets indéfinis de retour au Canada à long terme que les parents avaient pu former étaient insuffisants pour supplanter le Texas comme lieu actuel de la résidence habituelle de l'enfant.

L'argument de la mère aurait effectivement pour effet de rendre la *Convention de La Haye* inapplicable aux très jeunes enfants. Cela ne peut pas avoir été l'intention des signataires. L'appelante n'a pas démontré que cette conclusion était entachée d'une erreur justifiant son infirmation. [par. 13 et 14]

[83]

En rejetant l'appel interjeté par la mère, la Cour a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Selon la philosophie qui sous-tend la *Convention de La Haye*, un parent ne saurait s'emparer unilatéralement d'un enfant et rechercher un ressort plus favorable : *Baley*, au par. 26. L'arrangement parental doit être décidé par le tribunal du lieu de la résidence habituelle, en l'espèce le tribunal du Texas. L'exception du « risque grave » ne doit pas se transformer en une évaluation de [TRADUCTION] « l'arrangement parental qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Comme on le faisait observer dans l'affaire *Thomson*, à la p. 578, la primauté, en droit de la famille, de l'intérêt supérieur de l'enfant « [...] ne doit pas être interprétée comme conférant au tribunal saisi de la question de savoir si un enfant, doit être retourné, le pouvoir de considérer l'intérêt de l'enfant comme le ferait le tribunal dans le cadre d'une audience sur la garde ». La question n'est pas directement de savoir ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, mais quel est le tribunal ou l'instance qui devrait rendre cette décision : *Baley*, aux

par. 24 et 34; *E (Children), Re*, au par. 13. Les questions de parentage doivent être tranchées par le tribunal du lieu de la résidence habituelle, qui doit statuer sur la résidence principale, les ordonnances de protection, les aliments matrimoniaux et les questions connexes : *Sampley*, au par. 41; *Cannock c. Fleguel*, 2008 ONCA 758, aux par. 29 à 31, 65 RFL (6th) 39. [par. 19]

[84] Dans l'arrêt *C.C.O. c. J.J.V.*, 2019 ABCA 356, [2019] A.J. No. 1272 (QL), le père avait interjeté appel d'une décision ordonnant le retour d'un enfant de huit ans dans l'État du Massachusetts. Le père résidait en Alberta. Environ deux mois avant la naissance de l'enfant, les parents avaient déménagé à Boston. Ils s'étaient séparés trois ou quatre mois après la naissance. La mère était restée à Boston, tandis que le père avait déménagé au Québec, puis en Alberta. Aucune ordonnance traitant de la garde n'avait été rendue dans le Massachusetts.

[85] L'enfant avait vécu dans le Massachusetts avec sa mère jusqu'à son déplacement par le père en 2018 par suite d'une ordonnance de divorce rendue par défaut qui lui accordait la garde exclusive de l'enfant. Le juge en cabinet a déterminé que l'État du Massachusetts était le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Le père a interjeté appel au motif que le juge n'avait pas tenu compte de ses allégations selon lesquelles l'enfant courrait un risque s'il était rendu à sa mère. Le juge a rejeté l'argumentation du père sur ce point.

[86] Sur la question du lieu de la résidence habituelle, la Cour a noté que l'analyse requise au regard de la *Convention de La Haye* consistait à déterminer si le déplacement de l'enfant portait atteinte au droit de garde que la mère exerçait. La Cour a précisé à bon droit que, sous le régime du droit en vigueur au Massachusetts, les parents partagent la garde d'un enfant mineur jusqu'à ce qu'un jugement sur le fond ait été rendu, en l'absence de mauvais traitements, de négligence ou de situations d'urgence.

[87] Les décisions qui précèdent sont conformes à l'arrêt *Baley*, dans lequel la Cour suprême déclare que l'analyse doit s'appesantir sur les liens de l'enfant avec le pays A, le déplacement du pays A au pays B et les liens de l'enfant avec le pays B (par. 64). Comme

je l'ai indiqué, les liens de l'enfant doivent être déterminés avant la date de son déplacement. Les liens tissés postérieurement au déplacement/non-retour n'ont aucune pertinence pour l'analyse. J'ajoute que ce sont les liens de l'enfant, et non ceux des parents, qui sont pris en considération. Permettre l'examen du *statu quo* après un non-retour serait contraire à l'intention de la *Convention de La Haye* et transformerait les cas de non-retour illicite en cas de garde, l'une des questions que le père a soulevées dans son appel.

