

Office of the Children's Lawyer *Appellant*

v.

John Paul Balev and Catharine-Rose Baggott
Respondents

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Defence for Children International-Canada and Barbra Schlifer Commemorative Clinic *Interveners*

INDEXED AS: OFFICE OF THE CHILDREN'S LAWYER v. BALEV

2018 SCC 16

File No.: 37250.

2017: November 9; 2018: April 20.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Custody — Wrongful removal or retention of child — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction — Mother of children living in Canada pursuant to a time-limited custody agreement failing to return children to father in Germany following expiry of consent period — Retention of children triggering operation of return mechanism under Hague Convention — Whether children were “habitually resident” in Germany at time of allegedly wrongful retention — How courts should consider child’s objections to return to jurisdiction of habitual residence — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, arts. 3, 13.

Legislation — Interpretation — Treaty implemented in domestic legislation — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction — Habitual residence — Different approaches to determination of “habitually resident” in Article 3 of Convention developing in

Bureau de l’avocat des enfants *Appelant*

c.

John Paul Balev et Catharine-Rose Baggott
Intimés

et

Procureur général du Canada, procureur général de l’Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Defence for Children International-Canada et Barbra Schlifer Commemorative Clinic *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BUREAU DE L’AVOCAT DES ENFANTS c. BALEV

2018 CSC 16

N° du greffe : 37250.

2017 : 9 novembre; 2018 : 20 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit de la famille — Garde — Déplacement ou non-retour illicite d’enfant — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants — Omission d’une mère vivant au Canada avec ses enfants conformément à un accord d’une durée limitée sur la garde de renvoyer les enfants à leur père en Allemagne au terme du séjour convenu — Enclenchement par cette omission du mécanisme de la Convention de La Haye permettant d’obtenir une ordonnance de retour — Les enfants avaient-ils leur « résidence habituelle » en Allemagne au moment du non-retour illicite allégué? — Suivant quels paramètres les tribunaux doivent-ils se prononcer sur l’opposition de l’enfant à son retour dans le ressort de sa résidence habituelle? — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 13.

Législation — Interprétation — Traité mis en œuvre par des dispositions législatives nationales — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants — Résidence habituelle — Différentes approches se font jour dans la jurisprudence internationale quant

international jurisprudence — Canada signatory to this Convention and to Vienna Convention on Law of Treaties — Whether Canadian courts should adopt parental intention approach, child-centred approach or hybrid approach to consideration of habitual residence of child wrongfully removed or retained within meaning of Convention — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, art. 3.

The respondents were married in Ontario and moved to Germany in 2001 where their two children were born in 2002 and 2005. The children struggled with school in Germany so the father gave his time-limited consent for the children to move to Canada with the mother for the 2013-14 school year. The children attended school in Ontario where they resided with the mother and their grandparents. Because he suspected that the mother would not return the children to Germany at the end of the school year, the father purported to revoke his consent, resumed custody proceedings in Germany, and brought an action under the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (“*Hague Convention*”) for an order that the children be returned to Germany. After the consent agreement lapsed, and his applications in Germany were unsuccessful, the father requested that his *Hague Convention* application be set down for a hearing before the Ontario court.

The application judge requested that the Office of the Children’s Lawyer (“OCL”) be appointed to represent the interests of the children. She found the children to be habitually resident in Germany and ordered the return of the children. The Divisional Court allowed the mother’s appeal. The Court of Appeal allowed the father’s appeal, concluding that the children were habitually resident in Germany at the relevant time, and that there had been a wrongful retention pursuant to Article 3 of the *Hague Convention*. The OCL applied for leave to appeal to this Court. An application for a stay pending this appeal was dismissed. The children were ultimately returned to Germany on October 15, 2016, where the mother was awarded sole custody by the German courts. The children returned to Canada on April 5, 2017. Although the appeal is now moot, the issues raised are important, and the law on how cases such as this fall to be decided requires clarification.

à la détermination du lieu de la « résidence habituelle » pour l’application de l’article 3 de la Convention — Le Canada est signataire de cette Convention ainsi que de la Convention de Vienne sur le droit des traités — Les tribunaux canadiens devraient-ils adopter l’approche fondée sur l’intention des parents, l’approche axée sur l’enfant ou l’approche hybride pour déterminer, en application de la Convention, le lieu de la résidence habituelle d’un enfant déplacé ou retenu illicitement? — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3.

Après s’être mariés en Ontario, les intimés ont déménagé en Allemagne en 2001, où ils ont eu leurs deux enfants en 2002 et en 2005. Les enfants éprouvaient des difficultés à l’école en Allemagne, si bien que le père a consenti à ce qu’ils séjournent temporairement au Canada avec leur mère pendant l’année scolaire 2013-2014. Les enfants ont fréquenté l’école en Ontario, où ils habitaient avec leur mère et leurs grands-parents. Parce qu’il soupçonnait la mère de ne pas renvoyer les enfants en Allemagne à la fin de l’année scolaire, le père a signifié la révocation du consentement, a réactivé une instance de garde en Allemagne et a engagé une instance fondée sur la *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants* (« *Convention de La Haye* ») afin que soit ordonné le retour des enfants en Allemagne. Après que la période visée par son consentement eut expiré et qu’il eut été débouté de ses demandes en Allemagne, le père a fait inscrire au rôle sa demande ontarienne prenant appui sur la *Convention de La Haye*.

La juge des requêtes a demandé que le Bureau de l’avocat des enfants (« BAE ») soit désigné pour défendre les intérêts des enfants. Elle a conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne, puis elle a ordonné leur retour dans ce pays. La Cour divisionnaire a accueilli l’appel de la mère. La Cour d’appel a accueilli l’appel du père au motif que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment considéré et qu’il y avait eu non-retour illicite au sens de l’article 3 de la *Convention de La Haye*. Le BAE a présenté une demande d’autorisation d’appel devant la Cour. Une demande de sursis à l’exécution de la décision jusqu’à ce qu’il soit statué sur le pourvoi a été rejetée. Le 15 octobre 2016, les enfants ont finalement été renvoyés en Allemagne, où leur mère a obtenu leur garde exclusive. Les enfants sont rentrés au Canada le 5 avril 2017. Bien que le pourvoi soit désormais théorique, les questions soulevées sont importantes et le droit qui régit le processus décisionnel dans un dossier apparenté à la présente affaire doit être clarifié.

Held (Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting): The Court should adopt the hybrid approach to determining habitual residence under Article 3 of the *Hague Convention*, and a non-technical approach to considering a child's objection to removal under Article 13(2).

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The *Hague Convention* is aimed at enforcing custody rights and securing the prompt return of wrongfully removed or retained children to their country of habitual residence. A return order is not a custody determination; it is simply an order designed to restore the *status quo* which existed before the wrongful removal or retention. The heart of the *Hague Convention's* prompt return mechanism is Article 3, which provides that the removal or retention of a child is wrongful (a) where it is in breach of custody rights under the law of the state in which the child was "habitually resident" immediately before the removal or retention and (b) those rights were actually being exercised or would have been exercised but for the wrongful removal or retention. If the requirements of Article 3 are established, Article 12 requires the judge in the requested state to order "the return of the child forthwith" unless certain exceptions apply.

Only one requirement of Article 3 is challenged in this case — whether the children were habitually resident in Germany at the time of the wrongful retention. And the only relevant exception is the children's alleged objection to being returned to Germany. The central question here is how an application judge should determine the question of a child's habitual residence. There are three possible approaches: the parental intention approach, the child-centred approach, and the hybrid approach. Currently, the parental intention approach dominates Canadian jurisprudence and determines the habitual residence of a child by the intention of the parents with the right to determine where the child lives. Under this approach, time-limited travel to which the parents agree does not change the child's habitual residence. The hybrid approach, however, holds that instead of focusing primarily on either parental intention or the child's acclimatization, the judge determining habitual residence must look to all relevant considerations arising from the facts of the case. 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,

Arrêt (les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents) : La Cour devrait recourir à l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle suivant l'article 3 de la *Convention de La Haye* et à une approche non technique pour se prononcer sur l'opposition de l'enfant au retour suivant l'article 13(2).

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : La *Convention de La Haye* vise à faire respecter le droit de garde et à assurer le retour immédiat de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle lorsqu'il a fait l'objet d'un déplacement ou d'un non-retour illicite. L'ordonnance de retour ne constitue pas une décision sur la garde. Elle vise seulement à rétablir la situation d'avant le déplacement ou le non-retour illicite. L'axe central du mécanisme de retour immédiat de la *Convention de La Haye* est l'article 3. Cette disposition prévoit que le déplacement ou le non-retour d'un enfant est illicite a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde selon le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa « résidence habituelle » immédiatement avant son déplacement ou son non-retour et b) lorsque ce droit était exercé de façon effective au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. Lorsque les conditions de l'article 3 sont réunies, l'article 12 exige du tribunal de l'État requis qu'il « ordonne [le] retour immédiat [de l'enfant] », sauf application d'une exception.

Le respect d'une seule exigence de l'article 3 est contesté en l'espèce, à savoir que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment du non-retour illicite. Et la seule exception susceptible de s'appliquer est l'opposition alléguée des enfants à leur retour en Allemagne. La question qui se révèle centrale en l'espèce est de savoir suivant quels paramètres le juge des requêtes devrait déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Trois approches sont possibles : l'approche fondée sur l'intention des parents, celle axée sur l'enfant et l'approche hybride. Suivant l'approche fondée sur l'intention des parents, qui prédomine actuellement au Canada, le lieu de la résidence habituelle de l'enfant est déterminé à partir de l'intention des parents habilités à décider du lieu où vit l'enfant. Le séjour d'une durée limitée auquel les parents consentent ne modifie alors pas le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Pour sa part, l'approche hybride veut qu'au lieu de s'attacher surtout à l'intention des parents ou à l'acclimatation de l'enfant, le tribunal appelé à déterminer le lieu de la résidence habituelle se penche sur toutes les considérations pertinentes au vu des faits propres à l'affaire. 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

and reasons for the child's stay in a member state and the child's nationality. No single factor dominates the analysis. The circumstances of the parents, including their intentions, may be important, particularly in the case of infants or young children. But, 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. The hybrid approach is fact-bound, practical, and unencumbered with rigid rules, formulas, or presumptions.

The clear trend of *Hague Convention* jurisprudence is to rejection of the parental intention approach and to adoption of the multi-factored hybrid approach. The hybrid approach should be adopted in Canada because (1) the principle of harmonization supports this approach; and (2) it best conforms to the text, structure and purpose of the *Hague Convention*. A clear purpose of multilateral treaties is to harmonize parties' domestic laws around agreed-upon rules, practices, and principles. The *Hague Convention* was intended to establish procedures common to all the contracting states that would ensure the prompt return of children. To avoid frustrating the harmonizing purpose behind the *Hague Convention*, domestic courts should give serious consideration to decisions by the courts of other contracting states on its meaning and application. In the end, the best assurance of certainty lies in following the developing international jurisprudence that supports a multi-factored hybrid approach. Furthermore, the hybrid approach best fulfills the goals of prompt return: (1) deterring parents from abducting the child in an attempt to establish links with a country that may award them custody, (2) encouraging the speedy adjudication of custody or access disputes in the forum of the child's habitual residence, and (3) protecting the child from the harmful effects of wrongful removal or retention.

Under the hybrid approach, a child's habitual residence can change while he or she is staying with one parent under the time-limited consent of the other. The application judge considers the intention of the parents that the move

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 il y a 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. Aucun élément ne prédomine. La situation des parents, y compris leurs intentions, peut se révéler importante, surtout dans le cas de nourrissons ou de jeunes enfants. Il n'existe cependant 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. L'approche hybride est axée sur les faits, pragmatique et affranchie de l'application rigide de règles, de formules ou de présomptions.

Une nette tendance se dégage de la jurisprudence relative à la *Convention de La Haye* à l'effet de rejeter l'approche fondée sur l'intention des parents au profit de l'approche hybride multifactorielle. Il convient de recourir à l'approche hybride au Canada parce que (1) le principe d'harmonisation milite en sa faveur et (2) qu'elle est celle qui se concilie le mieux avec le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*. L'une des raisons d'être manifestes d'un traité multilatéral est l'harmonisation du droit national de chacune des parties avec les règles, les pratiques et les principes dont il est convenu. L'objectif de la *Convention de La Haye* était l'établissement d'une procédure commune à tous les États contractants pour garantir le retour immédiat des enfants. Pour ne pas aller à l'encontre de la volonté d'harmonisation qui sous-tend la *Convention de La Haye*, les tribunaux nationaux doivent examiner de près les décisions des tribunaux des autres États contractants sur sa portée et sur son application. En fin de compte, la meilleure garantie de certitude réside dans l'adhésion à la jurisprudence internationale qui se fait jour et qui privilégie une approche hybride multifactorielle. Par ailleurs, l'approche hybride est celle qui respecte le plus les objectifs du retour immédiat, à savoir (1) dissuader les parents de recourir à l'enlèvement dans le but de créer des liens dans un pays où la garde de l'enfant pourrait leur être accordée, (2) favoriser le prononcé rapide d'une décision sur la garde ou le droit de visite dans le ressort où l'enfant a sa résidence habituelle et (3) protéger l'enfant des effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite.

Suivant l'approche hybride, le lieu de la résidence habituelle peut changer pendant que l'enfant habite avec l'un de ses parents pour une durée précise, avec le consentement de l'autre. Le juge des requêtes examine l'intention

would be temporary, and the reasons for that agreement but also considers all other evidence relevant to the child's habitual residence.

Article 13(2) is an exception to the general rule that a wrongfully removed or retained child must be returned to his or her country of habitual residence, but it should not be read so broadly that it erodes the general rule. The application judge's discretion to refuse to return the child to the country of habitual residence arises only if the party opposing return establishes that: (1) the child has reached an appropriate age and degree of maturity at which his or her views can be taken into account, and (2) the child objects to return. Determining sufficient age and maturity in most cases is simply a matter of inference from the child's demeanor, testimony and circumstances. The child's objection should also be assessed in a straightforward fashion — without the imposition of formal conditions or requirements not set out in the text of the *Hague Convention*. In most cases, the object of Article 13(2) can be achieved by a single process in which the judge decides if the child possesses sufficient age and maturity to make his or her evidence useful, decides if the child objects to return, and, if so, exercises judicial discretion as to whether to return the child.

Finally, the time it took to bring this *Hague Convention* application to hearing and resolve the ensuing appeals was unacceptably long. The hardship and anxiety that such delays impose on children are exactly what the *Hague Convention's* contracting parties sought to prevent by insisting on prompt return and expeditious procedures. It was up to the judicial authorities and court administrators in this case to ensure Canada lived up to its obligation under Article 11 to “act expeditiously in proceedings for the return of children”. *Hague Convention* proceedings should be judge-led, not party-driven, to ensure that they are determined expeditiously.

Per Moldaver, Côté and Rowe (dissenting): The clear purpose of the *Hague Convention* is the enforcement of custody rights across international borders, which supports an approach to habitual residence based on parental intention. In this case, the children were habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention in Canada because there was no shared parental intent for Canada to become the children's habitual residence.

des parents que le déplacement soit temporaire et les raisons de leur accord. Mais il tient également compte de tous les autres éléments de preuve pertinents pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

L'article 13(2) prévoit une exception à la règle générale selon laquelle l'enfant déplacé ou retenu illicitement doit être renvoyé dans le pays de sa résidence habituelle, mais il ne faut pas l'interpréter si largement que le caractère général de la règle en soit compromis. Le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge des requêtes de refuser d'ordonner le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ne naît que si la personne qui s'oppose au retour établit (1) que l'enfant a atteint un âge et une maturité où il peut être tenu compte de son opinion et (2) qu'il s'oppose au retour. Dans la plupart des cas, le caractère suffisant de l'âge et de la maturité s'infère simplement du comportement de l'enfant, de son témoignage et des circonstances qui lui sont propres. L'opposition de l'enfant doit être appréciée purement et simplement, sans exiger le respect de conditions ou d'exigences de forme qui ne figurent pas dans la *Convention de La Haye*. La plupart du temps, l'objectif de l'article 13(2) peut être atteint au moyen d'une seule mesure judiciaire qui consiste à décider si l'enfant a un âge et une maturité qui rendent son témoignage utile, à décider si l'enfant s'oppose au retour et, le cas échéant, à exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet d'ordonner ou non son retour.

Enfin, le temps qui s'est écoulé avant que l'on entende la demande fondée sur la *Convention de La Haye* et qu'il soit statué sur les appels interjetés subséquentement a été trop long. Ce sont précisément les difficultés et l'anxiété que peuvent causer de tels retards à un enfant que les États signataires de la *Convention de La Haye* ont voulu prévenir en privilégiant le retour immédiat et le recours à des procédures d'urgence. En l'espèce, il appartenait aux autorités judiciaires et aux administrateurs judiciaires de faire en sorte que le Canada s'acquitte de son obligation de « procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant » conformément à l'article 11. La conduite 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.

Les juges Moldaver, Côté et Rowe (dissidents) : L'objectif manifeste de la *Convention de La Haye* est l'exécution du droit de garde dans tous les États signataires, ce qui milite en faveur de l'approche fondée sur l'intention des parents pour déterminer le lieu de la résidence habituelle. Dans la présente affaire, les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment où ils auraient été retenus illicitement au Canada, car il n'y avait pas d'intention commune des parents de faire du Canada le lieu de la résidence habituelle des enfants.

Under the provisions of the *Hague Convention*, courts presented with return applications under Article 12 must perform a two-step analysis. First, the court must determine whether the child was removed from his or her habitual residence or retained in another country by one parent in breach of the other parent's custody rights. Second, the court must determine whether an exception to the return order applies. The central dispute in this appeal is at the first step of the analysis: deciding where the children are habitually resident under Article 3. In most cases, the focus should be on the intentions of the parents as the key element in the analysis, not the strength of the relevant contacts between the child and the competing jurisdictions. In contrast, the hybrid approach dilutes the importance of parental intent as the primary variable in favor of a multi-factor test. The result is an unprincipled and open-ended approach — untethered from the text, structure, and purpose of the *Hague Convention* — that creates a recipe for litigation.

Where the parents have agreed in writing that a move to a new jurisdiction is meant to be temporary, then that agreement should be given decisive weight. Where shared parental intent is otherwise clear from the evidence before the application judge, it should be determinative of habitual residence, absent exceptional circumstances. Some courts have recognized a narrow exception for cases where the evidence unequivocally points to the conclusion that the child has acclimatized to the new location but this requires evidence of more than simply settling in to a new location in order for shared parental intent to be disregarded.

There are three strong indications that parental intent should be the decisive factor, as dictated by the text and structure of the *Hague Convention*. First, Article 12 contains two distinct provisions depending on when a *Hague Convention* proceeding is initiated. When proceedings have been commenced one year or more after the alleged wrongful removal or retention, a court need not order the child's return if "it is demonstrated that the child is now settled in its new environment". Alternatively, when proceedings are commenced within one year, the court is required to "order the return of the child forthwith". Given this structure, it would not be proper to consider evidence of settling in when a proceeding is initiated within one year. Second, the two-step analysis required by Article 12 differentiates the concept of habitual residence (at stage one) from evidence regarding the child's circumstances (at stage two). Article 13(2) provides for an exception to the return order that specifically focuses on whether a child objects to a return. Incorporating considerations of this nature into the preliminary determination of habitual

Suivant la *Convention de La Haye*, le tribunal saisi d'une demande de retour fondée sur l'article 12 doit se livrer à une analyse en deux étapes. À la première, il doit décider si l'enfant a été déplacé du lieu de sa résidence habituelle ou retenu dans un autre pays par l'un de ses parents en violation du droit de garde de l'autre. À la deuxième étape, il doit se demander si une exception s'applique à la règle du retour. Dans le présent pourvoi, la principale question en litige se pose à la première étape de l'analyse : où les enfants avaient-ils leur résidence habituelle pour les besoins de l'article 3? Dans la plupart des cas, l'intention des parents devrait importer davantage que la solidité des liens pertinents entre l'enfant et chacun des pays concurrents. À l'opposé, l'approche hybride fait de l'intention des parents un simple élément parmi d'autres. Il en résulte une approche non raisonnée et non balisée qui ne prend appui ni sur le texte de la *Convention de La Haye*, ni sur sa structure, ni sur son objet, ce qui constitue une recette parfaite pour entraîner des litiges.

Lorsque les parents ont convenu par écrit que le séjour dans le nouveau pays serait temporaire, cette entente doit se voir accorder un poids décisif. L'intention commune des parents qui ressort par ailleurs de la preuve dont dispose le juge des requêtes devrait être déterminante quant au lieu de la résidence habituelle, sauf circonstances exceptionnelles. Certains tribunaux reconnaissent une exception d'application restreinte lorsque la preuve mène de façon non équivoque à la conclusion que l'enfant s'est acclimaté au nouveau lieu, mais il faut prouver plus que la seule intégration dans un nouveau milieu pour que l'intention commune des parents soit écartée.

Trois indices sérieux permettent de conclure que l'intention des parents devrait constituer l'élément décisif, comme le commandent le texte et la structure de la *Convention de La Haye*. Premièrement, l'article 12 renferme deux dispositions distinctes dont l'application dépend du moment où est engagée la procédure fondée sur la *Convention de La Haye*. Lorsque la procédure est commencée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite allégué, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner le retour s'il est « établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ». Par contre, lorsque la procédure est engagée dans un délai inférieur à un an, le tribunal « ordonne [le] retour immédiat [de l'enfant] ». Partant, il serait inapproprié de prendre en compte une preuve d'intégration lorsque l'instance est engagée dans un délai inférieur à un an. Deuxièmement, l'analyse en deux étapes que commande l'article 12 distingue la notion de résidence habituelle (à la première étape) de la preuve relative à la situation de l'enfant (à la deuxième étape). L'article 13(2) prévoit une exception à l'ordonnance de

residence would inappropriately collapse the steps of the analysis. Third, Article 5 provides that custody rights include “the right to determine the child’s place of residence”, which suggests that parents, by virtue of their custody rights, must have some influence over where their child is deemed to be habitually resident.

The clear purpose of the *Hague Convention* also supports an approach based on parental intention. If respect for custody rights is the guiding purpose, it follows that parental intent should be a central focus in assessing habitual residence. Finally, policy reasons support the parental intention approach because it creates comparatively clear and certain law: absent shared parental intent, neither parent has anything to gain by abducting or retaining a child because the child’s habitual residence will remain the original country, absent exceptional circumstances. Therefore, the parental intent approach best aligns with the *Hague Convention*’s purposes by protecting custody rights and deterring abductions that may result from any approach that permits unilateral changes to habitual residence.

On the other hand, the hybrid approach, by incorporating other factors that could supplant parental intent into the determination of habitual residence — which effectively permits one parent to unilaterally change a child’s habitual residence without the other parent’s consent even in the face of an express agreement — blurs the distinction between custody adjudications and *Hague Convention* applications and undermines the Convention’s goals. Where there is unambiguous evidence of what the parents intended, the parental intent model offers a clear and predictable answer to the question of habitual residence.

Here, the relevant point in time for determining the children’s habitual residence is August 15, 2014 — the date on which the father’s period of consent expired. There is no question that the children were habitually resident in Germany prior to their trip to Canada by virtue of an express agreement indicating that the father only consented to a temporary stay in Canada. Article 13(2) should not be lightly invoked so as to systematically undermine custody

retour qui s’attache précisément à l’opposition de l’enfant à son retour. Tenir compte de tels éléments à l’étape préliminaire de la détermination du lieu de la résidence habituelle serait confondre à tort les deux étapes de l’analyse. Troisièmement, l’article 5 précise que le droit de garde comprend « le droit [...] de décider [du] lieu de résidence [de l’enfant] », ce qui permet de conclure que les parents, en raison de leur droit de garde, doivent avoir une certaine influence sur la détermination du lieu où leur enfant est réputé avoir sa résidence habituelle.

L’objet manifeste de la *Convention de La Haye* milite également en faveur de l’approche fondée sur l’intention des parents. Si l’objet premier de la *Convention de La Haye* est de faire respecter le droit de garde, l’intention des parents devrait être centrale dans la détermination du lieu de la résidence habituelle. Enfin, des considérations de principe militent en faveur de l’approche fondée sur l’intention des parents, car celle-ci crée un droit clair et certain comparativement aux autres approches. En l’absence d’une intention commune, aucun des parents n’a intérêt à enlever l’enfant ou à le retenir, car le lieu de la résidence habituelle de l’enfant demeure le pays d’origine, sauf circonstances exceptionnelles. Par conséquent, l’approche fondée sur l’intention des parents est celle qui se concilie le mieux avec les objectifs de la *Convention de La Haye* en ce qu’elle protège le droit de garde et décourage les enlèvements susceptibles de résulter d’une approche qui permet la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle.

Pour sa part, en tenant compte d’autres éléments susceptibles de supplanter l’intention des parents dans la détermination du lieu de la résidence habituelle — ce qui permet de fait à l’un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l’enfant sans le consentement de l’autre même en présence d’un accord exprès —, l’approche hybride brouille la distinction entre l’instance relative à la garde et celle fondée sur la *Convention de La Haye* et elle compromet la réalisation des objectifs de la Convention. En présence d’une preuve non équivoque de ce que les parents ont voulu, le modèle fondé sur l’intention des parents apporte une réponse claire et prévisible à la question du lieu de la résidence habituelle.

Dans la présente affaire, le moment en fonction duquel il convient de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants est le 15 août 2014, soit le jour où a pris fin le séjour auquel a consenti le père. Il ne fait aucun doute que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne avant leur départ pour le Canada étant donné l’entente expresse dans laquelle le père n’a consenti qu’à un séjour temporaire au Canada. L’article 13(2) ne devrait pas être

rights of left-behind parents. The application judge's decision that the children had not expressed objections with the requisite strength of feeling is entitled to deference. As a result, there is no basis to refuse a return order after concluding that Germany was the children's habitual residence. The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Considered: *O.L. v. P.Q.* (2017), C-111/17; *A. v. A. (Children: Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1; *Redmond v. Redmond*, 724 F.3d 729 (2013); *Punter v. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); **referred to:** *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249; *W. (V.) v. S. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 108; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; *Connaught Laboratories Ltd. v. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Stag Line, Limited v. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392 (1985); *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *R. v. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Chan v. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *S.K. v. J.Z.*, 2017 SKQB 136; *Monteiro v. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132; *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (1993); *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509; *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529; *Jackson v. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43; *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *In re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562; *Martinez v. Cahue*, 826 F.3d 983 (2016);

invoqué à la légère de manière à porter systématiquement atteinte au droit de garde du parent laissé derrière. La décision de la juge des requêtes selon laquelle les enfants ne se sont pas opposés au retour avec l'intensité requise commande la déférence. Dès lors, rien ne permettait de refuser d'ordonner le retour après avoir conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne. L'appel devrait être rejeté.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts examinés : *O.L. c. P.Q.* (2017), C-111/17; *A. c. A. (Children : Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1; *Redmond c. Redmond*, 724 F.3d 729 (2013); *Punter c. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); **arrêts mentionnés :** *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249; *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Connaught Laboratories Ltd. c. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Stag Line, Limited c. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328; *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Air France c. Saks*, 470 U.S. 392 (1985); *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Chan c. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222; *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *S.K. c. J.Z.*, 2017 SKQB 136; *Monteiro c. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132; *Friedrich c. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (1993); *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509; *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529; *Jackson c. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43; *Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *In re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562;

Karkkainen v. Kovalchuk, 445 F.3d 280 (2006); *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *Barzilay v. Barzilay*, 600 F.3d 912 (2010); *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *De Silva v. Pitts*, 2008 ONCA 9, 232 O.A.C. 180; *Thompson v. Thompson*, 2017 ABCA 299; *In re M. (Abduction: Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288; *England v. England*, 234 F.3d 268 (2000); *R.M. v. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

Koch v. Koch, 450 F.3d 703 (2006); *Delvoye v. Lee*, 329 F.3d 330 (2003); *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *Punter v. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (2006); *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mauvais v. Herisse*, 772 F.3d 6 (2014); *Guzzo v. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2013); *Larbie v. Larbie*, 690 F.3d 295 (2012); *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *R. v. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); *Baxter v. Baxter*, 423 F.3d 363 (2005); *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7.
Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 46(2).

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble, arts. 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12, 13, 16, 19, 20.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, arts. 8, 11.
Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, arts. 27, 31.

Martinez c. Cahue, 826 F.3d 983 (2016); *Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (2006); *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *Barzilay c. Barzilay*, 600 F.3d 912 (2010); *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *De Silva c. Pitts*, 2008 ONCA 9, 232 O.A.C. 180; *Thompson c. Thompson*, 2017 ABCA 299; *In re M. (Abduction : Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288; *England c. England*, 234 F.3d 268 (2000); *R.M. c. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Fothergill c. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

Koch c. Koch, 450 F.3d 703 (2006); *Delvoye c. Lee*, 329 F.3d 330 (2003); *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *Punter c. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (2006); *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mauvais c. Herisse*, 772 F.3d 6 (2014); *Guzzo c. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2013); *Larbie c. Larbie*, 690 F.3d 295 (2012); *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); *Baxter c. Baxter*, 423 F.3d 363 (2005); *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7.
Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 46(2).

Traités et autres instruments internationaux

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 27, 31.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 8, 11.
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12, 13, 16, 19, 20.

Authors Cited

- Fernando, Michelle, and Nicola Ross. “Stifled Voices: Hearing Children’s Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia” (2018), 32 *Int’l J.L. Pol’y & Fam.* 93.
- Gallagher, Erin. “A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence” (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463.
- Gardiner, Richard K. *Treaty Interpretation*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Greene, Anastacia M. “Seen and Not Heard?: Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction” (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105.
- McEleavy, Peter. “Evaluating the views of abducted children: trends in appellate case-law” (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230.
- Pérez-Vera, Elisa. “Explanatory Report”, in *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, t. III, *Child Abduction*. Madrid: Hague Conference on Private International Law, 1981.
- Schuz, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- United Nations Children’s Fund. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, rev. 3rd ed. by Rachel Hodgkin and Peter Newell. Geneva: United Nations Publications, 2007.
- Winter, Stephen I. “Home is where the Heart is: Determining ‘Habitual Residence’ under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction” (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Sharpe and Miller JJ.A.), 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735, 405 D.L.R. (4th) 98, 84 R.F.L. (7th) 291, [2016] O.J. No. 4800 (QL), 2016 CarswellOnt 14331 (WL Can.), setting aside a decision of the Ontario Divisional Court (Marrocco, Sachs and Varpio JJ.), 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159, 70 R.F.L. (7th) 34, [2016] O.J. No. 5 (QL), 2016 CarswellOnt 7 (WL Can.), setting aside a decision of the Ontario Superior Court of Justice (MacPherson J.), 2015 ONSC 5383, [2015] O.J. No. 4490 (QL), 2015 CarswellOnt 13100 (WL Can.), granting the respondent father’s application for return of the children to Germany. Judgment accordingly, Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting.

Doctrine et autres documents cités

- Fernando, Michelle, and Nicola Ross. « Stifled Voices : Hearing Children’s Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia » (2018), 32 *Int’l J.L. Pol’y & Fam.* 93.
- Gallagher, Erin. « A House Is Not (Necessarily) a Home : A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence » (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463.
- Gardiner, Richard K. *Treaty Interpretation*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Greene, Anastacia M. « Seen and Not Heard? : Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction » (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105.
- McEleavy, Peter. « Evaluating the views of abducted children : trends in appellate case-law » (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230.
- Pérez-Vera, Elisa. « Rapport explicatif », dans *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, t. III, *Enlèvement d’enfants*, Madrid, Conférence de La Haye de droit international privé, 1981.
- Schuz, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention : A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- United Nations Children’s Fund. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, rev. 3rd ed. by Rachel Hodgkin and Peter Newell, Geneva, United Nations Publications, 2007.
- Winter, Stephen I. « Home is where the Heart is : Determining “Habitual Residence” under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction » (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Laskin, Sharpe et Miller), 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735, 405 D.L.R. (4th) 98, 84 R.F.L. (7th) 291, [2016] O.J. No. 4800 (QL), 2016 CarswellOnt 14331 (WL Can.), infirmant une décision de la Cour divisionnaire de l’Ontario (les juges Marrocco, Sachs et Varpio), 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159, 70 R.F.L. (7th) 34, [2016] O.J. No. 5 (QL), 2016 CarswellOnt 7 (WL Can.), infirmant une décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (la juge MacPherson), 2015 ONSC 5383, [2015] O.J. No. 4490 (QL), 2015 CarswellOnt 13100 (WL Can.), accueillant une demande présentée par le père intimé en vue d’obtenir le retour des enfants en Allemagne. Jugement en conséquence, les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents.

Caterina E. Tempesta, Sheena Scott, Katherine Kavassalis and James Stengel, for the appellant.

Steven M. Bookman, Chris Stankiewicz and Gillian Bookman, for the respondent John Paul Balev.

Patric Senson and Tammy Law, for the respondent Catharine-Rose Baggott.

Donnaree Nygard and Michael Taylor, for the intervener the Attorney General of Canada.

Caroline Brett and Rochelle S. Fox, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Freya Zaltz, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jeffery Wilson, Farrah Hudani and Jessica Braude, for the intervener Defence for Children International-Canada.

Deepa Mattoo and Tiffany Lau, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (“*Hague Convention*”), sets out the rules that apply to the parental abduction of children across international borders. The question before us concerns the application of the *Hague Convention* concept of habitual residence — a concept not defined in the treaty, but much considered by the courts of subscribing states around the world.

[2] The story begins in Germany, where the family — a father, a mother, and two children, all citizens of Canada — were living. Because the children were struggling in school, the parents decided that the

Caterina E. Tempesta, Sheena Scott, Katherine Kavassalis et James Stengel, pour l’appelant.

Steven M. Bookman, Chris Stankiewicz et Gillian Bookman, pour l’intimé John Paul Balev.

Patric Senson et Tammy Law, pour l’intimée Catharine-Rose Baggott.

Donnaree Nygard et Michael Taylor, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Caroline Brett et Rochelle S. Fox, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Freya Zaltz, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jeffery Wilson, Farrah Hudani et Jessica Braude, pour l’intervenant Defence for Children International-Canada.

Deepa Mattoo et Tiffany Lau, pour l’intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (« *Convention de La Haye* »), énonce les règles qui s’appliquent à l’enlèvement international d’un enfant par l’un de ses parents. La question dont nous sommes saisis a trait à l’application de la notion de résidence habituelle propre à la *Convention de La Haye*, une notion que cette dernière ne définit pas, mais que les tribunaux des pays signataires abordent dans bon nombre de décisions.

[2] L’histoire débute en Allemagne, où habitait la famille — le père, la mère et leurs deux enfants, tous citoyens canadiens. Comme les enfants éprouvaient des difficultés à l’école, les parents ont décidé que

mother should take the children to Canada for 16 months to experience the Canadian school system. During that period, the father purported to revoke his consent and brought an action under the *Hague Convention* for an order that the children be returned. While he pursued remedies in the German courts — unsuccessfully — the period of consent expired and the mother remained in Canada with the children. After the father resumed the application, a judge of the Ontario Superior Court of Justice ordered that the children be returned to Germany. The Divisional Court reversed this decision. The Court of Appeal reinstated it. That decision was appealed to this Court.

[3] I note at the outset that events have rendered this appeal moot. The children were returned to Germany in accordance with the application judge's order. Custody proceedings ensued. The German courts granted the mother sole custody, and the children returned to Canada. However, the issues raised in this appeal are important, and the law on how cases such as this fall to be decided requires clarification. Hence these reasons.

[4] A finding that the children were habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention is a requirement for a return order under the *Hague Convention*. The parties and interveners put forward three approaches to determining the habitual residence of the children. The appellant, the Office of the Children's Lawyer ("OCL"), argues for a child-centred approach, which emphasizes the situation and perspective of the children at the time of the application for their return to the original country. The respondent father argues for an approach based on the intention of the parents at the time the children left their original country. The respondent mother, and a number of interveners, argue for a hybrid approach, which treats the circumstances of the children and the intentions of the parents as factors to be considered in achieving a just result which fulfills the objectives of the *Hague Convention*.

la mère les emmènerait au Canada pendant 16 mois pour qu'ils y poursuivent leurs études. Pendant cette période, le père a dit révoquer son consentement à ce séjour et présenté sur le fondement de la *Convention de La Haye* une demande d'ordonnance de retour. Tandis qu'il saisissait — en vain — les tribunaux allemands, la période visée par le consentement a pris fin et la mère est demeurée au Canada avec les enfants. Après que le père eut réactivé l'instance engagée en Ontario, une juge de la Cour supérieure de justice de la province a ordonné le retour des enfants en Allemagne. La Cour divisionnaire a infirmé sa décision, puis la Cour d'appel l'a rétablie. Cette dernière décision fait l'objet du pourvoi devant notre Cour.

[3] Signalons au départ que la suite des événements a rendu le pourvoi théorique. Les enfants sont rentrés en Allemagne conformément à l'ordonnance de la juge des requêtes. Une instance a ensuite été engagée concernant la garde des enfants. Les tribunaux allemands ont accordé la garde exclusive à la mère, et les enfants sont revenus au Canada. Or, les questions soulevées dans le pourvoi sont importantes, et le droit qui régit le processus décisionnel dans un dossier apparenté à la présente affaire doit être clarifié. D'où les présents motifs.

[4] Pour ordonner leur retour en Allemagne en application de la *Convention de La Haye*, le tribunal devait conclure que les enfants y avaient leur résidence habituelle au moment où ils auraient été retenus illicitement. Les parties et les intervenants proposent trois façons de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants. L'appellant, le Bureau de l'avocat des enfants (« BAE »), préconise une approche axée sur l'enfant qui met l'accent sur la situation et le point de vue de l'enfant au moment où son retour dans le pays d'origine est demandé. Le père, l'un des intimés, plaide en faveur d'une approche fondée sur l'intention qu'ont les parents au moment où l'enfant quitte son pays d'origine. L'autre partie intimée, la mère, et plusieurs intervenants, préconisent une approche hybride qui tient compte des éléments que sont la situation de l'enfant et l'intention des parents afin de parvenir à un résultat juste qui réponde aux objectifs de la *Convention de La Haye*.

[5] For the reasons that follow, I conclude that this Court should adopt the hybrid approach to determining habitual residence under Article 3 of the *Hague Convention*, and a non-technical approach to considering a child's objection to removal under Article 13(2).¹

[6] Because this appeal is moot, it is not necessary to decide whether the application judge erred in ordering the children returned to Germany.

II. Background

A. *Facts*

[7] The mother and father were married in Ontario in 2000. They moved to Germany in 2001 and acquired permanent resident status. They had two children, B. and M., who were born in Germany in 2002 and 2005.

[8] The family lived together in Dreieich, in a home that the parents purchased in 2008. The children attended school in Germany, apart from two visits to Ontario during which time the children attended school in St. Catharines. The parents separated in 2011, but reunited in 2012. During the period of separation, the father had custody of the children.

[9] The children struggled in school, and the parents agreed that the mother should take the children to Canada for the 2013-2014 school year. The father gave his consent for the children to stay in Canada until August 15, 2014, and he agreed to transfer physical custody of the children to the mother temporarily so that the children could be enrolled in school. The father's consent letter contemplated the possibility of extension, but not early termination, of the temporary stay.

[10] The children arrived in Canada on April 19, 2013, and began attending school in St. Catharines four days later. The mother and the children left the bulk of their belongings in Germany. The father

¹ Although this provision is not numbered in the *Hague Convention* (unlike Article 13(a) and Article 13(b)), it is generally referred to as Article 13(2).

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Cour devrait recourir à l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle suivant l'article 3 de la *Convention de La Haye* et à une approche non technique pour se prononcer sur l'opposition de l'enfant au retour suivant l'article 13(2).¹

[6] Le pourvoi étant théorique, il n'est pas nécessaire de décider si la juge des requêtes a eu tort d'ordonner le retour des enfants en Allemagne.

II. Contexte

A. *Les faits*

[7] La mère et le père des enfants se sont mariés en Ontario en 2000. Ils ont déménagé en Allemagne en 2001, où ils sont devenus résidents permanents. Ils y ont eu leurs deux enfants, B. et M., en 2002 et en 2005.

[8] Ils ont vécu ensemble à Dreieich, dans une maison que les parents ont achetée en 2008. Les enfants ont fréquenté l'école en Allemagne, sauf lors de deux séjours en Ontario au cours desquels ils ont fréquenté une école à St. Catharines. Les parents se sont séparés en 2011, mais ont repris la vie commune en 2012. Durant la séparation, le père avait la garde des enfants.

[9] Les enfants éprouvaient des difficultés à l'école, et les parents sont convenus que la mère les emmènerait au Canada pour l'année scolaire 2013-2014. Le père a consenti à ce que les enfants séjournent au Canada jusqu'au 15 août 2014; il a accepté de céder temporairement leur garde physique à la mère pour qu'elle puisse les inscrire à l'école. La lettre dans laquelle le père consent au séjour temporaire fait mention de la possibilité de prolonger le séjour, mais non d'y mettre fin avant la date convenue.

[10] Les enfants sont arrivés au Canada le 19 avril 2013 et ont commencé à fréquenter l'école à St. Catharines quatre jours plus tard. Leur mère et eux avaient laissé la plupart de leurs effets personnels

¹ Bien que cette disposition ne soit pas numérotée dans la *Convention de La Haye* (contrairement aux alinéas 13a) et b)), on considère généralement qu'il s'agit de l'article 13(2).

maintained weekly contact with the children through Skype and telephone calls, and he visited the children twice in Ontario. One of these visits took place during the alleged wrongful retention.

[11] Because he suspected that the mother would not return the children to Germany at the end of the school year, the father resumed custody proceedings in Germany and purported to revoke his consent to the mother's temporary custody in March 2014. He commenced an application seeking the return of the children to Germany pursuant to the *Hague Convention* on April 11, 2014, through the Central Authority in Germany; this application was received by the Ontario Central Authority on May 5, 2014. On June 26, 2014, he commenced the application before the courts in Ontario. Around the same time, in March of 2014, the father also pursued custody (and relief under the *Hague Convention*) before the German courts. Pursuant to a consent order from the Ontario court dated July 17, 2014, the mother remained in Ontario with the children. During this time, on August 15, 2014, the original consent agreement lapsed. This then became the alleged wrongful retention triggering return under the *Hague Convention*. The father was ultimately unsuccessful before the German courts, and on February 6, 2015, counsel for the father requested that the matter be set for a hearing before the Ontario court.

[12] On April 21, 2015, the application judge requested that the OCL become involved to represent the interests of the children.

[13] The children were ultimately returned to Germany on October 15, 2016. The mother initiated proceedings in the German courts for custody and access, and was awarded sole custody. The children returned to Canada on April 5, 2017.

B. *Judicial History*

(1) Superior Court of Justice, 2015 ONSC 5383

[14] The application judge, MacPherson J., found that the children had “become integrated into their

en Allemagne. Chaque semaine, le père communiquait avec les enfants grâce à Skype et par téléphone, et il les a visités deux fois en Ontario. L'une de ces visites a eu lieu pendant la rétention illicite alléguée.

[11] En mars 2014, parce qu'il soupçonnait la mère de ne pas renvoyer les enfants en Allemagne à la fin de l'année scolaire, le père a réactivé l'instance engagée en Allemagne pour obtenir la garde des enfants et signifié la révocation de son consentement à ce que la mère ait la garde temporaire des enfants. Le 11 avril 2014, il a demandé le retour des enfants en Allemagne sur le fondement de la *Convention de La Haye* en saisissant l'Autorité centrale allemande; le 5 mai 2014, sa demande parvenait à l'Autorité centrale ontarienne. Le 26 juin suivant, il présentait sa demande aux tribunaux de la province. Peu avant, en mars 2014, il avait également saisi les tribunaux allemands d'une demande de garde (et d'ordonnance fondée sur la *Convention de La Haye*). Conformément à une ordonnance rendue sur consentement par le tribunal ontarien le 17 juillet 2014, la mère est demeurée au Canada avec les enfants. Pendant ce temps, le 15 août 2014, la période visée par le consentement initial a pris fin. Le père a alors assimilé ce fait à un non-retour illicite afin d'obtenir une ordonnance de retour en application de la *Convention de La Haye*. Les tribunaux allemands l'ont finalement débouté et, le 6 février 2015, son avocat a sollicité l'inscription au rôle de la demande ontarienne.

[12] Le 21 avril 2015, la juge des requêtes a demandé que l'appelant, le BAE, soit désigné pour défendre les intérêts des enfants.

[13] Les enfants ont finalement été renvoyés en Allemagne le 15 octobre 2016. La mère a saisi les tribunaux allemands d'une demande de garde et de droit de visite, et elle s'est vu accorder la garde exclusive des enfants. Ces derniers sont rentrés au Canada le 5 avril 2017.

B. *Historique judiciaire*

(1) Cour supérieure de justice, 2015 ONSC 5383

[14] La juge des requêtes, la juge MacPherson, conclut que les enfants [TRADUCTION] « se sont

community” in Ontario. She nevertheless held that the children were habitually resident in Germany immediately prior to the alleged wrongful retention. She found that the parents did not have a “settled intention” that the children would stay in Canada, and that the father consented only to a temporary stay in Canada for an educational exchange.

[15] Having concluded that a case for return to Germany had been established, the application judge turned to the exceptions under the *Hague Convention*. She rejected the mother’s argument that the children had “settled in” under Article 12 because the father had commenced proceedings within a year of the wrongful retention, barring an Article 12 defence. Under Article 13(2), she found that the children were of an age (9 and 12) and degree of maturity at which she could consider their views. However, she concluded that the children had not expressed “substantial” objections with the requisite “strength of feeling”. The application judge ordered the return of the children to Germany.