[88] L'analyse fondée sur l'arrêt *Balev* se fait en deux étapes. Dans un premier temps, le tribunal doit déterminer la date à laquelle le non-retour illicite de l'enfant s'est produit. Dans un deuxième temps, il doit déterminer quel était le lieu de la résidence habituelle à cette date, sans se fonder exclusivement ni sur l'intention des parents ou l'entente qu'ils ont conclue, ni sur l'autre approche axée sur l'enfant qui tient compte de l'acclimatation de l'enfant au nouveau lieu (*Balev*, aux par. 41, 45 et 63; *Ludwig*, au par. 28).

[89] Historiquement, l'intention des parents servait de baromètre pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. En réduisant le poids qu'il convient d'accorder à l'intention des parents, l'approche hybride oblige le juge des faits à procéder à l'exercice de mise en balance suivant :

1. déterminer les liens de l'enfant avec le pays A et sa situation dans ce pays;
2. examiner les circonstances du déplacement de l'enfant du pays A au pays B ou de son non-retour;
3. examiner les liens de l'enfant avec le pays B et sa situation dans ce pays jusqu'à la date de son non-retour, ce qui comprend, comme le précise l'arrêt *Balev*, l'opinion et les préférences de l'enfant.

[90] Dans le cas qui nous occupe, le père affirme que la juge a commis une erreur dans son analyse en accordant trop de poids au rôle de principale pourvoyeuse de soins joué par la mère. Comme le prescrit l'arrêt *Balev*, lorsque l'enfant est un nourrisson, son environnement familial est déterminé par la personne ou les personnes

qui prennent soin de lui (par. 44); or, dans la présente instance, il a été établi qu'avant le non-retour de l'enfant, le père jouait un rôle actif dans sa vie, à la fois en personne et en ayant des conversations avec lui au moyen de l'application FaceTime lorsqu'un contact direct était impossible. La juge n'a pas pris en considération le fait que lorsque les deux parents allaient au Texas et en revenaient entre les mois d'août 2018 et de février 2019, le père, lui aussi, s'occupait activement de l'enfant.

[91] La nécessité d'adopter une démarche globale axée sur les faits pour déterminer le lieu de la résidence habituelle qui est établie dans l'arrêt *Balev* ne doit pas être confondue avec l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant qui s'impose dans les affaires de garde. Bien qu'en l'espèce, la preuve indique que la mère était la principale pourvoyeuse de soins de l'enfant en cause au Texas pendant que le père était au travail, il a également été établi qu'il était chez lui l'après-midi et le soir et s'occupait souvent de l'enfant pour donner un répit à la mère, et qu'il était un parent actif et engagé tant au Texas qu'au Nouveau-Brunswick.

[92] À mon avis, la juge a accordé un trop grand poids au fait que la mère était la principale pourvoyeuse de soins et n'a pas tenu compte de la preuve qui montrait que le couple se comportait comme la moyenne des parents après la naissance de l'enfant – l'un travaillait pour subvenir aux besoins de la famille tandis que l'autre était en congé de maternité. L'importance que la juge a accordée au rôle de principale pourvoyeuse de soins qui était dévolu à la mère, en faisant abstraction des autres facteurs qui militaient en faveur du Texas comme lieu de la résidence habituelle de cet enfant, constitue selon moi une erreur.

B. Considérations découlant de l'arrêt *Balev*

[93] Une ordonnance de retour rétablit la situation qui existait au moment où l'enfant a fait l'objet d'un déplacement de son lieu de résidence habituelle ou d'un non-retour à ce lieu, de façon à priver un parent de l'avantage qu'il pourrait obtenir du fait du déplacement de l'enfant dans un État membre ou de son non-retour (*Balev*, au par. 24).