(2) Superior Court of Justice — Divisional Court, 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159

[16] The Divisional Court allowed the mother’s appeal. In its view, the key question was whether the habitual residence of the children had changed from Germany to Ontario while they lived in Ontario with the father’s consent, precluding the father from claiming their return under the *Hague Convention*. The court found that the children’s habitual residence had changed because the parents had a “settled intention” that the children would live temporarily in Canada, and during this time the children became integrated into the community, speaking English, attending school, and living with their mother and their maternal grandparents.

intégrés à leur milieu » en Ontario. Elle décide néanmoins qu’ils avaient leur résidence habituelle en Allemagne immédiatement avant le non-retour illicite allégué. Elle estime que les parents n’avaient pas l’« intention arrêtée » que les enfants demeurent au Canada et que le père n’a consenti qu’à un séjour temporaire au Canada pour les besoins d’un échange scolaire.

[15] Après avoir statué que la preuve justifiait le retour en Allemagne, la juge des requêtes se penche sur les exceptions prévues par la *Convention de La Haye*. Elle rejette la prétention de la mère selon laquelle les enfants se sont « intégrés » au sens de l’article 12, car moins d’un an s’était écoulé depuis le non-retour illicite lorsque le père avait présenté sa demande, ce qui fait obstacle au moyen de défense prévu à l’article 12. Sur le fondement de l’article 13(2), elle conclut que les enfants ont atteint un âge (9 et 12 ans) et une maturité qui lui permettent de tenir compte de leur opinion. Elle décide toutefois que les enfants ne se sont pas opposés au retour pour des motifs [TRADUCTION] « sérieux », non plus qu’avec l’« intensité » requise. Elle ordonne le retour des enfants en Allemagne.

(2) Cour supérieure de justice — Cour divisionnaire, 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159

[16] La Cour divisionnaire accueille l’appel de la mère. À son avis, la question principale consiste à savoir si les enfants ont cessé d’avoir leur résidence habituelle en Allemagne au profit de l’Ontario pendant qu’ils vivaient dans cette province avec le consentement de leur père, de sorte que ce dernier ne pouvait plus demander leur retour sur le fondement de la *Convention de La Haye*. Elle conclut que le lieu de la résidence habituelle des enfants a changé parce que les parents avaient l’[TRADUCTION] « intention arrêtée » que les enfants vivent temporairement au Canada et que, pendant ce séjour, les enfants se sont intégrés à la collectivité en parlant anglais, en fréquentant l’école et en vivant avec leur mère et leurs grands-parents maternels.

(3) Court of Appeal, 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735

[17] The Court of Appeal allowed the father's appeal and restored the order of the application judge. It held that where the parents have joint custody, one parent cannot unilaterally change the habitual residence of a child. Further, a child's habitual residence does not shift when one parent gives consent to a time-limited stay in another jurisdiction.

[18] While a child's acclimatization may be relevant to determining habitual residence in some circumstances, if an application is brought within one year of a wrongful removal or retention, evidence that a child has "settled in" is not relevant: Article 12. The Court of Appeal therefore concluded that the children were habitually resident in Germany at the relevant time, and that there had been a wrongful retention pursuant to Article 3 of the *Hague Convention*.

[19] With respect to Article 13(2), the Court of Appeal accorded deference to the application judge's findings that the children's objections to return were not substantial and did not exhibit the requisite strength of feeling. Therefore, the Court of Appeal ordered that the children be returned to Germany.

[20] Following the release of the Court of Appeal's decision, the OCL applied for leave to appeal to this Court. The Court of Appeal and this Court dismissed an application for a stay pending this appeal. The children were returned to Germany where the German courts awarded custody to the mother. The children are now back in Canada.

III. Analysis

[21] The parents in this case agreed that the mother would take the children from Germany to Canada for educational purposes. Subsequently, the father sued under the *Hague Convention* for return of the children to Germany. We are asked to determine what principles apply when a parent in another country

(3) Cour d'appel, 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735

[17] La Cour d'appel accueille l'appel du père et rétablit l'ordonnance de la juge des requêtes. Elle conclut que, en cas de la garde partagée, un parent ne peut modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle d'un enfant. Elle ajoute que la résidence habituelle d'un enfant ne change pas du fait que l'un des parents consent à un séjour temporaire à l'étranger.

[18] L'acclimatation d'un enfant constitue parfois un élément pertinent pour déterminer le lieu de la résidence habituelle, mais lorsque la demande est présentée moins d'un an à compter du déplacement ou du non-retour illicite, le fait que l'enfant s'est « intégré » est sans pertinence (article 12). La Cour d'appel conclut donc que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment considéré et qu'il y a eu non-retour illicite au sens de l'article 3 de la *Convention de La Haye*.

[19] S'agissant de l'article 13(2), la Cour d'appel défère aux conclusions de la juge des requêtes selon lesquelles les motifs d'opposition des enfants à leur retour ne sont pas sérieux et n'ont pas été invoqués avec l'intensité requise. Elle ordonne donc le retour des enfants en Allemagne.

[20] Dans la foulée de la décision de la Cour d'appel, le BAE a présenté une demande d'autorisation d'appel devant notre Cour. La Cour d'appel et notre Cour ont rejeté la demande de sursis à l'exécution de la décision jusqu'à ce qu'il soit statué sur le présent pourvoi. Les enfants ont été renvoyés en Allemagne, où les tribunaux ont accordé la garde à la mère. Les enfants sont rentrés au Canada et y sont toujours.

III. Analyse

[21] Dans la présente affaire, les parents étaient convenus que la mère emmènerait les enfants au Canada pour qu'ils y poursuivent leurs études. Ultérieurement, le père a engagé une instance sur le fondement de la *Convention de La Haye* afin d'obtenir le retour des enfants en Allemagne. On nous

seeks to have children in Canada returned under the *Hague Convention*.

A. *The Hague Convention*

[22] The *Hague Convention* was concluded on October 25, 1980. With more than 90 contracting parties, it ranks as one of the most important and successful family law instruments completed under the auspices of the Hague Conference on Private International Law. Canada has been a party from the beginning. The *Hague Convention* is implemented by legislation in every province and territory.

[23] The harms the *Hague Convention* seeks to remedy are evident. International child abductions have serious consequences for the children abducted and the parents left behind. The children are removed from their home environments and often from contact with the other parents. They may be transplanted into a culture with which they have no prior ties, with different social structures, school systems, and sometimes languages. Dueling custody battles waged in different countries may follow, delaying resolution of custody issues. None of this is good for children or parents.

[24] The *Hague Convention* is aimed at enforcing custody rights and securing the prompt return of wrongfully removed or retained children to their country of habitual residence: see Article 1; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at pp. 579-81. The return order is not a custody determination: Article 19. It is simply an order designed to restore the *status quo* which existed before the wrongful removal or retention, and to deprive the “wrongful” parent of any advantage that might otherwise be gained by the abduction. Its purpose is to return the child to the jurisdiction which is most appropriate for the determination of custody and access.

[25] Prompt return serves three related purposes. First, it protects against the harmful effects of wrongful removal or retention: see R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*

demande de dégager les principes qui s’appliquent lorsque, dans un pays étranger, l’un des parents demande le retour d’un enfant en application de la *Convention de La Haye*.

A. *La Convention de La Haye*

[22] La *Convention de La Haye* a vu le jour le 25 octobre 1980 et compte plus de 90 États contractants, ce qui en fait l’un des instruments du droit de la famille les plus importants et les plus fructueux établis sous l’égide de la Conférence de La Haye de droit international privé. Le Canada y a souscrit dès le début. Elle est mise en œuvre par voie législative dans chacune des provinces et chacun des territoires.

[23] Le préjudice auquel la *Convention de La Haye* vise à remédier est manifeste. L’enlèvement international a de graves conséquences sur l’enfant enlevé et sur le parent laissé derrière. L’enfant est retiré de son milieu familial et souvent privé de contacts avec l’autre parent. Il peut se retrouver dans une culture avec laquelle il n’a aucun lien préalable, dans un pays où les structures sociales, le système scolaire et, parfois, la langue sont différents. Des affrontements judiciaires pour l’obtention de sa garde peuvent avoir lieu dans différents pays, ce qui retarde le prononcé d’une décision. Rien de tout cela n’est bon pour l’enfant ou les parents.

[24] La *Convention de La Haye* vise à faire respecter le droit de garde et à assurer le retour immédiat de l’enfant dans le pays de sa résidence habituelle en cas de déplacement ou de non-retour illicite (voir article 1; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 579-581). L’ordonnance de retour ne constitue pas une décision sur la garde (article 19). Elle vise seulement à rétablir la situation d’avant le déplacement ou le non-retour illicite et à empêcher le parent qui a agi de façon « illicite » de tirer par ailleurs avantage de l’enlèvement. Elle a pour but le retour de l’enfant dans le ressort où il convient le plus que le tribunal décide de la garde et du droit de visite.

[25] Le retour immédiat a trois raisons d’être connexes. Premièrement, il protège les intérêts des effets nuisibles d’un déplacement ou d’un non-retour illicite (voir R. Schuz, *The Hague Child*

(2013), at p. 96; E. Gallagher, “A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence” (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463, at p. 465; Thomson, at p. 559; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249 (E.W.C.A.), at p. 260.

[26] Second, it deters parents from abducting the child in the hope that they will be able to establish links in a new country that might ultimately award them custody: see E. Pérez-Vera, “Explanatory Report”, in *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, t. III, *Child Abduction (1981)*,² at p. 429; see also *W. (V.) v. S. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 108, at para. 36; Gallagher, at p. 465; A. M. Greene, “Seen and Not Heard?: Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction” (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105, at pp. 111-12.

[27] Finally, prompt return is aimed at speedy adjudication of the merits of a custody or access dispute in the forum of a child’s habitual residence, eliminating disputes about the proper forum for resolution of custody and access issues: see Schuz, at p. 96; Gallagher, at p. 465.

[28] The heart of the *Hague Convention*’s prompt return mechanism is Article 3, which provides that the removal or retention of a child is wrongful (a) where it is in breach of custody rights under the law of the state in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention and (b) where those rights were actually being exercised or would have been exercised but for the wrongful removal or retention. Crucially for the purposes of this appeal, the concept of habitual residence is not defined in the treaty.

² The Explanatory Report was drawn up after the conclusion of the *Hague Convention* by E. Pérez-Vera, the Rapporteur of the Commission. It has been influential in the interpretation of the *Hague Convention* and has been cited in numerous cases internationally: see R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2nd ed. 2015), at p. 403.

Abduction Convention : A Critical Analysis (2013), p. 96; E. Gallagher, « A House Is Not (Necessarily) a Home : A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence » (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463, p. 465; Thomson, p. 559; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249 (E.W.C.A.), p. 260).

[26] Deuxièmement, il dissuade les parents de recourir à l’enlèvement dans le but de créer des liens dans un nouveau pays où la garde de l’enfant pourrait ultérieurement leur être accordée (voir E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif », dans *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, t. III, *Enlèvement d’enfants (1981)*,² p. 429; voir également *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, par. 36; Gallagher, p. 465; A. M. Greene, « Seen and Not Heard? : Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction » (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105, p. 111-112).

[27] Enfin, le retour immédiat vise le prononcé rapide d’une décision au fond sur la garde ou le droit de visite dans le ressort où l’enfant a sa résidence habituelle, ce qui est de nature à éviter toute contestation de la compétence du tribunal saisi pour statuer sur la garde et le droit de visite (voir Schuz, p. 96; Gallagher, p. 465).

[28] L’axe central du mécanisme de retour immédiat de la *Convention de La Haye* est l’article 3. Cette disposition prévoit que le déplacement ou le non-retour d’un enfant est illicite a) lorsqu’il a lieu en violation d’un droit de garde selon le droit de l’État dans lequel l’enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour et b) lorsque ce droit était exercé de façon effective au moment du déplacement ou du non-retour, ou l’eût été si de tels événements n’étaient survenus. La notion de résidence habituelle n’est pas définie dans le traité, et cette omission se révèle déterminante pour l’issue du pourvoi.

² Le Rapport explicatif a été rédigé après la conclusion de la *Convention de La Haye* par la rapporteuse de la Commission, E. Pérez-Vera. Il a influé sur l’interprétation de la *Convention de La Haye* et a été cité dans nombre d’affaires à l’échelle internationale (voir R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2^e éd. 2015), p. 403).

[29] If the requirements of Article 3 are established, Article 12 requires the judge in the requested state to order “the return of the child forthwith” unless certain exceptions apply. These exceptions can be summarized as follows:

- (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));
- (4) The return of the child would not be permitted by fundamental human rights and fundamental freedoms of the requested state (Article 20); and,
- (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).

[30] Only one requirement of Article 3 is challenged in this case — whether the children were habitually resident in Germany at the time of the wrongful retention. And only the third exception remains relevant — the children’s alleged objection to being returned to Germany.

B. *Principles of Treaty Interpretation*

[31] The *Hague Convention* is implemented in Ontario by s. 46(2) of the *Children’s Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12. Since the purpose of that section is to implement the underlying convention, this Court must adopt an interpretation consistent with Canada’s obligations under it: see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 51.

[32] Canada is a party to the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (“*Vienna*”).

[29] Lorsque les conditions de l’article 3 sont réunies, l’article 12 exige du tribunal de l’État requis qu’il « ordonne [le] retour immédiat [de l’enfant] », sauf application d’une exception. Les exceptions prévues peuvent être résumées comme suit :

- (1) Le parent qui sollicite le retour n’exerçait pas le droit de garde ou avait consenti au déplacement ou au non-retour (article 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 (article 13b));
- (3) L’enfant a atteint un âge et une maturité suffisants et s’oppose au retour (article 13(2));
- (4) Le retour de l’enfant ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l’État requis en matière de droits de l’homme et de libertés fondamentales (article 20);
- (5) La demande a été présentée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite, et le juge conclut que l’enfant s’est intégré dans son nouveau milieu (article 12).

[30] Le respect d’une seule exigence de l’article 3 est contesté en l’espèce, à savoir que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment du non-retour illicite. Et seule l’application de la troisième exception demeure possible, soit l’opposition alléguée des enfants à leur retour en Allemagne.

B. *Principes d’interprétation des traités*

[31] Le paragraphe 46(2) de la *Loi portant réforme du droit de l’enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, assure la mise en œuvre de la *Convention de La Haye* en Ontario. Comme l’objet de la disposition est la mise en œuvre du traité, la Cour doit adopter une interprétation qui se concilie avec les obligations que celui-ci confère au Canada (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 51).

[32] Le Canada est partie à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37.

Convention”), which provides that “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”: Article 31(1); see also *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at para. 22. These international principles generally parallel the domestic approach to statutory interpretation: see R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 279.

[33] A clear purpose of multilateral treaties is to harmonize parties’ domestic laws around agreed-upon rules, practices, and principles. The *Hague Convention* was intended to establish procedures common to all the contracting states that would ensure the prompt return of children: see preamble. The objective of multilateral treaty making “would be seriously weakened if the courts of every country interpreted [the treaty at issue] without any regard to how it was being interpreted and applied elsewhere”: *Connaught Laboratories Ltd. v. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204 (S.C.J.), at para. 46. To avoid frustrating the harmonizing purpose behind the *Hague Convention*, domestic courts should give serious consideration to decisions by the courts of other contracting states on its meaning and application: see *Vienna Convention*, Article 31(3)(b); *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 50; *Stag Line, Limited v. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328 (H.L.), at p. 350; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), at p. 471; *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392 (1985), at pp. 403-4; *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, at para. 36.

[34] The parties before us raised two further interpretive issues. The first is whether the *Hague Convention* conflicts with the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3 (“*CRC*”). For present purposes, there is no conflict between the two conventions. Both conventions seek to protect the best interests of children — the one by deterring child abduction and promoting prompt resolution of custody disputes, and the other by ensuring that

(« *Convention de Vienne* »), qui prévoit qu’« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (article 31(1); voir également *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, par. 22). Ces principes internationaux s’apparentent généralement à l’approche canadienne en matière d’interprétation des lois (voir R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 279).

[33] L’une des raisons d’être manifestes d’un traité multilatéral est l’harmonisation du droit national de chacune des parties avec les règles, les pratiques et les principes dont il est convenu. L’objectif de la *Convention de La Haye* était l’établissement d’une procédure commune à tous les États contractants pour garantir le retour immédiat de l’enfant (voir le préambule). L’objectif d’un traité multilatéral [TRADUCTION] « serait sérieusement compromis si les tribunaux de chacun des pays interprétaient [le traité en cause] sans tenir compte de la façon dont on l’a interprété et appliqué ailleurs » (*Connaught Laboratories Ltd. c. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204 (C.S.J.), par. 46). Pour ne pas aller à l’encontre de la volonté d’harmonisation qui sous-tend la *Convention de La Haye*, les tribunaux nationaux doivent examiner de près les décisions des tribunaux des autres États contractants sur sa portée et sur son application (voir *Convention de Vienne*, article 31(3)(b); *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 50; *Stag Line, Limited c. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328 (H.L.), p. 350; *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), p. 471; *Air France c. Saks*, 470 U.S. 392 (1985), p. 403-404; *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, par. 36).

[34] Les parties soulèvent en l’espèce deux autres points d’interprétation. Premièrement, la *Convention de La Haye* entre-t-elle en conflit avec la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 (« *CDE* »)? Pour les besoins du présent pourvoi, je réponds par la négative. Les deux visent à protéger l’intérêt supérieur de l’enfant, l’une en décourageant l’enlèvement d’enfant et en favorisant le dénouement rapide des instances de garde, l’autre en faisant en

decision making focuses on the best interests of the child. Both conventions seek to protect the child's identity and family relations. The *Hague Convention* does this by mandating the return of a child to the place of his or her habitual residence (Article 3) so that a custody determination may be made in that place — a place normally central to a child's identity; Article 8 of the *CRC* rests on the same policy. Both conventions seek to prevent the illicit transfer and retention of children: see *CRC*, Article 11; United Nations Children's Fund, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (rev. 3rd ed. 2007), by R. Hodgkin and P. Newell, at pp. 143-47. And both conventions accept the principle that a child of sufficient maturity should have a say in where the child lives, as discussed below in connection with Article 13(2) of the *Hague Convention*.

[35] The second issue raised is whether the *Hague Convention* should be interpreted consistently with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the s. 6 guarantee of right of return and the s. 7 guarantee of liberty and security of person. The answer is no. The *Charter* cannot be used to interpret the *Hague Convention* or any international agreement: see *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at para. 64; *Vienna Convention*, Articles 27 and 31. In any event, when the *Hague Convention* is interpreted as set out in these reasons, no conflict with ss. 6 or 7 of the *Charter* is made out.

C. Approaches to Habitual Residence Under Article 3

[36] The father in this case applied under the *Hague Convention* for the return of the children. To establish a case for return under Article 3, the father had to show that at the time immediately before the alleged wrongful retention (i.e., upon the expiry of the father's consent on August 15, 2014) the children were habitually resident in Germany. Within the overall scheme of the *Hague Convention*, the purpose of habitual residence in Article 3 is to define the children to whom the *Hague Convention* applies. If the

sorte que la décision se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutes deux ont pour but de protéger l'identité et les liens familiaux de l'enfant. La *Convention de La Haye* y parvient en ordonnant le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle (article 3) — un lieu normalement déterminant quant à l'identité de l'enfant — afin qu'il y soit statué sur sa garde; l'article 8 de la *CDE* reprend le même principe. Les deux conventions visent à empêcher le déplacement et le non-retour illicite d'enfant (voir *CDE*, article 11; United Nations Children's Fund, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (3^e éd. rév. 2007), par R. Hodgkin et P. Newell, p. 143-147). De plus, les deux conventions reconnaissent le principe selon lequel l'enfant suffisamment mature devrait avoir son mot à dire sur le lieu où il sera appelé à vivre, ce sur quoi je reviendrai plus en détail dans l'examen de l'article 13(2) de la *Convention de La Haye*.

[35] Deuxièmement, la *Convention de La Haye* doit-elle recevoir une interprétation qui se concilie avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, avec le droit au retour que garantit son art. 6 et le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne que garantit son art. 7? Il faut répondre par la négative. La *Charte* ne saurait servir à interpréter ni la *Convention de La Haye*, ni quelque accord international (voir *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, par. 64; *Convention de Vienne*, articles 27 et 31). Quoiqu'il en soit, lorsque la *Convention de La Haye* est interprétée conformément aux présents motifs, il n'y a pas de conflit avec les art. 6 ou 7 de la *Charte*.

C. Approches de la résidence habituelle pour l'application de l'article 3

[36] En l'espèce, le père a sollicité le retour des enfants sur le fondement de la *Convention de La Haye*. Pour établir le respect des conditions auxquelles le retour peut être ordonné selon l'article 3, le père devait démontrer que, immédiatement avant le non-retour illicite allégué (c.-à-d. au terme de la période visée par son consentement, le 15 août 2014), les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne. Eu égard à l'économie générale de la *Convention de La Haye*, le renvoi à la résidence habituelle à

children were not habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention, the *Hague Convention* does not apply.

[37] The requirement that the child's habitual residence be in the state of the parent seeking return serves to ensure that the state to which the child is returned is the proper state to determine custody. In principle, custody should be determined in the state in which the child is habitually resident. This supports the goals of mitigating psychological trauma to the child, respecting the jurisdiction of the state of habitual residence to make decisions on custody and access, and deterring abductions and wrongful retentions.

[38] 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.

[39] This brings us to the central question in this case — how should an application judge approach the determination of habitual residence under Article 3? The parties and the interveners offer three different approaches for determining a child's habitual residence: the parental intention approach, the child-centred approach, and the hybrid approach.

[40] The parental intention approach determines the habitual residence of a child by the intention of the parents with the right to determine where the child lives: see *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), at pp. 1076-79; *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd Cir. 2005), at pp. 131-33; *R. v. Barnett*

l'article 3 vise à préciser à quels enfants s'applique le traité. Si les enfants n'avaient pas leur résidence habituelle en Allemagne au moment du non-retour illicite allégué, la *Convention de La Haye* ne s'applique pas.

[37] L'exigence que l'enfant ait sa résidence habituelle dans l'État du parent qui sollicite son retour sert à garantir que l'État dans lequel l'enfant est renvoyé est celui dont les tribunaux peuvent statuer sur la garde. En principe, la garde devrait être attribuée dans l'État où l'enfant a sa résidence habituelle, et ce, afin d'atténuer le risque qu'un traumatisme psychologique soit infligé à l'enfant, de respecter la compétence des tribunaux de l'État de la résidence habituelle pour décider de la garde et du droit de visite, ainsi que de décourager l'enlèvement et le non-retour illicite.

[38] 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).

[39] D'où la question qui se révèle centrale en l'espèce : suivant quelle approche le juge des requêtes doit-il déterminer le lieu de résidence habituelle de l'enfant pour l'application de l'article 3? Les parties et les intervenants en proposent trois : l'approche fondée sur l'intention des parents, celle axée sur l'enfant et l'approche hybride.