[94]

Les principes suivants se dégagent de l'approche hybride :

- a) le lieu de la résidence habituelle est déterminé en examinant le « point de fuite » de la vie de l'enfant – « l'environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait » immédiatement avant le non-retour (par. 43);
- b) le juge devrait prendre en considération « la durée, la régularité, les conditions et les raisons » du séjour de l'enfant dans l'État membre (par. 44);
- c) aucun élément ne prédomine dans l'analyse (par. 44);
- d) les considérations pertinentes peuvent varier en fonction de l'âge de l'enfant; lorsqu'il s'agit d'un nourrisson, l'environnement est essentiellement « familial, déterminé par la personne ou les personnes de référence avec lesquelles il vit » et qui prennent soin de lui (par. 44);
- e) la situation des parents, y compris leurs intentions, peut se révéler importante, surtout dans le cas de nourrissons ou de jeunes enfants (par. 45);
- f) l'intention des parents, lorsqu'elle se manifeste par l'achat ou la location d'un logement, peut être prise en compte, mais en règle générale, elle ne saurait être à elle seule décisive pour déterminer la résidence habituelle d'un enfant (par. 45);
- g) « Il n'existe [...] pas de "règle" selon laquelle les actes d'un parent ne peuvent emporter la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle de l'enfant » (par. 46);
- h) l'examen est factuel; il doit tenir compte du dessein arrêté, de la durée réelle du séjour dans l'État et de la durée dont les parties étaient convenues, de

l'objet du séjour, de la solidité des liens avec l'État en cause et du degré d'intégration dans l'État (par. 53);

- i) l'approche hybride dissuade les parents de tenter d'exploiter la *Convention de La Haye* en consolidant des liens avec un État en particulier (par. 60);
- j) l'approche hybride favorise la désignation du for qui convient le plus, comme c'est le cas du critère servant à déterminer le *forum conveniens* (par. 64);
- k) suivant l'approche hybride, le juge examine l'intention des parents que le déplacement soit temporaire et les raisons de leur accord (par. 73).

C. *L'analyse de la juge*

[95] Dans la présente instance, c'est à bon droit que la juge a fait observer qu'elle devait appliquer l'approche hybride et déterminer quel était le lieu de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le non-retour allégué de ce dernier. Sur cette question, elle a tiré les conclusions suivantes :

- a) elle était convaincue que l'intention des deux parents était que la mère reviendrait au Texas avec l'enfant lorsque le père a permis à la mère de travailler au Nouveau-Brunswick pendant une année scolaire;
- b) elle était convaincue que lorsque la mère a quitté le Texas à la fin du mois d'août 2018, l'intention des parents était que ce serait une situation temporaire et que l'enfant retournerait au Texas;
- c) elle était convaincue que la mère et l'enfant reviendraient vivre dans la résidence où l'enfant avait vécu; tous ses jouets ainsi que la plupart de ses vêtements y avaient été laissés dans sa chambre complètement meublée;
- d) elle a conclu que l'animal de compagnie de la famille était resté dans cette résidence;

- e) elle a observé que la maison du Texas n'avait pas été vendue et n'était pas à vendre;
- f) elle a observé que le père continuait à exploiter son entreprise au Texas;
- g) elle a conclu que les parents avaient pris la décision qu'ils feraient des allers-retours entre le Canada et le Texas pour se voir pendant que la mère travaillait temporairement au Nouveau-Brunswick.

(par. 70)

[96] La juge a reconnu que l'enfant et sa famille avaient vécu au Texas après sa naissance en septembre 2017, et elle a conclu que la mère avait été sa principale pourvoyeuse de soins à cet endroit. Elle allaitait alors l'enfant et a continué à le faire lorsqu'elle est venue s'établir au Nouveau-Brunswick. La juge a noté que le père s'était activement occupé de l'enfant. Bien qu'elle n'ait pas fait mention de ces éléments de preuve dans ses motifs, comme je l'ai indiqué, il y avait des affidavits souscrits par des amis du couple qui attestaient les avoir observés ensemble avec l'enfant à des activités sociales au Texas et avoir noté qu'ils étaient tous deux aimants et attentionnés envers l'enfant.