[40] L'approche fondée sur l'intention des parents permet de déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant à partir de l'intention des parents habilités à décider du lieu où vit l'enfant (voir *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), p. 1076-1079; *Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd

London Borough Council, Ex parte Nilish Shah, [1983] 2 A.C. 309, at p. 343.³ Under this approach, time-limited travel to which the parents agree does not change the child's habitual residence. "Where the children are sent abroad to live with relatives or for educational purposes, their habitual residence will not change where the parents intend for them to return, but may change after a period of time where there is no such intention": Schuz, at p. 187, fn. 87. Where the parents have agreed that the child will stay outside the country of habitual residence for a limited time, that intent governs throughout the agreed period, and allows the parent in the original country to mount a claim for the child's return under the *Hague Convention* at the end of the agreed period. This approach currently dominates Canadian jurisprudence, where courts in a number of jurisdictions consider parental intent to be the primary consideration in determining a child's habitual residence: see, for example, *Chan v. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222, at paras. 30-34; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (Ont. C.A.), at para. 8; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, at para. 20; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, at para. 2; *S.K. v. J.Z.*, 2017 SKQB 136, at paras. 44-47 (CanLII); *Monteiro v. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132 (Prov. Ct.), at paras. 13-22.

[41] The child-centred approach determines a child's habitual residence under Article 3 by the child's acclimatization in a given country, rendering the intentions of the parents largely irrelevant. It is backward-focused, looking to the child's connections with the state, rather than the more forward-looking parental intention model: see *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (6th Cir. 1993), at p. 1401; *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995), at p. 224. No Canadian jurisdiction currently follows the

³ *Shah* did not concern habitual residence, but rather the term "ordinary residence". Nonetheless, it was taken up for use in *Hague Convention* cases. *Shah* stated: "... a man's abode in a particular place or country which he has adopted voluntarily and for settled purposes as part of the regular order of his life for the time being, whether of short or of long duration" (p. 343, per Lord Scarman).

Cir. 2005), p. 131-133; *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309, p. 343³). Un séjour d'une durée limitée auquel les parents consentent ne modifie alors pas le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. [TRADUCTION] « Lorsque l'enfant est envoyé à l'étranger pour y habiter chez des membres de la famille ou pour y poursuivre ses études, le lieu de sa résidence habituelle ne change pas si les parents ont voulu qu'il revienne, mais il peut changer après un certain temps à défaut d'une telle intention » (Schuz, p. 187, note 87). Lorsque les parents sont convenus que l'enfant séjournera hors du pays de sa résidence habituelle pendant un certain temps, cette intention demeure tout au long de la période convenue et permet au parent resté dans le pays d'origine de demander le retour de l'enfant sur le fondement de la *Convention de La Haye* au terme de cette période. Telle est l'approche actuellement privilégiée au Canada. Les tribunaux d'un certain nombre de ressorts voient dans l'intention des parents la considération première pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant (voir p. ex. *Chan c. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222, par. 30-34; *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (C.A. Ont.), par. 8; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, par. 20; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, par. 2; *S.K. c. J.Z.*, 2017 SKQB 136, par. 44-47 (CanLII); *Monteiro c. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132 (C. prov.), par. 13-22).

[41] Suivant l'approche axée sur l'enfant, le lieu de la résidence habituelle est déterminé, pour l'application de l'article 3, en fonction de l'acclimatation de l'enfant dans le pays, de sorte que l'intention des parents n'importe pas vraiment. Elle s'attache rétrospectivement aux liens que l'enfant a établis avec l'État, contrairement à l'approche plus prospective fondée sur l'intention des parents (voir *Friedrich c. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (6th Cir. 1993), p. 1401; *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995),

³ L'arrêt *Shah* ne porte pas sur la résidence habituelle, mais plutôt sur la [TRADUCTION] « résidence ordinaire ». On s'y reporte néanmoins dans les affaires relatives à la *Convention de La Haye*. En voici un passage : « ... une personne réside dans le lieu où le pays qu'elle a adopté, volontairement et dans un dessein arrêté, dans le cours normal de sa vie, que ce soit pour une courte période ou une longue » (p. 343, lord Scarman).

child-centred approach, although courts in Quebec followed this approach (see *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.)) until 2017, when it was abandoned in favour of the hybrid approach (see *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529, at paras. 20, 27 and 29-30 (CanLII)).

[42] Finally, the hybrid approach holds that instead of focusing primarily or exclusively on either parental intention or the child's acclimatization, the judge determining habitual residence under Article 3 must look to all relevant considerations arising from the facts of the case at hand. As noted above, in Canada, the hybrid approach has been adopted in Quebec: see *Droit de la famille — 17622*, at paras. 29-30.

[43] 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.

[44] 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.

p. 224). Aucun ressort canadien ne l'applique actuellement, bien que des tribunaux québécois y aient adhéré jusqu'en 2017 (voir *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.)) pour se tourner alors vers l'approche hybride (voir *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529, par. 20, 27 et 29-30 (CanLII)).

[42] Enfin, l'approche hybride veut qu'au lieu de s'attacher surtout ou seulement à l'intention des parents ou à l'acclimatation de l'enfant, le tribunal appelé à déterminer le lieu de la résidence habituelle pour l'application de l'article 3 se penche sur toutes les considérations pertinentes au vu des faits propres à l'affaire. Rappelons que, au Canada, les tribunaux du Québec l'ont adoptée (voir *Droit de la famille — 17622*, par. 29-30).

[43] 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.

[44] 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).

[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.

[46] 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.

[47] 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.

[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).

[46] 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).

[47] 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).

D. *The Hybrid Approach Should Be Adopted in Canada*

[48] The hybrid approach should be adopted in Canada for the following reasons: (1) the principle of harmonization supports the hybrid approach; and (2) the hybrid approach best conforms to the text, structure, and purpose of the *Hague Convention*.

(1) The Principle of Harmonization Supports the Hybrid Approach

[49] As discussed above, a prime consideration in interpreting treaties is the principle of harmonization. The aim of treaties like the *Hague Convention* is to establish uniform practices in the adhering countries. This Court has faithfully followed this precept: see, for example, *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paras. 82, 126 and 178; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678, at paras. 30 and 42. It follows that 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.

[50] In recent years, many *Hague Convention* states have adopted a hybrid approach. Absolute consensus has not yet emerged. But the clear trend is to rejection of the parental intention approach and to adoption of the hybrid approach. Recent decisions from the European Union, the United Kingdom, Australia, New Zealand, and the United States endorse the hybrid approach.

[51] The Court of Justice of the European Union adopted the hybrid approach to determining habitual residence in *Mercredi*. It recently confirmed this approach in *O.L.*, holding that a child's habitual residence "corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment", and must be established "taking account of all the circumstances of fact specific to each individual case": para. 42. The court

D. *Le recours à l'approche hybride s'impose au Canada*

[48] Il convient de recourir à l'approche hybride au Canada pour les raisons suivantes : (1) le principe d'harmonisation milite en sa faveur et (2) elle est celle qui se concilie le mieux avec le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*.

(1) Le principe de l'harmonisation milite en faveur de l'approche hybride

[49] Rappelons que l'une des considérations premières lorsqu'il s'agit d'interpréter un traité est le principe d'harmonisation. Le but d'un traité comme la *Convention de La Haye* est l'établissement de pratiques uniformes dans les pays signataires. Notre Cour suit rigoureusement ce précepte (voir p. ex. *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 82, 126 et 178; *Ezokola c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678, par. 30 et 42). Elle 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.

[50] Ces dernières années, bon nombre des États signataires de la *Convention de La Haye* ont opté pour une approche hybride. Nul consensus absolu ne se dégage encore, mais on tend nettement à écarter l'approche fondée sur l'intention des parents au profit de l'approche hybride. Dans des décisions récentes, des tribunaux de l'Union européenne, du Royaume-Uni, d'Australie, de Nouvelle-Zélande et des États-Unis adhèrent à l'approche hybride.

[51] Dans son arrêt *Mercredi*, la Cour de justice de l'Union européenne opte pour l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle. Elle confirmait récemment ce choix dans *O.L.*, où elle conclut que la résidence habituelle de l'enfant « correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de celui-ci dans un environnement social et familial » et que ce lieu doit être déterminé « au regard de l'ensemble des circonstances de fait particulières

held that while parental intention may be relevant in some cases, it must be approached with caution. The European Union comprises 28 countries. The decisions of its Court of Justice bring nearly one-third of the over 90 countries that subscribe to the *Hague Convention* under the umbrella of the hybrid approach to habitual residence.

[52] The Supreme Court of the United Kingdom followed suit in *A. v. A.*, abandoning the parental intention approach to habitual residence in favour of the hybrid approach. Baroness Hale of Richmond concluded that the European approach was preferable to that earlier adopted by the English courts, which had incorrectly shifted the focus of the habitual residence inquiry “from the actual situation of the child to the intentions of his parents”: para. 38. The purposes and intentions of the parents are “merely one of the relevant factors”: para. 54. The Supreme Court recently confirmed the hybrid approach in *In re R.*

[53] A similar movement away from parental intention and towards the hybrid approach can be seen in New Zealand and Australia. The New Zealand Court of Appeal, in *Punter v. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40, expressly rejected counsel’s submission that parental purpose should determine a child’s habitual residence: see paras. 91-108. Instead, the court described the considerations relevant to habitual residence in these terms (at para. 88):

. . . the inquiry into habitual residence [is] a broad factual inquiry. Such an inquiry should take into account all relevant factors, including settled purpose, the actual and intended length of stay in a state, the purpose of the stay, the strength of ties to the state and to any other state (both in the past and currently), the degree of assimilation into the state, including living and schooling arrangements, and cultural, social and economic integration. In this catalogue, . . . settled purpose (and with young children the settled purpose of the parents) is important but not necessarily decisive. It should not in itself override what McGrath J. called . . . the underlying reality of the connection between the child and the particular state . . .

à chaque cas d’espèce » (par. 42). Elle statue que même si l’intention des parents peut parfois importer, il faut faire preuve de prudence à cet égard. L’Union européenne regroupe 28 pays. Les décisions de sa Cour de justice font en sorte que près du tiers des quelque 90 pays qui souscrivent à la *Convention de La Haye* appliquent l’approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle.

[52] Dans *A. c. A.*, la Cour suprême du Royaume-Uni emboîte le pas en abandonnant l’approche fondée sur l’intention des parents au profit de l’approche hybride. La baronne Hale of Richmond conclut que la démarche européenne est préférable à celle que les tribunaux anglais appliquaient jusqu’alors et qui mettait à tort l’accent non pas [TRADUCTION] « sur la situation réelle de l’enfant, mais sur l’intention des parents » (par. 38). Le dessein et l’intention des parents constituent « seulement l’un des éléments à considérer » (par. 54). Récemment, dans *In re R.*, la Cour suprême du Royaume-Uni a confirmé l’application de l’approche hybride.

[53] On observe pareille mise à l’écart de l’approche fondée sur l’intention des parents au profit de l’approche hybride en Nouvelle-Zélande et en Australie. Dans l’arrêt *Punter c. Secretary for Justice*, [2007] N.Z.L.R. 40, la Cour d’appel de Nouvelle-Zélande rejette expressément la prétention de l’avocat selon laquelle le dessein des parents devrait déterminer le lieu de la résidence habituelle de l’enfant (voir par. 91-108). Elle énonce comme suit les considérations qui devraient plutôt présider à cette détermination (au par. 88) :

[TRADUCTION] . . . l’examen relatif à la résidence habituelle [est] largement factuel. Il doit tenir compte de tous les éléments pertinents, dont le dessein arrêté, la durée réelle du séjour dans l’État et la durée dont les parties étaient convenues, l’objet du séjour, la solidité des liens avec l’État en cause et tout autre État (tant dans le passé qu’actuellement), le degré d’intégration dans l’État, y compris les conditions d’habitation et de scolarisation, ainsi que l’intégration culturelle, sociale et économique. Parmi ces éléments, [. . .] le dessein arrêté (dans le cas de jeunes enfants, celui de leurs parents) est important mais pas forcément décisif. Il ne devrait pas à lui seul primer ce que le juge McGrath appelle [. . .] la réalité sous-jacente du lien entre l’enfant et l’État en cause . . .

[54] The High Court of Australia approved *Punter* in *L.K.* Notably, that court observed that while *Punter's* references to “settled purpose” directs attention to the intentions of the parents, the question of habitual residence must still be decided “by reference to *all* the circumstances of any particular case”: para. 44, quoting *In re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562 (H.L.), at p. 578 (emphasis added in *L.K.*).

[55] Finally, while courts in the United States disagree on the appropriate approach to determining habitual residence, there is strong support for the hybrid approach: see *Redmond*, at p. 746; *Martinez v. Cahue*, 826 F.3d 983 (7th Cir. 2016), at p. 990; *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), at pp. 898-99; *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd Cir. 2007), at pp. 271-72; *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), at p. 297. In *Silverman*, the Eighth Circuit Court of Appeals for the United States considered a number of factors relevant to that case: the degree of settled purpose from the perspective of the children, the change in geography (with possessions and pets), the abandonment of the prior residence (including sale of the family home), the passage of time, the parent’s application for benefits, the children’s enrolment in school, and, “to some degree”, the intentions of the parents at the time of the move: see pp. 898-99. In *Tsai-Yi Yang*, the Third Circuit Court of Appeals focused on the circumstances of the child in determining habitual residence, but also considered the intentions of the parents to be relevant: see pp. 271-72. And in *Redmond*, the Seventh Circuit Court of Appeals considered both the intentions of the parents and the circumstances of the child in determining habitual residence, commenting that “[i]n substance, all circuits — ours included — consider *both* parental intent *and* the child’s acclimatization, differing only in their emphasis”: p. 746 (emphasis in original).

[56] It is true that, at one time, many courts applied a parental intention approach to determining

[54] Dans *L.K.*, la Haute Cour d’Australie approuve *Punter*. Elle fait observer en particulier que même si, dans *Punter*, les renvois au « dessein arrêté » attirent l’attention sur l’intention des parents, la résidence habituelle doit toujours être déterminée [TRADUCTION] « en fonction de *toutes* les circonstances propres au dossier » (par. 44, citant *In re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562 (H.L.), p. 578 (italique ajouté dans *L.K.*)).

[55] Enfin, bien que les tribunaux américains ne s’entendent pas sur l’approche qui convient pour déterminer le lieu de la résidence habituelle, bon nombre d’entre eux appuient le recours à l’approche hybride (voir *Redmond*, p. 746; *Martinez c. Cahue*, 826 F.3d 983 (7th Cir. 2016), p. 990; *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), p. 898-899; *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd Cir. 2007), p. 271-272; *Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), p. 297). Dans l’arrêt *Silverman*, la cour d’appel du huitième circuit des États-Unis se penche sur un certain nombre d’éléments jugés pertinents dans cette affaire, à savoir la mesure dans laquelle le dessein était arrêté du point de vue des enfants, le déplacement géographique (avec effets personnels et animaux de compagnie), l’abandon de la résidence précédente (y compris la vente de la résidence familiale), l’écoulement du temps, la demande de prestations par le parent, l’inscription de l’enfant à l’école et, « jusqu’à un certain point », l’intention qu’avaient les parents au moment du déménagement (voir p. 898-899). Dans *Tsai-Yi Yang*, la cour d’appel du troisième circuit s’attache à la situation de l’enfant pour déterminer le lieu de sa résidence habituelle, mais elle tient aussi pour pertinente l’intention des parents (voir p. 271-272). Dans *Redmond*, la cour d’appel du septième circuit tient compte à la fois de l’intention des parents et de la situation de l’enfant pour déterminer le lieu de la résidence habituelle et fait remarquer que, [TRADUCTION] « essentiellement, tous les circuits, y compris le nôtre, tiennent compte à *la fois* de l’intention des parents *et* de l’acclimatation de l’enfant, seule l’importance accordée respectivement à l’une et à l’autre étant variable » (p. 746 (en italique dans l’original)).

[56] De nombreux tribunaux ont certes un temps eu recours à l’approche fondée sur l’intention des parents

habitual residence under the *Hague Convention*. But more recent cases indicate a clear shift from the parental intention approach to the hybrid approach. A large number of countries — among them countries with which Canada has close legal ties — now adopt a hybrid approach to determining habitual residence under the *Hague Convention*. Within Canada, Quebec courts have recently decided to join this international trend: see *Droit de la famille — 17622*, at paras. 29-30.

[57] The desirability of harmonization weighs heavily in favour of following the dominant thread of *Hague Convention* jurisprudence, unless there are strong reasons to the contrary. As discussed below, no such reasons have been shown. I conclude that this Court should follow the current trend of *Hague Convention* jurisprudence and reject the parental intention approach in favour of the hybrid approach.

(2) The Hybrid Approach Best Conforms to the Text, Structure, and Purpose of the *Hague Convention*

[58] There are good reasons why courts around the world are adopting the hybrid approach. The hybrid approach best adheres to the text, structure, and purpose of the *Hague Convention*.

[59] The hybrid approach best fulfills the goals of prompt return: (1) deterring parents from abducting the child in an attempt to establish links with a country that may award them custody, (2) encouraging the speedy adjudication of custody or access disputes in the forum of the child's habitual residence, and (3) protecting the child from the harmful effects of wrongful removal or retention.

[60] The hybrid approach deters parents from attempting to manipulate the *Hague Convention*. It discourages parents from attempting to alter a child's habitual residence by strengthening ties with a particular state (see my colleagues' reasons, at

pour déterminer le lieu de la résidence habituelle dans le cadre de l'application de la *Convention de La Haye*. Mais il appert nettement de la jurisprudence récente que l'on est passé de cette approche à celle qualifiée d'hybride. Un grand nombre de pays, dont certains avec lesquels le Canada entretient des liens juridiques étroits, se tournent désormais vers l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle dans le cadre de l'application de la *Convention de La Haye*. Au Canada, des tribunaux québécois ont récemment résolu de s'inscrire dans ce courant international (voir *Droit de la famille — 17622*, par. 29-30)

[57] Le caractère souhaitable de l'harmonisation milite fortement en faveur de l'adhésion au courant jurisprudentiel dominant en ce qui concerne l'application de la *Convention de La Haye*, sauf lorsque des motifs sérieux s'y opposent. Comme je l'indique ci-après, de tels motifs n'ont pas été établis. J'arrive à la conclusion que la Cour devrait suivre la tendance actuelle de la jurisprudence relative à la *Convention de La Haye* et abandonner l'approche fondée sur l'intention des parents au profit de l'approche hybride.

(2) L'approche hybride est celle qui se concilie le mieux avec le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*

[58] De bonnes raisons justifient les tribunaux du monde entier de s'en remettre à l'approche hybride. Cette dernière est celle qui respecte le plus le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*.

[59] L'approche hybride respecte le plus les objectifs du retour immédiat, à savoir (1) dissuader les parents de recourir à l'enlèvement dans le but de créer des liens dans un pays où la garde de l'enfant pourrait leur être accordée, (2) favoriser le prononcé rapide d'une décision sur la garde ou le droit de visite dans le ressort où l'enfant a sa résidence habituelle et (3) protéger l'enfant des effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite.

[60] L'approche hybride est de nature à dissuader les parents de tenter d'exploiter la *Convention de La Haye*. Elle décourage toute tentative de faire en sorte que la résidence habituelle de l'enfant change du fait de la consolidation des liens avec un État en

paras. 134-35; *Mozes*, at p. 1079), for two reasons: (1) parental intent is a relevant consideration under the hybrid approach, and (2) parents who know that the judge will look at *all* of the circumstances will be deterred from creating “legal and jurisdictional links which are more or less artificial” (Pérez-Vera, at p. 429).

[61] By contrast, the parental intention approach facilitates manipulation of the *Hague Convention* scheme. It may lead parents to exercise intention in ways that artificially maintain the child’s habitual residence in the initial state: see Gallagher, at p. 480; S. I. Winter, “Home is where the Heart is: Determining ‘Habitual Residence’ under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction” (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351, at p. 377; *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), at p. 1254. The parental intention approach may also allow parents to create artificial jurisdictional links by way of an agreement stipulating the parents’ shared intent as to the child’s habitual residence: see *Barzilay v. Barzilay*, 600 F.3d 912 (8th Cir. 2010). The hybrid approach guards against these manipulations.

[62] The hybrid approach also promotes prompt custody and access decisions in the most appropriate forum, and thus offers the best hope of *prompt* return of the child. The parental intention and child-centred approaches may, on their face, seem less complex and hence more likely to lead to speedy determination of the habitual residence of the child. But the reality is different. The parental intention approach in practice often leads to detailed and conflicting evidence as to the intentions of the parents: see Schuz, at p. 211. When parents disagree as to their intentions, the application judge may be faced with a large volume of evidence, including oral evidence, on those intentions. The hybrid approach is not an “invitation to litigate”: my colleagues’ reasons, at para. 149. On the contrary, it is the best assurance of a prompt return of the child and resolution of custody.

particulier (voir motifs de mes collègues, par. 134-135; *Mozes*, p. 1079), et ce, pour deux raisons : (1) l’intention des parents demeure une considération pertinente et, (2) comme le tribunal examinera la situation de l’enfant *dans sa totalité*, la création « d[e] liens plus ou moins artificiels de compétence judiciaire » est découragée (Pérez-Vera, p. 429).

[61] À l’opposé, l’approche fondée sur l’intention des parents facilite l’exploitation du régime établi par la *Convention de La Haye*. Elle peut en effet amener les parents à exprimer leur intention de manière à faire en sorte que l’enfant conserve artificiellement sa résidence habituelle dans l’État d’origine (voir Gallagher, p. 480; S. I. Winter, « Home is where the Heart is : Determining “Habitual Residence” under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction » (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351, p. 377; *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), p. 1254). Cette approche peut aussi permettre aux parents de créer des liens artificiels avec un ressort au moyen d’un accord faisant état de leur intention commune quant au lieu de la résidence habituelle de l’enfant (voir *Barzilay c. Barzilay*, 600 F.3d 912 (8th Cir. 2010). L’approche hybride prémunit contre pareilles formes d’exploitation.

[62] L’approche hybride promet par ailleurs le prononcé rapide d’une décision sur la garde et le droit de visite dans le ressort qui convient le plus. Elle offre donc la meilleure chance d’obtenir le retour *immédiat* de l’enfant. L’approche fondée sur l’intention des parents et celle axée sur l’enfant peuvent, à première vue, paraître moins complexes et, de ce fait, plus susceptibles de mener à la détermination rapide du lieu de la résidence habituelle de l’enfant. Or, la réalité est tout autre. Dans les faits, l’approche fondée sur l’intention des parents ouvre souvent la voie à une preuve détaillée et contradictoire sur l’intention des parents (voir Schuz, p. 211). Lorsque ces derniers ne s’entendent pas sur leur intention, le juge des requêtes peut se trouver aux prises avec une preuve abondante sur ce point, y compris une preuve testimoniale. L’approche hybride n’« invit[e] [pas] les parties à saisir la justice » (motifs de mes collègues, par. 149). Au contraire, elle est la plus apte à assurer le retour immédiat de l’enfant et le prononcé rapide d’une décision sur la garde.