[97] Au par. 55 de ses motifs, la juge a tiré une conclusion quant à la crédibilité, concluant qu'en cas de divergence entre les témoignages de la mère et du père, sa préférence allait au témoignage du père, qu'elle trouvait plus crédible. La mère avait dépeint le père comme un travailleur autonome très occupé qui quittait la maison à trois heures du matin et revenait dans la soirée. Cette description n'a pas été corroborée. En fait, un ou deux jours par mois, le père devait quitter la maison le matin de bonne heure pour couler du béton avant l'arrivée de la chaleur et rentrait chez lui l'après-midi pour être avec la mère et l'enfant. Son bureau/atelier se trouvait sur la propriété, et il a témoigné qu'il allait et venait depuis sa résidence les journées où il devait travailler et qu'il lui arrivait souvent d'être chez lui les après-midi en compagnie de la mère et de l'enfant.

[98] Ayant indiqué les faits susmentionnés, la juge a procédé à son analyse. À partir des par. 72 et 73, elle fait les observations suivantes :

- a) de la fin du mois d'août 2018 jusqu'au mois de février 2019, l'environnement de l'enfant est devenu la maison de ses grands-parents maternels;
- b) entre la fin de l'été 2018 et le milieu de l'hiver 2019, l'enfant a fréquenté une garderie au Nouveau-Brunswick;
- c) la mère est le parent qui a eu la principale responsabilité de répondre aux besoins de l'enfant [TRADUCTION] « pendant toute la vie de ce jeune enfant »;
- d) étant donné l'âge de l'enfant, son environnement était essentiellement un environnement familial déterminé par le parent avec lequel il vit et qui prend soin de lui;
- e) les racines de la mère se trouvent au Nouveau-Brunswick;
- f) avant qu'elle n'aille aux États-Unis, l'emploi de la mère se trouvait au Nouveau-Brunswick;
- g) les liens sociaux de la mère se trouvent au Nouveau-Brunswick;
- h) l'enfant [TRADUCTION] « s'est intégré » à son environnement social et familial au Nouveau-Brunswick.

[99] Je suis en désaccord avec les conclusions de fait qui précèdent sur les points suivants :

- a) de la fin août 2018 au mois de février 2019, le lieu de résidence de l'enfant ne se trouvait pas exclusivement au Nouveau-Brunswick. L'enfant est retourné au Texas à deux reprises, une première fois en novembre et une seconde fois le 26 décembre 2018;
- b) l'enfant a fréquenté une garderie au Nouveau-Brunswick pendant que la mère travaillait; toutefois, l'enfant n'est allé à la garderie ni quand il est revenu au Texas, comme je l'ai indiqué, ni lorsque le père est venu en visite au Nouveau-Brunswick au cours du mois de septembre et des mois de décembre et janvier, lorsque le père prenait soin de l'enfant pendant que la

mère travaillait. L'enfant n'est retourné à la garderie qu'au milieu de l'hiver, comme l'a conclu la juge;

- c) la mère n'est pas le parent qui avait la principale responsabilité de répondre aux besoins de l'enfant pendant les quelques années d'existence de ce dernier. Les parents ont tous deux offert un environnement familial à l'enfant depuis sa naissance, sauf pendant les quelques mois où l'enfant était exclusivement confié aux soins de la mère au Nouveau-Brunswick;
- d) la mention par la juge du fait que les racines de la mère se trouvent au Nouveau-Brunswick n'avait aucune pertinence en l'espèce pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant;
- e) le fait que l'emploi occupé par la mère se trouve au Nouveau-Brunswick n'avait aucune pertinence en l'espèce pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant;
- f) au moment du non-retour, l'enfant était âgé d'environ dix-sept mois. La conclusion de la juge selon laquelle l'enfant s'était intégré à son environnement social et familial au Nouveau-Brunswick n'était pas étayée par la preuve. On aurait pu dire la même chose au sujet de l'intégration de l'enfant à son environnement social et familial au Texas, où l'enfant avait passé la plus grande partie de sa vie.