[63] This point was pivotal in the recent decision of the Court of Justice of the European Union in *O.L.* The court, employing a hybrid approach, stated that “to consider that the initial intention of the parents is a factor of crucial importance in determining the habitual residence of a child would be detrimental to the effectiveness of the return procedure and to legal certainty” (para. 56), and could “compel the national courts either to gather a substantial quantity of evidence and testimony in order to determine with certainty that intention, which would be difficult to reconcile with the requirement that a return procedure should be expeditious, or to issue their judgments while not in possession of all the relevant information, which would result in legal uncertainty” (para. 59). In a similar manner, the child-centred approach may lead to conflicting evidence, including expert evidence, on the child’s connection to country A and country B. The hybrid approach, by contrast, allows the judge to make an order on all the evidence. In particular, treating parental intention as one consideration among many means that the application judge “may not necessarily have to come to a definitive conclusion as to which parent’s version is more accurate”: Schuz, at p. 212.

[64] The hybrid approach also favours choice of the most appropriate forum. It focuses on the factual connections between the child and the countries in question, as well as the circumstances of the move — considerations that “mirror the closest connection test often used in determining the *forum conveniens*”: Schuz, at p. 210. This allows for custody and access disputes to be adjudicated in the most convenient forum with the best available evidence: see *Punter*, at para. 187. The hybrid approach thus avoids the problem that a child may be found to be habitually resident in a country with which the child has little or no connection: see Schuz, at pp. 209-10.

[65] Finally, by focusing on the actual circumstances of the child, the hybrid approach best protects children from the harmful effects of wrongful removal or retention. Unlike the parental intention approach and the child-centred approach, it allows

[63] Cet aspect s’est révélé décisif dans le récent arrêt *O.L.* de la Cour de justice de l’Union européenne. Sur le fondement d’une approche hybride, ce tribunal estime que « considérer l’intention initiale des parents comme étant un facteur prépondérant pour déterminer la résidence habituelle de l’enfant serait contraire à l’efficacité de la procédure de retour et à la sécurité juridique » (par. 56) et pourrait « contraindre les juridictions nationales soit à recueillir un grand nombre de preuves et de témoignages afin de déterminer avec certitude ladite intention, ce qui serait difficilement compatible avec le caractère expéditif de la procédure de retour, soit à rendre leurs décisions sans disposer de tous les éléments pertinents, ce qui serait source d’insécurité juridique » (par. 59). De même, l’approche axée sur l’enfant peut ouvrir la voie à une preuve contradictoire, y compris une preuve d’expert, concernant les liens de l’enfant avec le pays A et le pays B. À l’opposé, l’approche hybride permet au tribunal de rendre une ordonnance fondée sur la totalité de la preuve. Plus particulièrement, voir dans l’intention des parents une considération parmi bien d’autres fait en sorte que le juge des requêtes [TRADUCTION] « n’est pas nécessairement tenu de tirer une conclusion définitive quant à savoir la version de quel parent est la bonne » (Schuz, p. 212).

[64] L’approche hybride favorise également la désignation du for qui convient le plus. Elle met l’accent sur les liens factuels entre l’enfant et les pays en cause, ainsi que sur les circonstances du déménagement, des considérations qui [TRADUCTION] « correspondent au critère du lien le plus étroit souvent utilisé pour déterminer le *forum conveniens* » (Schuz, p. 210). Le tribunal peut ainsi statuer sur la garde et le droit de visite dans le ressort le plus approprié, à partir de la meilleure preuve possible (voir *Punter*, par. 187). L’approche hybride permet donc d’éviter que le tribunal décide que l’enfant a sa résidence habituelle dans un pays avec lequel il a peu de liens ou n’en a pas (voir Schuz, p. 209-210).

[65] Enfin, parce qu’elle met l’accent sur la situation réelle de l’enfant, l’approche hybride est la plus apte à protéger les enfants des effets nuisibles d’un déplacement ou d’un non-retour illicite. Contrairement à l’approche fondée sur l’intention

all relevant factors to be considered in a fact-based inquiry that does not rely on formulas or presumptions: see *Redmond*, at p. 746.

[66] There is no conflict between the hybrid approach and the “settled in” exception under Article 12: see my colleagues’ reasons, at paras. 120-21 and 131-32. Article 12 comes into play only after habitual residence is determined, and functions to provide a limited exception to the requirement that a child wrongfully removed or retained be returned to his or her habitual residence. It may be that on the hybrid approach habitual residence favours return of the child, but that the one-year period and settling in indicate that the child should not be uprooted and returned to his or her place of habitual residence.

[67] Nor does the hybrid approach “ignor[e] the fact that a child could develop genuine links to a new jurisdiction following a wrongful removal or retention”: my colleagues’ reasons, at para. 146; see also para. 149. Habitual residence is determined immediately prior to the wrongful removal or retention: see Articles 3 and 4. Subsequent links are relevant only to the exception under Article 12.

[68] In sum, the hybrid approach represents a principled advance on the parental intention and child-centred approaches. It recognizes that the child is the focus of the analysis, but acknowledges that it may be necessary to consider parental intention in order to properly assess the child’s connections to a country: see *Schuz*, at p. 192. It is an incremental response to the jurisprudence and the fact-based nature of the inquiry required by the *Hague Convention*.

[69] In doing these things, the hybrid approach faces the shortcomings of the parental intention approach directly and moves beyond them. The fact is that the parental intention approach is unable to

des parents et celle axée sur l’enfant, elle permet la prise en compte de tous les éléments pertinents dans le cadre d’un examen qui privilégie les données factuelles et ne s’en remet pas à l’application de formules ou de présomptions (voir *Redmond*, p. 746).

[66] Il n’y a pas de conflit entre l’approche hybride et l’exception que prévoit l’article 12 lorsque l’enfant « s’est intégré » dans son nouveau milieu (voir motifs de mes collègues, par. 120-121 et 131-132). L’article 12 n’entre en jeu qu’une fois déterminé le lieu de la résidence habituelle et prévoit une exception d’application restreinte à l’obligation d’ordonner le retour dans le pays de la résidence habituelle d’un enfant déplacé ou retenu illicitement. Il se peut que, suivant l’approche hybride, la résidence habituelle milite en faveur du retour de l’enfant, mais que l’écoulement d’une année ou plus et l’intégration justifient de ne pas déraciner l’enfant et de ne pas le renvoyer dans l’État de sa résidence habituelle.

[67] Il est également erroné d’affirmer que l’approche hybride « ne tient pas compte du fait que l’enfant pourrait établir des liens véritables avec le nouveau pays à la suite d’un déplacement ou d’un non-retour illicite » (motifs de mes collègues, par. 146; voir aussi par. 149). La résidence habituelle de l’enfant est celle qu’il avait immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite (voir articles 3 et 4). Les liens établis subséquentement ne sont pertinents que pour l’application de l’exception prévue à l’article 12.

[68] Somme toute, l’approche hybride résulte d’une amélioration raisonnée de l’approche fondée sur l’intention des parents et de celle axée sur l’enfant. Elle reconnaît que l’enfant est au centre de l’analyse, mais aussi qu’il peut être nécessaire de tenir compte de l’intention des parents afin de bien apprécier les liens de l’enfant avec un pays (voir *Schuz*, p. 192). Elle correspond à l’adaptation progressive à la jurisprudence et à la nature foncièrement factuelle de l’examen que commande la *Convention de La Haye*.

[69] Dès lors, l’approche hybride prend acte des failles de l’approche fondée sur l’intention des parents directement et développe plus avant la démarche qui s’impose. Le fait est que l’approche

provide answers in all cases. Courts using this approach have admitted that in some circumstances — such as where parental intent is ambiguous or inconclusive — parental intent is not determinative, and they have considered objective factors connecting the child to the jurisdiction: see my colleagues' reasons, at para. 116; *Gitter*, at p. 134; *Punter*, at para. 107; *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), at p. 1152; *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, at paras. 23 and 32-33. Similarly, courts using the child-centred approach have recognized that parental intention is a relevant factor: see *Redmond*, at p. 746; *Feder*, at p. 224. The hybrid approach simply acknowledges that absolute approaches to determining habitual residence under the *Hague Convention* do not work.

[70] The reality is that every case is unique. The application judge charged with determining the child's habitual residence should not be forced to make a blinkered decision that disregards considerations vital to the case under review. Nor should an approach that tolerates manipulation be adopted. The application judge is best placed to weigh the factors that will achieve the objects of the *Hague Convention* in the case at hand. In the end, the best assurance of certainty lies in following the developing international jurisprudence that supports a multi-factored hybrid approach.

[71] I conclude that the hybrid approach to habitual residence best conforms to the text, structure, and purpose of the *Hague Convention*. There is no reason to decline to follow the dominant trend in *Hague Convention* jurisprudence. The hybrid approach should be adopted in Canada.

[72] I come to the question of whether under the hybrid approach, a child's habitual residence can change while he or she is staying with one parent under the time-limited consent of the other.

[73] Applying the hybrid approach, the application judge considers the intention of the parents that the move would be temporary, and the reasons for that

fondée sur l'intention des parents ne permet pas de statuer dans tous les cas. Des tribunaux y ayant recours reconnaissent que, parfois, cette intention n'est pas décisive (p. ex. lorsqu'elle est équivoque ou incertaine), si bien qu'ils tiennent compte d'éléments objectifs qui rattachent l'enfant au ressort (voir motifs de mes collègues, par. 116; *Gitter*, p. 134; *Punter*, par. 107; *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), p. 1152; *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, par. 23 et 32-33). De même, des tribunaux ayant recours à l'approche axée sur l'enfant reconnaissent l'importance de l'intention des parents (voir *Redmond*, p. 746; *Feder*, p. 224). L'approche hybride reconnaît simplement que l'application d'une approche aux contours stricts pour déterminer le lieu de la résidence habituelle suivant la *Convention de La Haye* est vouée à l'échec.

[70] Dans les faits, chaque cas est unique. Le juge des requêtes appelé à déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant ne devrait pas avoir à rendre une décision qui fait abstraction de considérations essentielles, comme s'il portait des œillères. Il ne devrait pas non plus recourir à une approche qui admet l'exploitation de la *Convention de La Haye*. Il est le mieux placé pour soupeser les éléments qui permettront d'atteindre les objectifs de celle-ci dans le dossier. En fin de compte, la meilleure garantie de certitude réside dans l'adhésion à la jurisprudence internationale qui se fait jour et qui privilégie une approche hybride multifactorielle.

[71] Je conclus que l'approche hybride de la résidence habituelle respecte le mieux le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*. Rien ne justifie le refus de suivre la jurisprudence dominante relative à l'application de celle-ci. L'approche hybride devrait être adoptée au Canada.

[72] Je passe à la question de savoir si, au regard de l'approche hybride, le lieu de la résidence habituelle peut changer pendant que l'enfant habite avec l'un de ses parents pour une durée précise, avec le consentement de l'autre.

[73] Suivant l'approche hybride, le juge des requêtes examine l'intention des parents que le déplacement soit temporaire et les raisons de leur accord.

agreement. But the judge also considers all other evidence relevant to the child's habitual residence. The court must do so mindful of the risk of overlaying the factual concept of habitual residence with legal constructs like the idea that one parent cannot unilaterally change a child's habitual residence, or that a parent's consent to a time-limited stay cannot shift the child's habitual residence. The court must also avoid treating a time-limited consent agreement as a contract to be enforced by the court. Such an agreement may be valuable as evidence of the parents' intention, and parental intention may be relevant to determining habitual residence. But parents cannot contract out of the court's duty, under Canadian laws implementing the *Hague Convention*, to make factual determinations of the habitual residence of children at the time of their alleged wrongful retention or removal.

[74] As this appeal is moot, it is unnecessary to decide whether the application judge's decision that the children were habitually resident in Germany was properly upheld by the Court of Appeal. For the purposes of the next issue, I proceed on the assumption that the father established the requirements of Article 3.

E. *The Child's Objection Under Article 13(2) of the Hague Convention*

[75] The *Hague Convention* provides exceptions to the general rule that the child must be returned forthwith to the country of habitual residence if he or she has been wrongfully removed or retained and the application has been commenced within one year. One of these exceptions is Article 13(2), which provides:

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

Mais il tient également compte de tous les autres éléments de preuve pertinents pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Il doit le faire en demeurant conscient du risque que comporte la superposition à la notion factuelle de résidence habituelle de constructions juridiques comme l'idée qu'un parent ne peut changer unilatéralement le lieu de la résidence habituelle d'un enfant ou que le consentement d'un parent à un séjour d'une durée limitée ne peut modifier ce lieu. Il doit en outre se garder de considérer pareil consentement comme un contrat dont le tribunal doit assurer l'exécution. Un tel accord peut servir à prouver l'intention des parents, et celle-ci peut être pertinente pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Or, les parents ne peuvent convenir d'écarter l'obligation du tribunal, suivant les dispositions canadiennes de mise en vigueur de la *Convention de La Haye*, de tirer des conclusions de fait sur la résidence habituelle de l'enfant au moment du déplacement ou du non-retour illicite allégué.

[74] Le pourvoi étant désormais théorique, point n'est besoin de décider si la Cour d'appel confirme à bon droit la décision de la juge des requêtes selon laquelle les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne. Pour les besoins de la question examinée ci-après, je tiens pour acquis que le père a établi le respect des exigences prévues à l'article 3.

E. *L'opposition de l'enfant suivant l'article 13(2) de la Convention de La Haye*

[75] La *Convention de La Haye* prévoit des exceptions à la règle générale voulant que l'enfant doive être renvoyé immédiatement dans le pays de sa résidence habituelle s'il a fait l'objet d'un déplacement ou d'un non-retour illicite et que la demande a été introduite dans un délai inférieur à un an. L'une de ces exceptions est prévue à l'article 13(2), qui dispose :

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

[76] The exceptions to the rule that the child should be returned to the country of the child's habitual residence are just that — exceptions. Their elements must be established, and they do not confer a general discretion on the application judge to refuse to return the child. Article 13(2) is an exception to the general rule that a wrongfully removed or retained child must be returned to her country of habitual residence, and it should not be read so broadly that it erodes the general rule: see Pérez-Vera, at p. 434. This, however, does not preclude a fact-based, common-sense approach to determining whether the elements of Article 13(2) are established, as discussed below.

[77] The application judge's discretion to refuse to return the child to the country of habitual residence arises only if the party opposing return establishes that: (1) the child has reached an appropriate age and degree of maturity at which his or her views can be taken into account, and (2) the child objects to return: see Pérez-Vera, at pp. 433 and 450; Schuz, at p. 319; P. McEleavy, "Evaluating the views of abducted children: trends in appellate case-law" (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230, at p. 232; *De Silva v. Pitts*, 2008 ONCA 9, 232 O.A.C. 180, at para. 42; *Thompson v. Thompson*, 2017 ABCA 299, at para. 16 (CanLII); *In re M. (Abduction: Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288, at para. 46.

[78] Although much ink has been spilled on precisely what must be shown, it is telling that the *Hague Convention* does not specify particular requirements or procedures to establish sufficient age and maturity and an objection. Basically, it is for the application judge to determine, as a matter of fact, whether those elements are established. In most cases, the object of Article 13(2) can be achieved by a single process in which the judge decides if the child possesses sufficient age and maturity to make her evidence useful, decides if the child objects to return, and, if so, exercises his or her judicial discretion as to whether to return the child.

[76] Les exceptions à la règle générale voulant que doive être ordonné le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ne sont précisément que cela, des exceptions. Les conditions de leur application doivent être réunies, et elles ne confèrent pas au juge des requêtes un pouvoir discrétionnaire général qui lui permet de refuser d'ordonner le retour de l'enfant. L'article 13(2) prévoit une exception à la règle générale selon laquelle l'enfant déplacé ou retenu illicitement doit être renvoyé dans le pays de sa résidence habituelle, et il ne faut pas l'interpréter si largement que le caractère général de la règle en soit compromis (voir Pérez-Vera, p. 434). Il demeure toutefois possible de recourir à une méthode axée sur les faits et sur le sens commun pour décider si les conditions énoncées à l'article 13(2) sont réunies. J'y reviendrai.

[77] Le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge des requêtes de refuser d'ordonner le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ne naît que si la personne qui s'oppose au retour établit (1) que l'enfant a atteint un âge et une maturité où il peut être tenu compte de son opinion et (2) qu'il s'oppose au retour (voir Pérez-Vera, p. 433 et 450; Schuz, p. 319; P. McEleavy, « Evaluating the views of abducted children : trends in appellate case-law » (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230, p. 232; *De Silva c. Pitts*, 2008 ONCA 9, 252 O.A.C. 180, par. 42; *Thompson c. Thompson*, 2017 ABCA 299, par. 16 (CanLII); *In re M. (Abduction : Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288, par. 46).

[78] Les éléments précis qu'il faut prouver ont certes fait couler beaucoup d'encre, mais il est révélateur que la *Convention de La Haye* ne prévoit pas d'exigences ou de démarches particulières pour établir l'âge et la maturité voulus et l'opposition. Il appartient foncièrement au juge des requêtes de décider à partir des faits si ces éléments sont établis. La plupart du temps, l'objectif de l'article 13(2) peut être atteint au moyen d'une seule mesure judiciaire qui consiste à décider s'il a un âge et une maturité qui rendent son témoignage utile, à décider s'il s'oppose au retour et, le cas échéant, à exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet d'ordonner ou non son retour.

[79] Determining sufficient age and maturity in most cases is simply a matter of inference from the child's demeanor, testimony, and circumstances: see *Thompson*, at para. 17; *England v. England*, 234 F.3d 268 (5th Cir. 2000), at pp. 273-74, per DeMoss J., dissenting; M. Fernando and N. Ross, "Stifled Voices: Hearing Children's Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia" (2018), 32 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.* 93, at pp. 102-3. In some cases, it may be appropriate to call expert evidence or have the child professionally examined: see *R.M. v. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230, at paras. 25-26; Greene, at pp. 127-28. However, this should not be allowed to delay the proceedings.

[80] As in the case of age and maturity, the child's objection should be assessed in a straight-forward fashion — without the imposition of formal conditions or requirements not set out in the text of the *Hague Convention*.

[81] If the elements of (1) age and maturity and (2) objection are established, the application judge has a discretion as to whether to order the child returned, having regard to the "nature and strength of the child's objections, the extent to which they are 'authentically her own' or the product of the influence of the abducting parent, the extent to which they coincide or are at odds with other considerations which are relevant to her welfare, as well as the general Convention considerations": *In re M.*, at para. 46.

F. Delay

[82] The time it took to bring this *Hague Convention* application to hearing and resolve the ensuing appeals was unacceptably long. In another context, this Court has recently decried a culture of complacency towards delay within the justice system: see *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 4. Complacency towards judicial delay is objectionable in all contexts, but some disputes can better tolerate it. *Hague Convention* cases cannot.

[79] Dans la plupart des cas, le caractère suffisant de l'âge et de la maturité s'infère simplement du comportement de l'enfant, de son témoignage et des circonstances qui lui sont propres (voir *Thompson*, par. 17; *England c. England*, 234 F.3d 268 (5th Cir. 2000), p. 273-274, le juge DeMoss, dissident; M. Fernando et N. Ross, « Stifled Voices : Hearing Children's Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia » (2018), 32 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.* 93, p. 102-103). Dans certains cas, le témoignage d'un expert ou l'examen de l'enfant par un spécialiste peut être indiqué (voir *R.M. c. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230, par. 25-26; Greene, p. 127-128). Cependant, de telles démarches ne doivent pas retarder le déroulement de l'instance.

[80] Comme pour l'âge et la maturité, le tribunal doit apprécier l'opposition purement et simplement, sans exiger le respect de conditions ou d'exigences de forme qui ne figurent pas dans la *Convention de La Haye*.

[81] Lorsque les éléments que sont (1) l'âge et la maturité et (2) l'opposition sont établis, le juge des requêtes jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'ordonner ou non le retour de l'enfant eu égard à ce qui suit : [TRADUCTION] « les motifs pour lesquels l'enfant s'oppose au retour et la vigueur de cette opposition, si ces motifs sont "vraiment les siens" ou sont invoqués sous l'influence du parent ravisseur, s'ils coïncident ou non avec d'autres considérations liées au bien-être de l'enfant, et les considérations générales qui sous-tendent la Convention » (*In re M.*, par. 46).

F. Lenteur du système de justice

[82] En l'espèce, le temps qui s'est écoulé avant que l'on entende la demande fondée sur la *Convention de La Haye* et qu'il soit statué sur les appels interjetés subséquentement a été trop long. Dans un autre contexte, la Cour a récemment déploré une culture de complaisance à l'égard de la lenteur du système de justice (voir *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 4). Pareille complaisance est toujours condamnable, mais certaines instances en souffrent moins que d'autres. Ce n'est pas le cas de l'instance engagée sur le fondement de la *Convention de La Haye*.

[83] The first object of the *Hague Convention* is the prompt return of children: see Article 1(a). For this reason, contracting states are required, by Article 2, to “use the most expeditious procedures available” to secure within their territories the implementation of the *Hague Convention*'s objects.

[84] Article 11 specifically requires the contracting states' judicial authorities to “act expeditiously in proceedings for the return of children”. Responsibility for performing Canada's Article 11 obligation falls to judges and court administrators. This is unusual, but it is not unheard of. Canada is a party to other treaties that depend, in part, on judicial action to ensure performance.

[85] When international agreements come before the courts, performance of Canada's obligation to apply and interpret them according to the rules of treaty interpretation falls to Canada's judges. Lord Diplock made this point, in respect of United Kingdom courts, in *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251 (H.L.), at p. 283:

By ratifying the Convention, Her Majesty's Government has undertaken an international obligation on behalf of the United Kingdom to interpret future treaties in this manner and since under our constitution the function of interpreting the written law is an exercise of judicial power and rests with the courts of justice, that obligation assumed by the United Kingdom falls to be performed by those courts.

[86] *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, is another example. The central question was whether the Court should make an evidentiary order in favour of Swiss investigators acting under a Swiss-British extradition treaty binding on Canada. Justice Dickson (as he then was), at p. 409, noted that by granting the order the Court would ensure Canada's performance of its treaty obligation to Switzerland:

The argument in favour of granting the order in the case at bar does not rest merely on the notion of “comity”. It rests on treaty. In responding affirmatively to the request which has been made the Court will be recognizing and giving

[83] Le premier objectif de la *Convention de La Haye* est le retour immédiat de l'enfant (voir article 1a)). C'est pourquoi, à l'article 2, les États contractants sont tenus de « recourir à leurs procédures d'urgence » pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la *Convention de La Haye*.

[84] L'article 11 oblige expressément les autorités judiciaires des États contractants à « procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant ». Il appartient aux juges et aux administrateurs judiciaires de s'acquitter de l'obligation que l'article 11 fait au Canada, ce qui est inhabituel, mais non sans précédent. Le Canada est signataire d'autres traités dont l'application repose en partie sur l'action judiciaire.

[85] Lorsqu'un tribunal canadien est saisi d'un litige sur l'application d'un accord international, il lui incombe de s'acquitter de l'obligation du Canada d'appliquer et d'interpréter cet accord conformément aux règles d'interprétation des traités. Dans l'arrêt *Fothergill c. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251 (H.L.), p. 283, lord Diplock fait la remarque suivante au sujet des tribunaux du Royaume-Uni :

[TRADUCTION] En ratifiant la Convention, le gouvernement de Sa Majesté a contracté, au nom du Royaume-Uni, l'obligation internationale d'interpréter ainsi les traités futurs, et puisque, selon notre Constitution, l'interprétation du droit écrit constitue un exercice du pouvoir judiciaire et relève des cours de justice, celles-ci doivent s'acquitter de cette obligation du Royaume-Uni.