[100] En d'autres mots, la juge a trop mis l'accent sur les facteurs qui, selon elle, militaient en faveur du Nouveau-Brunswick, à l'exclusion des éléments de preuve qui révélaient l'existence d'un lien analogue, sinon plus fort, avec l'État du Texas au moment du non-retour de l'enfant. L'analyse ne reflète pas la mise en balance des liens de l'enfant entre les deux ressorts, le pays A et le pays B, en date du 6 février 2019, de façon contextuelle ou globale comme le prescrit l'arrêt *Balev*.

[101] À titre d'exemple, la mère vivait chez ses parents au Nouveau-Brunswick entre le 9 août 2018 et le mois de février 2019. Tous les jouets et les vêtements de l'enfant, à l'exception de ceux que la mère avait emportés à la fin août, sont restés au Texas. Les médecins de l'enfant se trouvaient au Texas. Le compte en banque de l'enfant était au Texas. L'enfant avait un passeport américain. L'animal de compagnie de la

famille était resté au Texas. Les grands-parents paternels vivaient dans la même collectivité et avaient tissé des liens avec l'enfant. Nous ignorons comment la juge a soupesé ces liens lorsqu'elle a examiné l'environnement de l'enfant au moment de son non-retour. Rien dans ses motifs n'indique comment elle les a écartés, comment elle a tenu compte du temps que l'enfant avait passé avec son père tant dans l'État du Texas qu'au Nouveau-Brunswick après le mois d'août 2018 et du fait que le séjour au Nouveau-Brunswick devait être temporaire, comme c'était le cas dans l'arrêt *O.M. c. E.D.*

D. *Où est l'erreur?*

[102] Dans l'arrêt *Beairsto*, le juge d'appel Beveridge écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Pour obtenir gain de cause, la personne qui introduit une demande fondée sur la *Convention de La Haye* doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences de l'art. 3 sont remplies. Le concept clé est un déplacement ou un non-retour qui est illicite. Pour qu'il soit illicite, les autres exigences de l'art. 3 doivent être prouvées. Le tribunal doit donc répondre à ces questions :

- (1) À quel moment le déplacement ou le non-retour en cause s'est-il produit?
- (2) Immédiatement avant le déplacement ou le non-retour, dans quel État l'enfant avait-il son lieu de résidence habituelle?
- (3) Le déplacement ou le non-retour a-t-il violé les droits de garde attribués à l'auteur de la demande par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle?
- (4) L'auteur de la demande exerçait-il ces droits au moment du déplacement ou du non-retour?

Dans les affaires concernant un déplacement illicite allégué, il n'est habituellement pas difficile de répondre à la première question. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une allégation de non-retour illicite, cela peut être plus difficile.

[par. 95, 96 et 98]

[Je souligne.]

Voir également l'arrêt *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, [1994] A.C.S. n° 6 (QL), motifs du juge La Forest, aux p. 592 et 593.

[103] Comme je l'ai indiqué, en septembre 2018, le père a obtenu d'un tribunal du Texas une ordonnance *ex parte* qui interdisait de [TRADUCTION] « perturber » ou de déplacer « l'[']enfant[t] », à moins d'avoir obtenu au préalable le consentement de toutes les parties ou une ordonnance du tribunal. La juge a noté que le père avait laissé les documents à la mère au cours de sa visite de septembre 2018, mais elle n'a pas traité dans ses motifs des discussions au sujet de l'état des rapports qu'entretenaient les parents à l'époque, ni précisé l'effet éventuel que pouvait avoir l'ordonnance rendue au Texas sur la question du lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Il y avait aussi toute une série de messages texte échangés à l'époque par les parents qui montraient qu'au cours de l'automne 2018, le père craignait que la mère ne revienne pas au Texas et ne soit en train de l'exclure de la vie de l'enfant.

[104] Les éléments qui précèdent sont à mon avis des considérations pertinentes. L'enfant n'avait vécu que pendant un mois au Nouveau-Brunswick au moment où l'ordonnance a été rendue dans l'État du Texas. Par la suite, l'enfant a passé moins de quatre mois dans la province, seul avec sa mère. Selon moi, ne pas prendre en considération dans l'analyse ni la période que l'enfant a passée au Texas après le mois d'août 2018, ni le temps que le père a passé au Nouveau-Brunswick, constitue une erreur manifeste et dominante.