[86] L'arrêt *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, offre un autre exemple. Dans cette affaire, il s'agissait principalement de décider si la Cour devait rendre une ordonnance en matière de preuve au bénéfice d'enquêteurs suisses qui se réclamaient d'un traité d'extradition anglo-suisse liant le Canada. Le juge Dickson (plus tard juge en chef) souligne à la p. 409 que, en rendant l'ordonnance, la Cour ferait en sorte que le Canada s'acquitte de son obligation envers la Suisse suivant le traité :

L'argument en faveur de l'octroi de l'ordonnance en l'espèce ne repose pas seulement sur la notion de la « courtoisie ». Il se fonde sur un traité. En répondant par l'affirmative à la demande, la Cour reconnaîtra et

effect to a duty to which Canada is subject, by treaty, under international law. [Emphasis added.]

[87] So it was up to the judicial authorities in this case to ensure Canada lived up to its obligation to act expeditiously. I am doubtful that we did so. While each of the three Ontario courts involved in the process gave their judgments quickly, the proceeding still moved too slowly. The key steps in this proceeding, and ensuing delays, were as follows:

- (1) 26 June 2014: The father commences his *Hague Convention* proceeding by application in the Ontario Superior Court of Justice at St. Catharines. This was about six weeks before August 15, 2014, when the father's time-limited consent ended.
- (2) 9 March 2015: The application comes on for hearing before MacPherson J., *a delay of nearly seven months after the expiry of the consent agreement*. The application judge attributes this delay to the father's decision to proceed in Germany despite having commenced (and not discontinued) in Ontario.
- (3) 21 April 2015: The application is heard for a second day to consider submissions on whether the court should order the appointment of the Office of the Children's Lawyer. The court did so, requiring that the OCL act on an expedited basis to provide evidence as to the children's objections to returning to Germany.
- (4) 7 August 2015: The OCL files evidence in the proceeding, now *nearly one year after the expiry of the consent period*.
- (5) 27 August 2015: Three days after the third and final day of the hearing, MacPherson J. orders the children's return to Germany with reasons for judgment.
- (6) 30 November 2015: The Divisional Court hears the mother's appeal, *three months after MacPherson J.'s order*.

appliquera une obligation qui incombe au Canada en droit international, en vertu d'un traité. [Je souligne.]

[87] Ainsi, en l'espèce, il appartenait aux autorités judiciaires de faire en sorte que le Canada s'acquitte de son obligation d'agir sans tarder. Je doute qu'elles l'aient fait. Les trois tribunaux ontariens saisis ont certes rendu jugement rapidement, mais les instances se sont déroulées encore trop lentement. Voici les principales étapes de l'instance et le temps écoulé correspondant :

- (1) 26 juin 2014 : Le père saisit de sa demande fondée sur la *Convention de La Haye* la Cour supérieure de justice de l'Ontario, à St. Catharines, soit environ six semaines avant le 15 août, date à laquelle prenait fin la période visée par son consentement.
- (2) 9 mars 2015 : La demande est entendue par la juge MacPherson, *soit presque sept mois après l'expiration de la période visée par le consentement*. La juge des requêtes attribue ce retard à la décision du père de saisir les tribunaux allemands même s'il avait engagé une instance (dont il ne s'était pas désisté) en Ontario.
- (3) 21 avril 2015 : Le tribunal siège une deuxième journée pour entendre les parties sur l'opportunité de désigner le BAE pour défendre les intérêts des enfants. Le tribunal juge la mesure opportune et exige du BAE qu'il présente sans tarder ses éléments de preuve concernant l'opposition des enfants à leur retour en Allemagne.
- (4) 7 août 2015 : Le BAE dépose sa preuve, soit alors *presque un an après l'expiration de la période visée par le consentement*.
- (5) 27 août 2015 : Trois jours après le troisième et dernier jour de l'audience, la juge MacPherson ordonne le retour des enfants en Allemagne, motifs à l'appui.
- (6) 30 novembre 2015 : La Cour divisionnaire entend l'appel de la mère, *soit presque trois mois après l'ordonnance de la juge MacPherson*.

- | | |
|---|---|
| (7) 5 January 2016: The Divisional Court allows the appeal from MacPherson J.'s order. | (7) 5 janvier 2016 : La Cour divisionnaire accueille l'appel visant l'ordonnance de la juge MacPherson. |
| (8) 31 August 2016: The Court of Appeal for Ontario hears the father's appeal from the decision of the Divisional Court. <i>Over two years have now passed since the expiry of the father's time-limited consent.</i> | (8) 31 août 2016 : La Cour d'appel de l'Ontario entend l'appel du père à l'encontre de la décision de la Cour divisionnaire, <i>soit plus de deux ans après l'expiration de la période visée par le consentement.</i> |
| (9) 13 September 2016: The Court of Appeal allows the appeal and restores MacPherson J.'s order. The Court of Appeal notes (at para. 82) that <i>by this time the children have already been in Ontario for more than three years</i> and "moving them back to Germany is likely to be difficult". | (9) 13 septembre 2016 : La Cour d'appel accueille l'appel et rétablit l'ordonnance de la juge MacPherson. Elle souligne (au par. 82 de ses motifs) que <i>les enfants se trouvent alors déjà en Ontario, depuis plus de trois ans</i> , et que [TRADUCTION] « les renvoyer en Allemagne risque d'être difficile ». |
| (10) 14 October 2016: The OCL files a notice of application for leave to appeal to this Court and a stay of execution of the Court of Appeal's order. The OCL also applies to the Court of Appeal for a stay. Benotto J.A. of the Court of Appeal dismisses the application in that court. Justice Moldaver dismisses the stay application in this Court. | (10) 14 octobre 2016 : Le BAE dépose à la Cour un avis de demande d'autorisation d'appel accompagnée d'une demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance de la Cour d'appel. Il demande également un sursis à la Cour d'appel, qui le déboute par la voix du juge Benotto. Le juge Moldaver rejette la demande de sursis au nom de la Cour. |
| (11) 15 October 2016: The children return to Germany, <i>26 months after the expiry of the father's time-limited consent.</i> | (11) 15 octobre 2016 : Les enfants rentrent en Allemagne, <i>soit 26 mois après l'expiration de la période visée par le consentement.</i> |
| (12) 27 April 2017: This Court grants the OCL's application for leave to appeal, <i>over six months after it was filed.</i> | (12) 27 avril 2017 : La Cour accueille la demande d'autorisation d'appel du BAE, <i>soit plus de six mois après son dépôt.</i> |
| (13) 1 May 2017: Having learned the appeal may be moot, the Court seeks submission from the parties. | (13) 1 ^{er} mai 2017 : Après avoir appris que le pourvoi risquait d'être théorique, la Cour demande aux parties de formuler des observations. |
| (14) 9 November 2017: At the hearing of the appeal in this Court, all parties acknowledged, by this point, that the appeal would have no bearing on the residence of the children. | (14) 9 novembre 2017 : À l'audition du pourvoi par la Cour, toutes les parties reconnaissent que l'issue du pourvoi n'aura aucune incidence sur la résidence des enfants. |

[88] Despite the quick work of all the judges below in deciding the case before them and releasing reasons for their decisions, this proceeding was unacceptably delayed. The hardship and anxiety that such delays impose on children are exactly what the *Hague Convention's* contracting parties sought to

[88] Même si les juges de toutes les juridictions inférieures se sont efforcés de statuer et de rendre leurs motifs rapidement, le dénouement de l'instance a été retardé de manière inacceptable. Ce sont précisément les difficultés et l'anxiété que peuvent causer de tels retards à un enfant que les États signataires

prevent by insisting on prompt return and expeditious procedures.

[89] In light of this appeal, this Court has taken steps to ensure that *Hague Convention* cases are flagged internally and expedited by our registry. I hope other Canadian courts will consider what further steps they can take to ensure that *Hague Convention* proceedings are determined using the most expeditious procedures available. 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.

IV. Conclusion

[90] This Court adopts the hybrid approach to determining habitual residence under Article 3 of the *Hague Convention*, and a non-technical approach to considering the child's objection under Article 13(2).

[91] The children were returned to Germany, and the German courts granted the mother custody. The children are now living with their mother in Canada, and there are no outstanding legal issues. There will be no award of costs.

The reasons of Moldaver, Côté and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Overview

[92] The *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (“*Hague Convention*” or “*Convention*”), establishes an international legal framework that aims to deter the abduction of children across state borders. In

de la *Convention de La Haye* ont voulu prévenir en privilégiant le retour immédiat et le recours à des procédures d'urgence.

[89] Dans la foulée du présent pourvoi, la Cour a pris des mesures afin que les dossiers relatifs à la *Convention de La Haye* soient repérés rapidement et traités sans tarder par son greffe. J'ose espérer que les autres cours de justice du pays examineront les mesures qu'elles pourraient prendre par ailleurs pour faire en sorte que les instances fondées sur la *Convention de La Haye* soient tranchées en application de leurs procédures d'urgence. 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.

IV. Conclusion

[90] La Cour adopte l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant suivant l'article 3 de la *Convention de La Haye* et une approche non technique pour se prononcer sur l'opposition de l'enfant suivant l'article 13(2).

[91] Les enfants sont rentrés en Allemagne, et les tribunaux allemands ont accordé leur garde à la mère, si bien qu'ils vivent désormais avec elle au Canada et qu'il n'y a plus de litige à trancher. Aucuns dépens ne sont adjugés.

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents) —

I. Aperçu

[92] La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (« *Convention de La Haye* » ou « *Convention* »), établit un cadre juridique international pour prévenir l'enlèvement transfrontière d'enfants. Dans certaines

certain circumstances, it requires courts to order the return of a child to another country, if the child was “wrongfully removed or retained” in a different jurisdiction. This analysis turns, in part, on where the child was “habitually resident” at the time of the alleged removal or retention. The meaning of habitual residence in Article 3 of the *Convention* is the central issue in this appeal.

[93] The father, one of the respondents, filed an application under the *Convention* seeking to have his two children returned from Canada to Germany. In his view, their mother wrongfully retained the children in Canada by refusing to return them to Germany after the expiry of the father’s letter of consent, which permitted the children to travel to and live in Canada with their mother for a period of roughly 16 months.

[94] The application judge found that the children were habitually resident in Germany at the time of their retention in Canada and ordered their return to Germany (2015 ONSC 5383). The Divisional Court allowed the mother’s appeal, concluding that the children’s habitual residence had changed to Canada during their stay (2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159). The Court of Appeal for Ontario restored the order of the application judge, finding that the children’s habitual residence did not change from Germany during their stay in Canada pursuant to the father’s time-limited consent (2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735).

[95] We agree with the Court of Appeal. In our view, the children were habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention in Canada because there was no shared parental intent for Canada to become the children’s habitual residence. To the contrary, the father’s consent permitting the children to travel to and live in Canada was expressly time limited. Therefore, we would dismiss the appeal.

circonstances, elle impose au tribunal d’ordonner le retour d’un enfant dans son pays lorsque ce dernier a été « déplacé ou retenu illicitement » dans un pays différent. L’issue de l’analyse repose en partie sur le lieu où l’enfant « avait sa résidence habituelle » au moment où il aurait été déplacé ou retenu. La signification de la résidence habituelle dont fait mention l’article 3 de la *Convention* est au cœur du présent pourvoi.

[93] L’un des intimés, le père, a demandé le retour de ses deux enfants du Canada vers l’Allemagne en application de la *Convention*. Il a fait valoir que leur mère les avait retenus illicitement au Canada en refusant de les renvoyer en Allemagne à l’expiration du consentement du père attesté par lettre, lequel permettait aux enfants de se rendre et de vivre au Canada avec leur mère pour une période d’environ 16 mois.

[94] La juge des requêtes a conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment de leur rétention au Canada et a ordonné leur retour en Allemagne (2015 ONSC 5383). La Cour divisionnaire a accueilli l’appel de la mère et conclu que la résidence habituelle des enfants avait changé pour le Canada durant leur séjour (2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159). La Cour d’appel de l’Ontario a rétabli l’ordonnance de la juge des requêtes au motif que la résidence habituelle des enfants en Allemagne n’avait pas changé pendant le séjour d’une durée limitée au Canada auquel avait consenti le père (2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735).

[95] Nous sommes d’accord avec la Cour d’appel. Selon nous, les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment où ils auraient été retenus illicitement au Canada, car il n’y avait pas d’intention commune des parents de faire du Canada le lieu de la résidence habituelle des enfants. Au contraire, le consentement du père à ce que les enfants séjournent au Canada visait une période expressément limitée. Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Facts

[96] The mother and father were married in Ontario in 2000 and moved to Germany in 2001. Their two children were both born in Germany — in 2002 and 2005, respectively. In 2011, the parents separated and the father was granted interim custody of the children.

[97] By September 2012, the parents had reunited, and the family once again lived together until April 2013. At that point, the children were experiencing difficulties in school. These academic troubles were, at least in part, what prompted the move to Canada. The father, who remained in Germany, signed a letter of consent permitting the children to travel to and live in Canada with their mother until August 15, 2014. He also signed a notarized letter temporarily transferring custody to the mother, so that the children could be enrolled in school. The father characterized the move as an “educational exchange” opportunity that would allow the children to spend the 2013-2014 school year in Canada. Both children moved to Canada with their mother in April 2013 pursuant to this mutually agreed-upon arrangement.

[98] The father revoked his consent in March 2014, five months before it was set to expire. He subsequently commenced a *Hague Convention* proceeding in Ontario. The Ontario proceedings were delayed for approximately 10 months while he sought relief in Germany — in particular, a custody application (which was dismissed on the basis that the German courts lacked jurisdiction while the children were living in Canada) and a *Hague Convention* petition (which he eventually withdrew at the suggestion of the German court).

[99] After the Ontario proceedings and subsequent appeals concluded — with the Court of Appeal reinstating the application judge’s return order — the children returned to Germany in October 2016. Custody proceedings then took place in Germany, where the family court granted the mother sole custody in December 2016. The children returned to Canada to

II. Faits

[96] La mère et le père se sont mariés en Ontario en 2000 et ont déménagé en Allemagne en 2001. Leurs deux enfants sont nés en Allemagne en 2002 et en 2005, respectivement. En 2011, les époux se sont séparés et le père a obtenu la garde intérimaire des enfants.

[97] En septembre 2012, les parents ont repris la vie commune et la famille a de nouveau vécu ensemble jusqu’en avril 2013. Les enfants éprouvaient alors des difficultés à l’école, ce qui est à l’origine, du moins en partie, de leur séjour au Canada. Comme il allait demeurer en Allemagne, le père a signé une lettre dans laquelle il consentait à ce que les enfants se rendent au Canada et y vivent avec leur mère jusqu’au 15 août 2014. Il a également signé une lettre devant notaire dans laquelle il transférait temporairement la garde à la mère afin que les enfants puissent être inscrits à l’école. Le père voyait le séjour comme un [TRADUCTION] « échange étudiant » qui permettrait aux enfants de passer l’année scolaire 2013-2014 au Canada. Les deux enfants ont quitté l’Allemagne à destination du Canada avec leur mère en avril 2013, conformément à l’entente intervenue entre leurs parents.

[98] Le père a révoqué son consentement en mars 2014, soit cinq mois avant l’expiration de la période convenue. Il a ensuite engagé en Ontario une instance fondée sur la *Convention de La Haye*. Le déroulement de l’instance ontarienne a été retardé d’environ 10 mois tandis qu’il saisissait les tribunaux d’Allemagne, notamment d’une demande de garde (qui a été rejetée au motif que les tribunaux allemands n’avaient pas compétence pendant que les enfants vivaient au Canada), et d’une demande fondée sur la *Convention de La Haye* (dont il s’est finalement désisté à l’instigation des tribunaux allemands).

[99] Après le dénouement des procédures ontariennes, y compris les appels interjetés — la Cour d’appel ayant rétabli l’ordonnance de retour de la juge des requêtes —, les enfants sont rentrés en Allemagne en octobre 2016. Une procédure relative à la garde des enfants a été entreprise en Allemagne devant le tribunal de la famille, lequel a accordé la

live with their mother in April 2017. As the children now live in Canada under the exclusive custody of their mother, this appeal is moot. The Court agreed to hear this case to resolve the important question of how habitual residence should be determined in subsequent *Hague Convention* proceedings.

III. The Hague Convention

[100] The *Hague Convention* was adopted in response to the problem of international parental child abduction, which became a growing concern by the mid-1970s. It provides a mechanism for courts in one country to order the return of a child to another country where it finds that the child was wrongfully removed or retained. The concept of habitual residence is central to this framework.

[101] Article 12 of the *Convention* contains the return provision that authorizes a court to issue a return order. It states:

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child.

[102] Article 3 of the *Convention* defines the circumstances in which a removal or retention is

garde exclusive à la mère en décembre 2016. Les enfants sont revenus au Canada pour y vivre avec leur mère en avril 2017. Étant donné que les enfants vivent désormais au Canada et que leur mère s'est vu accorder leur garde exclusive, le présent pourvoi est théorique. La Cour a cependant accepté d'entendre l'affaire afin de statuer sur l'importante question concernant la démarche à suivre pour déterminer le lieu de la résidence habituelle dans une instance fondée sur la *Convention de La Haye*.

III. La Convention de La Haye

[100] La *Convention de La Haye* a été adoptée afin de contrer le problème de l'enlèvement international d'enfant par l'un des parents, un problème qui a pris de l'ampleur au milieu des années 1970. Elle prévoit un mécanisme qui permet au tribunal d'un pays d'ordonner le retour d'un enfant dans un autre pays lorsqu'il estime que l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement. La notion de résidence habituelle est au cœur de ce cadre d'analyse.

[101] L'article 12 de la *Convention*, qui porte sur le retour, autorise le tribunal à ordonner cette mesure. En voici le libellé :

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre État, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant.

[102] L'article 3 de la *Convention* précise les circonstances dans lesquelles le déplacement ou le

wrongful, thereby triggering the return mechanism in Article 12:

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

- (a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
- (b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph (a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

[103] Under these provisions, courts presented with return applications pursuant to Article 12 must perform a two-step analysis. The first step is to determine the child's habitual residence immediately before the wrongful removal or retention. If the child was removed from his or her habitual residence or retained in another country by one parent in breach of the other parent's custody rights, then that removal or retention is deemed to be wrongful under Article 3. This triggers the return provision in Article 12.

[104] The second step is to determine whether an exception to the return order applies, such that the child should not be returned to his or her habitual residence. Three articles of the *Convention* contain exceptions. First, Article 12 provides that if one year or more has passed since the date of the wrongful removal or retention, the court can consider whether the child "is now settled in its new environment", in which case the court has discretion to refuse to make the order. There is no dispute that this exception does not apply here because the father brought his application within one year of the alleged wrongful

non-retour est illicite, enclenchant ainsi le mécanisme de retour prévu à l'article 12 :

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

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

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

[103] Suivant ces dispositions, le tribunal saisi d'une demande de retour fondée sur l'article 12 doit se livrer à une analyse en deux étapes. La première consiste à déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite. Si l'enfant a été déplacé du lieu de sa résidence habituelle ou retenu dans un autre pays par l'un des parents en violation du droit de garde de l'autre, ce déplacement ou ce non-retour est réputé illicite suivant l'article 3, ce qui enclenche le mécanisme de retour prévu à l'article 12.

[104] À la deuxième étape, le tribunal se demande si une exception s'applique, de sorte que l'enfant ne devrait pas être renvoyé dans le lieu de sa résidence habituelle. Trois articles de la *Convention* prévoient des exceptions. Premièrement, l'article 12 dispose que lorsqu'un an ou plus s'est écoulé depuis le déplacement ou le non-retour illicite, le tribunal peut examiner si l'enfant « s'est intégré dans son nouveau milieu », auquel cas il a discrétion pour refuser d'ordonner le retour. Il n'est pas contesté que cette exception ne s'applique pas en l'espèce, car le père a présenté sa demande moins d'une année après le

retention — namely, following the expiration of his time-limited consent on August 15, 2014.

[105] Second, Article 13 provides that, notwithstanding Article 12, certain other exceptions may warrant a refusal of a return order. These exceptions are: where the parent left behind has consented to, or acquiesced in, the child's removal or retention; where there is a grave risk that return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation; or where the child objects to return and is of an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of his or her views.

[106] Finally, Article 20 provides a further exception where the child's return would not be permitted by the fundamental principles of the requested state relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.

[107] Any of these exceptions could apply only after a court has made an initial determination as to where the child was habitually resident at the time of the removal or retention. This approach is sensible: if the child was not habitually resident in the country to which the petitioner is seeking a return order, there is no need to consider whether any exception applies as no return order will be made.

[108] The central dispute in this appeal is at the first step of the analysis: deciding where the children are habitually resident under Article 3 (for purposes of determining whether to issue a return order under Article 12).

IV. Habitual Residence Under Article 3

[109] Three approaches have emerged in international jurisprudence for determining habitual residence, which the majority defines as follows: the *parental intention approach*, which “determines the habitual residence of a child by the intention of the parents with the right to determine where the child lives” (para. 40); the *child-centred approach*, which “determines a child's habitual residence

non-retour illicite allégué, soit après l'expiration de la durée de son consentement limité (le 15 août 2014).

[105] Deuxièmement, l'article 13 prévoit que, notwithstanding l'article 12, d'autres exceptions peuvent justifier le refus d'ordonner le retour. Ces exceptions sont les suivantes : le parent laissé derrière a consenti ou acquiescé au déplacement ou au non-retour de l'enfant; il existe un risque grave que le retour de l'enfant l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable; l'enfant s'oppose à son retour et a atteint un âge et une maturité où il est approprié de tenir compte de son opinion.

[106] Enfin, l'article 20 prévoit une exception dans le cas où le retour de l'enfant ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis relativement à la sauvegarde des droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

[107] Chacune de ces exceptions peut seulement s'appliquer après qu'une cour de justice a d'abord décidé où l'enfant avait sa résidence habituelle au moment du déplacement ou du non-retour. Cette démarche tombe sous le sens : si l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle dans le pays visé par la demande d'ordonnance de retour, point n'est besoin de se prononcer sur l'application d'une exception, car aucune ordonnance de retour ne sera rendue.

[108] Dans la présente affaire, la principale question en litige se pose à la première étape de l'analyse : où les enfants avaient-ils leur résidence habituelle pour les besoins de l'article 3 (afin de décider s'il y a lieu ou non d'ordonner le retour en vertu de l'article 12)?

IV. La résidence habituelle suivant l'article 3

[109] Trois approches se dégagent de la jurisprudence internationale quant à la détermination du lieu de la résidence habituelle, et les juges majoritaires les définissent comme suit : l'*approche fondée sur l'intention des parents*, qui « permet de déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant à partir de l'intention des parents habilités à décider du lieu où vit l'enfant » (par. 40); l'*approche axée sur l'enfant*,

under Article 3 by the child's acclimatization in a given country, rendering the intentions of the parents largely irrelevant" (para. 41); and the *hybrid approach*, in which the application judge "must look to all relevant considerations" in order to "determin[e] 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" (paras. 42-43).

[110] In our view, habitual residence should be ascertained via the parental intention approach. In applying this approach to most cases, the determination of habitual residence will turn on a straightforward question: where did the parents last mutually intend for the child to be habitually resident?⁴ Where the evidence allows the court to answer this question, the determination of habitual residence ends there. This approach focuses on the intentions of the parents as the key element in the analysis, not the strength of the relevant contacts between the child and the competing jurisdictions.

[111] The majority agrees that parental intent must play some role in the habitual residence analysis, at least in some subset of cases. By adopting the hybrid approach, however, the majority dilutes the importance of parental intent as the primary variable in favor of a multi-factor test. The result, in our respectful view, is an unprincipled and open-ended approach — untethered from the text, structure, and purpose of the *Convention* — that creates a recipe for litigation. In what follows, we set out the merits of the parental intention approach, assess the risks and weaknesses inherent in the hybrid approach, and apply the correct approach based on parental intention to determine habitual residence in this case.

⁴ Although we use the term "parents" as shorthand in the context of this case, the relevant inquiry focuses on the intentions of the persons with "the right to determine the child's place of residence" (*Hague Convention*, Article 5) — which may be, for example, a child's legal guardians rather than biological parents.

suyant laquelle « le lieu de la résidence habituelle est déterminé, pour l'application de l'article 3, en fonction de l'acclimatation de l'enfant dans le pays, de sorte que l'intention des parents n'importe pas vraiment » (par. 41); l'*approche hybride*, suivant laquelle le juge des requêtes doit « se penche[r] sur toutes les considérations pertinentes » afin de « détermine[r] 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 » (par. 42-43).

[110] À notre avis, c'est l'approche fondée sur l'intention des parents qui doit présider à la détermination du lieu de la résidence habituelle. Lorsque l'on applique cette approche dans la plupart des cas, la détermination du lieu de la résidence habituelle commande une question simple : quelle a été la dernière intention commune des parents quant au lieu où l'enfant aurait sa résidence habituelle⁴? Lorsque la preuve permet au tribunal de répondre à cette question, la détermination du lieu de la résidence habituelle s'arrête là. Suivant cette approche, l'intention des parents importe davantage que la solidité des liens pertinents entre l'enfant et chacun des pays concurrents.

[111] Les juges majoritaires conviennent que l'intention des parents doit jouer un certain rôle dans la détermination du lieu de la résidence habituelle, du moins dans certains cas. Cependant, en optant pour l'approche hybride, ils font de l'intention des parents un simple élément parmi d'autres. En tout respect, il en résulte une approche non raisonnée et non balisée qui ne prend appui ni sur le texte de la *Convention*, ni sur sa structure, ni sur son objet. À notre avis, cette approche constitue une recette parfaite pour entraîner des litiges. Ci-après, nous examinons les avantages de l'approche fondée sur l'intention des parents, nous examinons les risques et les faiblesses de l'approche hybride et nous appliquons la bonne approche, celle fondée sur l'intention des parents, pour déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants en l'espèce.

⁴ Même si, pour simplifier, nous employons le terme « parents » dans les présents motifs, l'analyse doit porter sur l'intention des personnes qui ont « le droit [...] de décider [du] lieu de résidence [de l'enfant] » (*Convention de La Haye*, article 5). Il peut par exemple s'agir des tuteurs légaux au lieu des parents biologiques.

A. *The Parental Intention Approach*

[112] The parental intention approach determines habitual residence with reference to the intentions of the child's custodial parents. The central focus of this inquiry, in most cases, will be the last mutually shared intent of the parents (or of the persons entitled to fix the child's residence) as to where the child was to be habitually resident. In the most common scenario, where a child has spent most of his or her life in one jurisdiction and then moves to another, a court must ascertain whether both parents intended for the new jurisdiction to become the child's habitual residence, or whether the intent was for the stay to be temporary. If only one parent intends for the move to be permanent, the prior jurisdiction remains the child's habitual residence. If both parents intend for the move to be permanent, and the child does subsequently move to the new jurisdiction, the child's habitual residence has changed.

[113] In looking to objective evidence of shared parental intent, courts should consider the expressed intentions of both parents. If the parents have agreed in writing that the move to the new jurisdiction is meant to be temporary, then that agreement should be given decisive weight. Beyond expressed intentions, however, courts may "look at actions as well as declarations" (*Koch v. Koch*, 450 F.3d 703 (7th Cir. 2006), at p. 715). For example, if a mother travels with her child to a new country, holding only a temporary visitor's visa and taking few of her belongings with her, such evidence would be probative of a lack of intent for the new jurisdiction to become child's habitual residence (see, e.g., *Delvoye v. Lee*, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003), at p. 334). Conversely, if a family takes all of their belongings with them and sells their home in the first jurisdiction, such evidence would tend to support the opposite conclusion. Evidence of this nature can offer insight where the parties' statements or expressed intentions do not point to a clear answer.

A. *L'approche fondée sur l'intention des parents*

[112] Suivant l'approche fondée sur l'intention des parents, le lieu de la résidence habituelle de l'enfant est déterminé en fonction de l'intention des parents qui en ont la garde. Dans la plupart des cas, le point central de l'analyse sera la dernière intention commune des parents (ou des personnes habilitées à décider du lieu de résidence de l'enfant) pour savoir où résidait habituellement l'enfant. Le plus souvent, lorsque l'enfant a passé la plus grande partie de sa vie dans un pays pour ensuite déménager dans un autre, le tribunal doit examiner si les deux parents ont voulu que le nouveau pays devienne le lieu de la résidence habituelle de l'enfant ou que le séjour soit temporaire. Si un seul des parents a voulu que le séjour soit permanent, le pays initial demeure le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Lorsque les deux parents ont voulu que le séjour soit permanent et que l'enfant a ensuite déménagé dans le nouveau pays, ce dernier est devenu le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

[113] Dans son examen de la preuve objective de l'intention commune des parents, le tribunal doit tenir compte de l'intention exprimée par les deux parents. Lorsque ces derniers ont convenu par écrit que le séjour dans le nouveau pays serait temporaire, cette entente doit se voir accorder un poids décisif. Cependant, au-delà des intentions exprimées, le tribunal peut [TRADUCTION] « examiner tant les actes que les déclarations » (*Koch c. Koch*, 450 F.3d 703 (7th Cir. 2006), p. 715). Par exemple, la preuve selon laquelle une mère s'est rendue à l'étranger avec son enfant munie d'un visa de visiteur temporaire en emportant seulement quelques effets personnels établirait l'absence d'intention que le nouveau pays devienne le lieu de la résidence habituelle de l'enfant (voir p. ex. *Delvoye c. Lee*, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003), p. 334). À l'inverse, la preuve selon laquelle une famille a emporté tous ses effets personnels et vendu sa maison dans le premier pays tendrait à étayer la conclusion contraire. De tels éléments de preuve peuvent se révéler éclairants lorsque les déclarations des parties ou les intentions qu'elles ont exprimées n'apportent pas de réponse claire.

[114] Where shared parental intent is made explicit in an agreement, or is otherwise clear from the evidence before the application judge, it should be determinative of habitual residence, absent exceptional circumstances. One such circumstance was raised by Sharpe J.A. in the court below: “. . . where a consensual time-limited stay is so long that it becomes time-limited in name only and the child’s habitual residence has changed” (C.A. reasons, at para. 49). In such cases, where a purportedly time-limited stay in a foreign jurisdiction has stretched on for many years, it may not be realistic to say that the parents still intend for the child to be habitually resident in the first jurisdiction (see *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), at pp. 1075-76).

[115] This accords with the approach of some American courts, which recognize a narrow exception for where the evidence “unequivocally points to the conclusion that the child has acclimatized to the new location” (*Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd Cir. 2005), at p. 134; see also *Mozes*, at p. 1081). Such cases are rare and require evidence of more than simply “settling in” to a new location in order for shared parental intent to be disregarded (see R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis* (2013), at p. 189, fn. 104).

[116] In most cases, evidence of parental intent — such as an explicit agreement between both custodial parents — will be sufficient to establish habitual residence. However, where evidence of shared parental intent is inconclusive, courts may then look to other objective evidence to determine the habitual residence of the child. This aligns with how other courts have applied the parental intention approach (see, e.g., *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), at p. 1152; *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, at para. 33). In *Murphy*, for example, the Ninth Circuit Court of Appeals found that where parental intent was not dispositive, “[c]ertain circumstances related to a child’s residence and socialization in another country . . . may change the calculus” (p. 1152). The point, however, is that courts may only look to additional evidence pertaining to the

[114] Lorsque l’intention commune des parents est formulée expressément dans un accord ou qu’elle ressort par ailleurs de la preuve dont dispose le juge des requêtes, cela devrait être déterminant quant au lieu de la résidence habituelle, sauf circonstances exceptionnelles. Le juge Sharpe de la Cour d’appel signale une telle circonstance : [TRADUCTION] « . . . lorsque le séjour consensuel d’une durée limitée est si long que sa durée n’est limitée que sur papier, le lieu de la résidence habituelle de l’enfant a changé » (motifs de la C.A., par. 49). En pareil cas, lorsque le séjour dans le pays étranger censé avoir une durée limitée s’est prolongé pendant de nombreuses années, il serait irréaliste de dire que les parents ont encore l’intention que l’enfant ait sa résidence habituelle dans le premier pays (voir *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), p. 1075-76).

[115] Telle est l’approche de certains tribunaux américains, qui reconnaissent une exception d’application restreinte lorsque la preuve [TRADUCTION] « mène de façon non équivoque à la conclusion que l’enfant s’est acclimaté au nouveau lieu » (*Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd Cir. 2005), p. 134; voir aussi *Mozes*, p. 1081). Ces cas sont rares, et il faut prouver plus que le seul fait de « s’être intégré » dans un nouveau milieu pour que l’intention commune des parents soit écartée (voir R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention : A Critical Analysis* (2013), p. 189, note 104).

[116] Le plus souvent, une preuve de l’intention des parents — tel un accord exprès entre les deux parents ayant la garde de l’enfant — suffira pour déterminer le lieu de la résidence habituelle. Toutefois, lorsque cette preuve n’est pas concluante, le tribunal peut examiner d’autres éléments de preuve objectifs pour déterminer ce lieu. Cette démarche s’accorde avec la manière dont d’autres tribunaux appliquent l’approche fondée sur l’intention des parents (voir p. ex. *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), p. 1152; *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, par. 33). Par exemple, dans *Murphy*, la cour d’appel du neuvième circuit conclut que lorsque l’intention des parents n’est pas concluante, [TRADUCTION] « [c]ertaines circonstances liées à la résidence de l’enfant et à sa socialisation dans un autre pays [. . .] peuvent changer la donne » (p. 1152).

child's contacts in each jurisdiction where evidence of parental intent is inconclusive. In other words, if the court can make a finding regarding the last shared intent of both custodial parents — which, as we have stated, will be the case in most situations — that shared intent must be the decisive variable in the habitual residence analysis.

[117] As the majority notes, “Canada is a party to the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (*‘Vienna Convention’*), which provides that ‘[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose’” (para. 32).

[118] We agree. In our view, the parental intention approach is mandated by (1) the ordinary meaning of the text and the structure of the *Convention*, (2) the object and purpose of the *Convention*, and finally (3) policy concerns. We consider each in turn.

(1) Text and Structure

[119] A focus on shared parental intent is dictated by the text and structure of the *Convention*. There are three strong indications that parental intent should be the decisive factor.

[120] First, Article 12 contains two distinct provisions depending on when a *Convention* proceeding is initiated. When proceedings have been commenced one year or more after the alleged wrongful removal or retention, a court need not order the child's return if “it is demonstrated that the child is now settled in its new environment”. Alternatively, when proceedings are commenced within one year, there is no such exception. In such cases, the *Convention* is clear: the court “shall order the return of the child forthwith”. The fact that Article 12 does not include a “settling in” provision for when a proceeding is initiated within one year is a strong indication that

Cependant, le tribunal examinera des éléments de preuve supplémentaires sur les liens de l'enfant dans chacun des pays seulement lorsque la preuve de l'intention des parents ne sera pas concluante. Autrement dit, si le tribunal peut tirer une conclusion quant à la dernière intention commune des deux parents ayant la garde de l'enfant — ce qui, rappelons-le, sera le cas la plupart du temps —, cette intention commune doit être la variable décisive dans l'analyse que commande la détermination de la résidence habituelle.

[117] Comme le font remarquer les juges majoritaires, « [l]e Canada est partie à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (*‘Convention de Vienne’*), qui prévoit qu’“[u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but” » (par. 32).

[118] Nous sommes d'accord. À notre avis, le recours à l'approche fondée sur l'intention des parents est dicté par (1) le sens ordinaire du texte et la structure de la *Convention*, (2) l'objet et la raison d'être de la *Convention* et, enfin, (3) des considérations de principe. Nous examinons ces éléments tour à tour.

(1) Texte et structure

[119] Le texte et la structure de la *Convention* commandent que l'on mette l'accent sur l'intention commune des parents. Trois indices sérieux permettent de conclure que l'intention des parents devrait constituer l'élément décisif.

[120] Premièrement, l'article 12 renferme deux dispositions distinctes dont l'application dépend du moment où est engagée la procédure fondée sur la *Convention*. Lorsque la procédure est commencée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite allégué, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner le retour s'il est « établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ». Par contre, lorsque la procédure est engagée dans un délai inférieur à un an, aucune exception de cette nature ne peut s'appliquer. Dans ce cas, la *Convention* est claire : le tribunal « ordonne [le] retour immédiat [de l'enfant] ». Le fait que l'article 12 ne contient aucune référence à

evidence of settling in should not play any role in the analysis of habitual residence.

[121] For this reason, the range of facts that may support a habitual residence determination under the parental intent approach is not completely open ended. In most cases, only evidence that is germane to the question of parental intent will be relevant. Given the structure of the *Convention*, it would not be proper to consider evidence that speaks to the strength or quality of the child's connections to each jurisdiction where evidence of shared parental intent is clear. Indeed, other objective evidence — including evidence of social or cultural integration — may be relevant to a determination of whether a child has “settled in” to his or her new environment. But as Article 12 makes clear, that analysis is only permitted where the proceeding is commenced one year or more after the alleged wrongful removal or retention. And, even then, it occurs only *after* the court reaches a determination as to the child's habitual residence.

[122] Second, the two-step analysis required by the *Convention* differentiates the concept of habitual residence (at stage one) from evidence regarding the child's circumstances (which pertain to some of the discretionary exceptions to a return order at stage two). Article 13 contains two exceptions that specifically focus on the circumstances of the child: whether there is a grave risk of harm if the child is returned, and whether a child objects to a return. Incorporating considerations of this nature into the preliminary determination of habitual residence would inappropriately collapse the steps of the analysis, as the intervenor the Attorney General of Canada observed in its submissions to the Court.

[123] Third, Article 5 provides that custody rights include “the right to determine the child's place of residence”. Thus, although the *Convention* does not

quelque « intégration » dans le cas où l'instance est engagée dans un délai inférieur à un an est une forte indication que la preuve de l'intégration ne devrait pas jouer dans l'analyse relative à la résidence habituelle.

[121] C'est pourquoi les faits susceptibles d'étayer la détermination du lieu de la résidence habituelle selon l'approche fondée sur l'intention des parents ne sont pas n'importe lesquels. Dans la plupart des cas, seuls les éléments de preuve relatifs à l'intention des parents seront pertinents. Étant donné la structure de la *Convention*, il serait inapproprié de prendre en compte des éléments de preuve se rapportant à la solidité ou à la qualité des liens de l'enfant avec chacun des pays lorsque la preuve établit clairement l'intention commune des parents. En effet, d'autres éléments de preuve objectifs, dont la preuve de l'intégration sociale ou culturelle, peuvent être pertinents pour décider si l'enfant « s'est intégré » dans son nouveau milieu. Mais comme l'indique clairement l'article 12, cette analyse ne peut avoir lieu que lorsque l'instance est engagée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite allégué. Et même alors, elle intervient seulement *après* que le tribunal a déterminé le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

[122] Deuxièmement, l'analyse en deux étapes que commande la *Convention* distingue la notion de résidence habituelle (qui fait l'objet de la première étape) de la preuve relative à la situation de l'enfant (qui est pertinente pour l'application de certaines des exceptions de nature discrétionnaire à la règle voulant que le retour soit ordonné, à la deuxième étape). L'article 13 prévoit deux exceptions qui intéressent précisément la situation de l'enfant : l'existence d'un risque grave que le retour de l'enfant l'expose à un danger et l'opposition de l'enfant à son retour. Tenir compte de tels éléments à l'étape préliminaire de la détermination du lieu de la résidence habituelle serait confondre à tort les deux étapes de l'analyse, comme le fait observer l'intervenant le procureur général du Canada dans ses observations à la Cour.

[123] Troisièmement, l'article 5 précise que le droit de garde comprend « le droit [. . .] de décider [du] lieu de résidence [de l'enfant] ». Ainsi, bien

directly define habitual residence, it at least envisions that parents, by virtue of their custody rights, must have some influence over where their child is deemed to be habitually resident. The majority's approach minimizes the rights provided for in Article 5 by equivocating as to the role that parental intent should play in determining habitual residence.

(2) Purpose

[124] The clear purpose of the *Convention* also supports an approach based on parental intention. This Court identified the purpose of the *Convention* in *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at p. 579: "It is clear . . . that the primary object of the Convention is the enforcement of custody rights" (emphasis in original). This is evident from the *Convention* itself. Article 1 states that its objects are "to secure the prompt return of children" who are wrongfully removed or retained, and "to ensure that rights of custody and of access" are respected across international borders. These objects operate harmoniously: ensuring the prompt return of children who are wrongfully removed is the essential means by which rights of custody and access are respected and protected.

[125] The object of a legal proceeding under the *Convention* is not to determine whether an order returning the child to another country, or residing with a particular parent, is in the child's best interests. This follows from Article 16, which states that a court "shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention". Subject to the specific exceptions to return in Article 13, custody proceedings, not *Convention* proceedings, are the appropriate forum for this analysis. The *Hague Convention* can be seen as addressing a more preliminary question: in which jurisdiction should a custody determination be made? In the context of this case, for example, custody proceedings took place in Germany after it was determined that the children should be returned to their habitual residence. This is how the system is intended to work. It is in those

que la *Convention* ne définit pas directement la résidence habituelle, elle prévoit à tout le moins que les parents, en raison de leur droit de garde, doivent avoir une certaine influence sur la détermination du lieu où leur enfant est réputé avoir sa résidence habituelle. Les juges majoritaires minimisent l'importance des droits reconnus à l'article 5 en traitant de façon équivoque le rôle de l'intention des parents dans la détermination du lieu de la résidence habituelle.

(2) Objet

[124] L'objet manifeste de la *Convention* milite également en faveur de l'approche fondée sur l'intention des parents. Dans l'arrêt *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 579, la Cour précise cet objet : « Il ressort [. . .] que l'objectif principal de la Convention est l'exécution du droit de garde » (souligné dans l'original). Cet objectif ressort du texte de la *Convention* comme tel. L'article 1 dit que la raison d'être de celle-ci est « d'assurer le retour immédiat des enfants » déplacés ou retenus illicitement et « de faire respecter [. . .] les droits de garde et de visite » dans tous les États signataires. Ces objets ont un lien étroit entre eux : assurer le retour immédiat des enfants qui sont déplacés illicitement est essentiel au respect et à la protection des droits de garde et de visite.

[125] L'objet d'une procédure judiciaire engagée en vertu de la *Convention* n'est pas de décider s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'ordonner son retour dans un autre pays ou d'ordonner qu'il réside avec l'un ou l'autre parent. Cela découle de l'article 16, qui énonce que le tribunal « ne pourr[a] statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies ». Sous réserve des exceptions au retour prévues à l'article 13, c'est dans le cadre de l'instance sur la garde, et non de celle fondée sur la *Convention*, qu'il convient de se pencher sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant. On peut considérer que la *Convention de La Haye* s'intéresse à une question plus préliminaire : dans quel pays devrait-on statuer sur la garde? Dans la présente affaire, par exemple, une procédure relative à la garde a été engagée en

subsequent proceedings, not in the initial *Hague Convention* application, that a court is entitled (and in the best position) to assess the individual child's best interests with respect to custody.

[126] This is not to suggest that the interests of children are irrelevant to the *Convention*. Rather, as La Forest J. discussed in *Thomson*, the *Convention* is concerned with the interests of children generally, “not the interest of the particular child before the court” (p. 578). It advances the interests of children generally by ensuring their prompt return in cases where they are removed from their habitual residence, thus discouraging parental abductions in the first instance. The concept of habitual residence must be interpreted in light of these principles.

[127] If respect for custody rights is the guiding purpose of the *Convention*, as the majority at least partially acknowledges (at para. 24), it follows that parental intent should be a central focus — if not the presumptively determinative focus — in assessing habitual residence. This case, in which the father granted a time-limited consent for his children to live in another country, offers a prime example of why this must be so. If the children's habitual residence changed to Canada notwithstanding the fact that the father did not consent to them living here on a permanent basis, his custody rights would be effectively disregarded. Examining habitual residence from the perspective of the parents' last shared mutual intent protects rights of custody and access because it prevents one parent from unilaterally changing a child's habitual residence and thereby preventing the child's return to the left-behind parent.

(3) Policy

[128] Finally, policy reasons support the parental intention approach as well. This approach to habitual

Allemagne après qu'il eut été décidé que les enfants devaient être renvoyés dans le pays où ils avaient leur résidence habituelle. C'est ainsi que le système est censé fonctionner. C'est dans le cadre de cette procédure subséquente, et non dans celui de la demande initiale fondée sur la *Convention de La Haye*, que le tribunal peut se pencher (et qu'il est le mieux placé pour le faire) sur l'intérêt supérieur de l'enfant en vue de statuer sur sa garde.

[126] Il ne s'en suit pas pour autant que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a aucune pertinence dans l'application de la *Convention*. Au contraire, comme l'explique le juge La Forest dans *Thomson*, la *Convention* se soucie de l'intérêt supérieur de l'enfant *en général*, « et non de [celui] de l'enfant qui est devant le tribunal » (p. 578). Elle défend cet intérêt de façon générale en assurant le retour immédiat de l'enfant qui a été déplacé du lieu où il a sa résidence habituelle, décourageant ainsi dès le départ l'enlèvement de l'enfant par l'un de ses parents. La notion de résidence habituelle doit être interprétée à la lumière de ces principes.