[105] Je suis d'avis qu'il faut déterminer quel est le lieu de la résidence habituelle d'un enfant compte tenu d'une chronologie qui reflète la réalité de la vie de cet enfant. Dans la présente instance, l'enfant n'était pas établi de façon permanente dans la province du Nouveau-Brunswick au moment où la mère a annoncé qu'elle ne reviendrait pas au Texas. Selon moi, la juge a exclu de son analyse des faits convaincants, comme je l'ai indiqué, ce qui a entaché le résultat.

[106] On a naturellement tendance à essayer de régler la question de la garde étant donné que des affaires comme celle dont nous sommes saisis sont difficiles à

trancher; cependant, au stade d'une analyse fondée sur l'art. 3, le rôle du juge consiste à se dissocier de la question de la garde en soi. Je suis d'avis qu'en l'espèce, l'analyse a été rendue non fiable pour les raisons indiquées. Il y a lieu de distinguer l'arrêt *Balev* de la présente instance pour un certain nombre de raisons. En effet, en l'espèce un tribunal texan s'était prononcé en septembre 2018, l'enfant était un bambin qui n'avait pas passé beaucoup de temps au Canada, l'enfant n'était pas en mesure d'exprimer une opinion ou des préférences et la mère était retournée au Texas à plusieurs reprises au cours d'une période de six mois.

VI. Conclusion

[107] Si une décision n'a pas été rendue sur le bien-fondé véritable de l'espèce, elle doit faire l'objet d'un contrôle et ne peut pas être maintenue. Dans l'arrêt *S.L.B. c. P.J.O.*, 2013 NBCA 52, 408 R.N.-B. (2^e) 235, la juge d'appel Quigg a déclaré ce qui suit au nom de la Cour :

La norme de contrôle applicable aux fins de modifier la décision en matière de garde d'un juge saisi d'une motion a été examinée dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100 :

La norme de contrôle qui s'applique dans le cadre d'un appel de cette nature a été examinée dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n^o 60 (QL), 2001 CSC 60. La Cour suprême du Canada a énoncé une norme prescrivant une grande déférence envers les décisions des tribunaux de première instance dans des affaires qui ressortissent au droit de la famille. L'intervention en appel n'est justifiée que s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit. Elle a explicité en quoi consiste une erreur importante :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon et Hickey*, [[1999] 2 R.C.S. 518], la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première

instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. [par. 15]

Le juge Bastarache, qui s'exprimait au nom de la Cour, a en outre précisé qu'« une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (par. 15). Voir les décisions de notre Cour sur l'application de cette norme de déférence : *MacLean c. MacLean* (2004), 274 R.N.-B. (2^e) 90, [2004] A.N.-B. n° 363 (QL), 2004 NBCA 75, au par. 18; *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2^e) 351, [2004] A.N.-B. n° 467 (QL), 2004 NBCA 98, au par. 27; *Scott c. Scott* (2004), 278 R.N.-B. (2^e) 61, [2004] A.N.-B. n° 468 (QL), 2004 NBCA 99, au par. 32, et *Boudreau c. Brun* (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 126, [2005] A.N.-B. n° 501 (QL), 2005 NBCA 106, au par. 5. [Par. 8 et 9]

[par. 8]

[Je souligne.]

[108] À mon avis, dans la présente instance la juge saisie de la demande n'a pas tenu compte d'éléments importants qui font pencher la balance en faveur de l'État du Texas.

[109] Je serais donc d'avis d'accueillir l'appel et de déclarer que l'État du Texas était le lieu de la résidence habituelle de l'enfant au moment de son non-retour. Je rendrais, au titre de l'art. 19 de la *Convention de La Haye*, une ordonnance imposant le retour immédiat de l'enfant dans l'État du Texas afin qu'une audience portant sur la garde puisse se tenir dans ce ressort.

VII. Dépens

[110] J'adopte les motifs de ma collègue en ce qui concerne la question des dépens tant en première instance que relativement à l'appel reconventionnel (par. 42 à 45).

VIII. Dispositif

[111] Je rejetterais l'appel avec dépens de 2 500 \$.