[127] Si, comme le reconnaissent les juges majoritaires, du moins en partie (par. 24), l'objet premier de la *Convention* est de faire respecter le droit de garde, l'intention des parents devrait être centrale, voire tenue pour décisive, dans la détermination du lieu de la résidence habituelle. La présente affaire, où le père a consenti à un séjour d'une durée limitée des enfants dans un autre pays, démontre parfaitement qu'il doit en être ainsi. Si le lieu de la résidence habituelle des enfants devait changer pour devenir le Canada même si le père n'a pas consenti à ce qu'ils y vivent de façon permanente, son droit de garde serait de fait bafoué. Se prononcer sur la résidence habituelle en fonction de la dernière intention commune des parents protège les droits de garde et de visite, car cela empêche l'un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l'enfant et de faire ainsi obstacle au retour de l'enfant chez le parent laissé derrière.

(3) Considérations de principe

[128] Enfin, des considérations de principe militent également en faveur de l'approche fondée sur

residence creates comparatively clear and certain law: absent shared parental intent, neither parent has anything to gain by abducting a child (or retaining a child after the expiration of a time-limited consent) because the child's habitual residence will remain the original country, absent exceptional circumstances. Nor does an abducting parent have anything to gain by drawing out the legal proceedings in the hopes that the child will develop deeper connections to the second jurisdiction. Therefore, the parental intent approach best aligns with the *Convention's* purposes by protecting custody rights and deterring abductions that may result from any approach that permits, or even facilitates, unilateral changes to habitual residence.

[129] Moreover, by making evidence of shared intentions presumptively determinative (especially where there is a written agreement), the parental intent approach creates a strong incentive for parties to create a record of their intentions, which would reduce subsequent litigation and needless appellate review. In this case, for example, the Divisional Court — had it adopted the approach we propose — would have been bound by the written agreement and would have quickly upheld the return order without the delay of relitigating and reweighing the evidence. The case would have been resolved expeditiously and the children would have been returned to Germany more quickly — an outcome that would have benefitted all parties.

B. *The Hybrid Approach*

[130] According to the majority, the hybrid approach requires judges to look “to all relevant considerations arising from the facts of the case at hand”, and therefore “the list of potentially relevant factors is not closed” (paras. 42 and 47). By incorporating other factors that could supplant parental intent into the determination of habitual residence — which effectively permits one parent to unilaterally change a child's habitual residence without the other parent's consent *even in the face of an express agreement* — the majority's hybrid approach blurs the

l'intention des parents. Adopter cette approche pour déterminer le lieu de la résidence habituelle crée un droit clair et certain comparativement aux autres approches. En l'absence d'une intention commune, aucun des parents n'a intérêt à enlever l'enfant (ou à le retenir au terme du séjour d'une durée limitée auquel l'autre a consenti) parce que le lieu de la résidence habituelle de l'enfant demeure le pays d'origine, sauf circonstances exceptionnelles. Le parent ravisseur n'a pas intérêt non plus à faire traîner le débat judiciaire dans l'espoir que l'enfant consolide ses liens avec le second pays. Par conséquent, l'approche fondée sur l'intention des parents est celle qui se concilie le mieux avec les objectifs de la *Convention* en ce qu'elle protège le droit de garde et décourage les enlèvements susceptibles de résulter d'une approche qui permet ou, encore, facilite la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle.

[129] En outre, en supposant que la preuve de l'intention commune est décisive (surtout lorsqu'il y a accord écrit), l'approche fondée sur l'intention des parents incite fortement les parties à consigner leurs intentions par écrit afin de réduire le risque de litiges subséquents et d'appels inutiles. Dans la présente affaire, par exemple, si elle avait adopté l'approche que nous préconisons, la Cour divisionnaire aurait été liée par l'accord écrit et aurait rapidement confirmé l'ordonnance de retour sans que la réouverture du débat et le réexamen de la preuve ne viennent retarder sa décision. Le dossier aurait été réglé rapidement, et les enfants seraient rentrés en Allemagne plus rapidement, ce qui aurait bénéficié à toutes les parties.

B. *L'approche hybride*

[130] Selon les juges majoritaires, l'approche hybride veut que le tribunal se penche sur « toutes les considérations pertinentes au vu des faits propres à l'affaire », de sorte que « la liste des éléments susceptibles d'être pertinents n'est pas exhaustive » (par. 42 et 47). En tenant compte d'autres éléments susceptibles de supplanter l'intention des parents dans la détermination du lieu de la résidence habituelle — ce qui permet de fait à l'un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l'enfant sans le consentement de l'autre *même en*

distinction between custody adjudications and *Hague Convention* applications and undermines the *Convention's* goals. We cannot escape the conclusion that the majority's approach is, in substance, a determination of who should be awarded custody.

[131] Assessing this approach in light of (1) the text and structure of the *Convention*, (2) the purpose of the *Convention*, and (3) policy concerns, we conclude that the majority's reasons bring about unnecessary confusion in the determination of habitual residence and undermine the certainty that the *Convention* seeks to create.

(1) Text and Structure

[132] First, the hybrid approach is inconsistent with the text of the *Convention*. By inviting courts to consider an open list of unspecified factors that any individual judge deems to be relevant, the majority ignores the explicit distinction made by Article 12 of the *Convention*. As we have discussed, that provision clearly distinguishes the evidence that may be considered for applications brought within one year of the wrongful removal or retention, from that which may be considered for applications brought on or after that time. The hybrid approach renders this express textual distinction meaningless by encouraging courts in *all cases* to consider evidence of “settling in”.

[133] For example, any assessment of the child's family and social connections in each country undoubtedly requires courts to look to whether a child has settled in to the new country, irrespective of whether the proceedings were initiated within one year of the removal or retention. So too is the case with other factors the majority alludes to and that are typically considered by other courts applying the hybrid approach — conditions of the stay (*Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358, at para. 56), the location of friends and social networks (*Punter v.*

présence d'un accord exprès —, l'approche hybride proposée par les juges majoritaires brouille la distinction entre l'instance relative à la garde et celle fondée sur la *Convention de La Haye* et elle compromet la réalisation des objectifs de la *Convention*. Force est de conclure que l'approche des juges majoritaires revient essentiellement à décider lequel des parents devrait se voir attribuer la garde.

[131] Après examen de cette approche à la lumière (1) du texte et de la structure de la *Convention*, (2) de l'objet de la *Convention* et (3) des considérations de principe qui la sous-tendent, nous concluons que l'opinion des juges majoritaires sème inutilement la confusion lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu de la résidence habituelle et nuit à la certitude voulue par la *Convention*.

(1) Texte et structure

[132] Premièrement, l'approche hybride est incompatible avec le texte de la *Convention*. En invitant les cours de justice à prendre en considération une liste non exhaustive de facteurs non précisés, selon ce que chaque juge trouve pertinent, les juges majoritaires ignorent la distinction établie explicitement à l'article 12 de la *Convention*. Tel que mentionné précédemment, cette disposition établit une distinction nette entre la preuve qui peut être examinée dans le cadre d'une demande présentée moins d'un an après le déplacement ou le non-retour illicite et celle qui peut être examinée dans le cadre d'une demande présentée après ce délai. L'approche hybride enlève tout sens à cette distinction textuelle expresse en encourageant les tribunaux à tenir compte dans *tous les cas* de la preuve de quelque « intégration ».

[133] Par exemple, l'évaluation des liens familiaux et sociaux de l'enfant dans chacun des pays oblige indubitablement le tribunal à se demander si l'enfant s'est intégré dans le nouveau pays, indépendamment de la question de savoir si l'instance a été engagée moins d'un an après le déplacement ou le non-retour. Il en va de même pour les autres facteurs auxquels les juges majoritaires font allusion et dont tiennent habituellement compte les autres tribunaux qui appliquent l'approche hybride, à savoir les conditions du séjour (*Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010]

Secretary for Justice, [2007] 1 N.Z.L.R. 40 (C.A.), at para. 192), the child's living and schooling arrangements (*Punter*, at para. 88), and the geographic and family origins of the parents and the child (*Punter*, at para. 88; *Mercredi*, at para. 56). These factors may all require evidence of whether and to what extent a child is settled into his or her new environment. This development is not faithful to the text of the *Convention*.

[134] For these same reasons, the hybrid approach blurs the distinction between habitual residence and the exceptions to a return order. It does so by incorporating aspects of the child's circumstances into the first stage of the analysis rather than respecting the disjunctive two-step process established by the *Convention's* structure. It also creates a significant risk that *Convention* proceedings will functionally devolve into custody proceedings by focusing the analysis on the child's individual connections to each jurisdiction — in effect, by asking the court to consider whether the child would be better off in one country rather than the other. This belies the notion that the *Convention* is concerned with the best interests of children generally rather than the interests of the specific child before the court (*Thomson*, at p. 578), and that *Convention* proceedings should not be concerned with the merits of custody disputes (Article 16).

(2) Purpose

[135] Second, the hybrid approach undermines the primary purpose of the *Convention*: deterring abductions by enforcing parental rights of custody and access. It does so by effectively stripping the *Convention* of its deterrent effect. Given that parental intent can be outweighed or undercut by the connections a child develops to the new jurisdiction, an abducting parent — in the most common case, a parent who refuses to return a child after a period of consent expires — stands to benefit by quickly establishing roots in a new home (*Mozes*, at p. 1079). In other words, the uncertainty generated by this

E.C.R. I-14358, par. 56), [TRANSLATION] l'endroit où se trouvent les amis et les membres du réseau social (*Punter c. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40 (C.A.), par. 192), les modalités relatives au logement de l'enfant et à son éducation (*Punter*, par. 88) et les origines géographiques et familiales des parents et de l'enfant (*Punter*, par. 88; *Mercredi*, par. 56). Ces facteurs peuvent tous requérir une preuve quant à savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure, l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. Cette tournure n'est pas fidèle au texte de la *Convention*.

[134] Pour les mêmes motifs, l'approche hybride brouille la distinction entre la résidence habituelle et les exceptions à la règle selon laquelle le retour doit être ordonné. Elle produit ce résultat parce qu'elle tient compte de certains aspects de la situation de l'enfant à la première étape de l'analyse au lieu de respecter le caractère disjonctif de la démarche en deux étapes que commande la structure de la *Convention*. Cette approche crée également un risque important que l'instance fondée sur la *Convention* se transforme *de facto* en instance sur la garde du fait qu'elle s'attache aux liens de l'enfant avec chacun des pays et se trouve ainsi à demander au tribunal de se pencher sur la question de savoir si l'enfant serait mieux dans un pays que dans l'autre. Cela contredit le principe que la *Convention* se soucie de l'intérêt supérieur de l'enfant en général, et non de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est devant le tribunal (*Thomson*, p. 578), et que le tribunal saisi d'une instance fondée sur la *Convention* ne devrait pas s'intéresser au fond d'un litige sur la garde (article 16).

(2) Objet

[135] Deuxièmement, l'approche hybride mine la réalisation de l'objet principal de la *Convention*, soit décourager l'enlèvement d'enfants en veillant à l'exécution du droit de garde et du droit de visite des parents. Elle prive en effet la *Convention* de son effet dissuasif. Étant donné que l'intention des parents peut être évincée ou voir son importance réduite en raison des liens de l'enfant dans le nouveau pays, un parent ravisseur — la plupart du temps, celui qui refuse de rendre l'enfant au terme d'une période convenue — a tout à gagner de l'acclimatation rapide dans un nouveau lieu (*Mozes*, p. 1079). Autrement

ad hoc approach benefits would-be abductors. This unhappy consequence is most glaring when one considers that, by marshalling sufficient evidence “of all relevant factors”, an abducting parent can now effectively vitiate an express agreement regarding the time-limited nature of the child’s stay in the foreign jurisdiction.

[136] In light of this concern, even courts that apply the hybrid or child-centred approaches have recognized the need to “ensure that neither parent is acting unilaterally to alter a joint understanding reached by the parents” (*Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), at p. 292; see also *Punter*, at para. 173; *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995), at p. 221). Thus, courts applying the hybrid approach often afford considerable weight to parental intent — suggesting, for example, that a child’s new residence must exhibit the “necessary quality of stability” before shared intent can be set aside (*In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, at para. 21).

[137] Unfortunately, the majority disregards the weight of this international jurisprudence (a factor it otherwise finds dispositive in adopting the hybrid approach) by rejecting any concerns about unilateral changes to habitual residence and declining to express a view on the relative importance of parental intent (paras. 44-46). The fact that the hybrid approach is “unencumbered with rigid rules” is cold comfort for left-behind parents whose custody rights can now be disregarded by a judge-made doctrine that permits an abducting parent to unilaterally alter mutually agreed-upon living arrangements.

(3) Policy

[138] Finally, the majority advances three principal policy arguments in favor of its position. With respect, we are of the view that the majority overstates

dit, l’incertitude engendrée par cette approche *ad hoc* profite au ravisseur en puissance. Cette fâcheuse conséquence est encore plus évidente lorsque l’on considère qu’un parent ravisseur, en rassemblant suffisamment d’éléments de preuve à l’égard de « tous les éléments pertinents », peut alors réduire à néant une entente expresse quant à la durée limitée du séjour de l’enfant dans le pays étranger.

[136] À la lumière de cette préoccupation, même les tribunaux qui appliquent l’approche hybride ou l’approche axée sur l’enfant reconnaissent la nécessité de [TRADUCTION] « veiller à ce qu’aucun des parents ne modifie unilatéralement l’accord mutuel intervenu » (*Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), p. 292; voir aussi *Punter*, par. 173; *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995), p. 221). Les tribunaux qui appliquent l’approche hybride accordent donc souvent un poids considérable à l’intention des parents, suggérant par exemple que la nouvelle résidence habituelle d’un enfant doit présenter le [TRADUCTION] « degré voulu de stabilité » pour que l’intention des parents puisse être écartée (*In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, par. 21).

[137] Malheureusement, les juges majoritaires ignorent le poids de cette jurisprudence internationale (un facteur qu’ils jugent par ailleurs décisif en adoptant l’approche hybride) par leur rejet de toute préoccupation liée à la modification unilatérale de la résidence habituelle et par leur refus de se prononcer sur l’importance relative de l’intention des parents (par. 44-46). Le fait que l’approche hybride est « affranchie de l’application rigide de règles » est bien peu rassurant pour le parent laissé derrière dont le droit de garde peut dès lors être écarté par une doctrine jurisprudentielle qui permet au parent ravisseur de modifier unilatéralement l’accord conclu avec l’autre parent quant aux modalités du séjour de l’enfant.

(3) Considérations de principe

[138] Enfin, les juges majoritaires avancent principalement trois arguments de principe à l’appui de leur thèse. En tout respect, nous estimons qu’ils

these arguments, and that a focus on shared parental intent is preferable on policy grounds as well.

[139] The first policy argument proposed by the majority is that the hybrid approach has been adopted by other courts, which points to an emerging international consensus (para. 50). In our view, this factor should not be afforded significant weight since, as we have described, the hybrid approach stems from an improper analysis of the *Convention's* text, structure, and purpose.

[140] There is also strong jurisprudential support for the parental intent model. As the majority acknowledges, a number of leading courts — including nearly every appellate court in this country to have considered the issue — have adopted and reaffirmed approaches to habitual residence that emphasize the primacy of parental intent to varying degrees (see, e.g., *Murphy*, at p. 1150; *Mozes*, at pp. 1073-80; *Gitter*, at p. 134; *Mauvais v. Herisse*, 772 F.3d 6 (1st Cir. 2014), at pp. 11-12; *Guzzo v. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2nd Cir. 2013), at pp. 107-9; *Larbie v. Larbie*, 690 F.3d 295 (5th Cir. 2012), at p. 310; *Koch*, at p. 717; *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), at pp. 1253-54; *R. v. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (Ont. C.A.), at para. 8; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, at para. 2; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, at paras. 20 and 23). This is especially true in the United States, where relatively few (if any) jurisdictions have adopted a hybrid model in which no guidance is offered to lower courts as to how the various factors should be weighed or analyzed. Indeed, some of the American cases that the majority cite apply an approach that is entirely different than the one the majority adopts in its own reasons (see, e.g., *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), at p. 898 (“The [lower] court should have determined the degree of settled purpose from the children’s perspective . . .”); *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd Cir. 2007), at p. 271 (“We have defined habitual residence as ‘[focusing on the] degree of settled purpose from the child’s perspective’”), quoting

surestiment ces arguments et qu’il est préférable, également pour des raisons de principe, de s’attacher à l’intention commune des parents.

[139] Le premier argument de principe invoqué par les juges majoritaires veut que d’autres tribunaux souscrivent à l’approche hybride, ce qui permettrait de conclure qu’un consensus se dessine à l’échelle internationale (par. 50). À notre avis, on ne saurait accorder beaucoup de poids à ce facteur car, rappelons-le, l’approche hybride découle d’une analyse erronée du texte, de la structure et de l’objet de la *Convention*.

[140] Un fort courant jurisprudentiel appuie par ailleurs le modèle fondé sur l’intention des parents. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, un certain nombre de tribunaux principaux, y compris la quasi-totalité des cours d’appel du pays qui ont été saisies de la question, ont opté et optent encore pour une approche de la résidence habituelle qui met l’accent à différents degrés sur l’intention des parents (voir p. ex. *Murphy*, p. 1150; *Mozes*, p. 1073-1080; *Gitter*, p. 134; *Mauvais c. Herisse*, 772 F.3d 6 (1st Cir. 2014), p. 11-12; *Guzzo c. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2nd Cir. 2013), p. 107-109; *Larbie c. Larbie*, 690 F.3d 295 (5th Cir. 2012), p. 310; *Koch*, p. 717; *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), p. 1253-1254; *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309 (H.L.); *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (C.A. Ont.), par. 8; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, par. 2; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, par. 20 et 23). Tel est spécialement le cas aux États-Unis, où relativement peu de tribunaux (s’il en est) ont adopté un modèle hybride qui n’offre aux juridictions inférieures aucune indication quant à la manière de soupeser ou d’analyser les différents facteurs. En fait, certaines des décisions américaines invoquées par les juges majoritaires appliquent une approche totalement différente de celle que ces derniers invoquent à l’appui de leur thèse (voir p. ex. *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), p. 898 : [TRADUCTION] « Le tribunal [inférieur] aurait dû déterminer la mesure dans laquelle le dessein était arrêté du point de vue des enfants . . . »; *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd

Baxter v. Baxter, 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005), at p. 368).

[141] Furthermore, much of the international jurisprudence cited by the majority does not speak to situations where *evidence of parental intent was clear*. Rather, the cases cited involve situations where, *faced with inconclusive or ambiguous evidence about parental intent*, the court was required to consider other objective evidence in the determination of habitual residence.

[142] In *Punter*, for example, the parents agreed to a shuttle agreement, where the children were to spend two years in New Zealand, followed by two years in Australia. The ongoing nature of a shuttle agreement made the intent of the parents as to the habitual residence of the children more difficult to ascertain (para. 169). This lack of clarity is what led the court to consider other factors.

[143] Similarly, in *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, evidence of parental intent was found to be “ambiguous” (para. 29). In fact, the court’s principal rationale for not giving the parents’ intention controlling weight in their analytical framework was that intention is often ambiguous (paras. 28 and 32). The case is silent on what role the parents’ intent should play where the application judge finds that it is clear.

[144] In *Mercredi*, I-14358, the mother had sole custody of the child when she moved the child from England to Réunion (para. 23). Unlike the present case, the father had no rights of custody. That case therefore offers no guidance on how to approach a case where the shared and settled intention of the parents, both of whom have some parental rights, is clear.

Cir. 2007), p. 271 : [TRADUCTION] « Nous avons défini la résidence habituelle en “[fonction de] la mesure dans laquelle le dessein était arrêté du point de vue de l’enfant” », citant *Baxter c. Baxter*, 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005), p. 368).

[141] En outre, la plus grande partie de la jurisprudence internationale invoquée par les juges majoritaires ne se rapporte aucunement à une situation où *la preuve établit clairement l’intention des parents*. Cette jurisprudence vise plutôt des situations où, *saisi d’une preuve non concluante ou équivoque de l’intention des parents*, le tribunal a dû examiner des éléments de preuve objectifs pour établir le lieu de la résidence habituelle.

[142] Dans *Punter*, par exemple, les parents avaient conclu un accord d’alternance selon lequel les enfants habiteraient deux ans en Nouvelle-Zélande, puis deux ans en Australie. Vu le caractère continu de l’application d’un accord d’alternance, il était plus difficile de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants (par. 169), de sorte que l’incertitude du tribunal l’a amené à considérer d’autres facteurs.

[143] De même, dans *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, la preuve de l’intention des parents est jugée [TRADUCTION] « équivoque » (par. 29). En fait, la principale raison pour laquelle la cour juge l’intention des parents non décisive est que celle-ci est souvent équivoque (par. 28 et 32). Il n’est pas précisé dans cet arrêt l’importance que devrait revêtir cette intention lorsque le juge des requêtes conclut qu’elle est claire.

[144] Dans l’affaire *Mercredi*, I-14358, la mère avait la garde exclusive de l’enfant lorsqu’elle a quitté l’Angleterre en sa compagnie à destination de l’île de la Réunion (par. 23). Contrairement aux faits de la présente espèce, le père n’avait pas de droit de garde. Par conséquent, cette décision n’offre aucune indication utile pour statuer lorsque l’intention commune et arrêtée des parents, qui ont tous deux un droit de garde, est claire.

[145] Thus, the international jurisprudence cited by the majority does not foreclose the possibility of assigning controlling weight to parental intent where the court finds that evidence of shared parental intent is clear.

[146] The second policy argument is that the hybrid approach comports with the *Convention's* purposes (majority reasons, at paras. 59-61). With respect, we disagree. As we have explained, the hybrid approach permits one parent to unilaterally change a child's habitual residence, which undercuts custody rights and encourages parents to remove or retain children if they are able to quickly develop ties to the new jurisdiction. The suggestion that parents will be deterred from creating "legal and jurisdictional links which are more or less artificial" (para. 60) begs the question of what constitutes an "artificial" link and how a judge would distinguish such links from genuine connections. More importantly, it ignores the fact that a child could develop genuine links to a new jurisdiction following a wrongful removal or retention. The very fact that such connections would, under the majority's approach, counsel in favor of a change in habitual residence is what encourages (or at minimum, rewards) abductions and retentions — all at the expense of the left-behind parent's custodial rights. It is rather the certainty generated by the parental intent approach that prevents such manipulation and best advances the *Convention's* goals.

[147] The third argument is that the hybrid approach "offers the best hope of *prompt* return of the child" (majority reasons, at para. 62 (emphasis in original)). Again, with respect, this hope is deeply misguided, as concerns about practical efficacy cut strongly in favor of adopting the parental intent approach.

[148] It is important to recognize that *any* approach to habitual residence will involve some difficult cases where judges are called upon to make tough

[145] Ainsi, la jurisprudence internationale citée par les juges majoritaires n'exclut pas la possibilité d'attribuer un poids décisif à l'intention des parents lorsque le tribunal conclut que la preuve de l'intention commune des parents est claire.

[146] Le deuxième argument de principe avancé est que l'approche hybride se concilie avec les objectifs de la *Convention* (opinion majoritaire, par. 59-61). En tout respect, nous ne sommes pas d'accord. Comme nous l'expliquons précédemment, l'approche hybride permet à l'un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l'enfant, ce qui sape le droit de garde et incite le parent à déplacer ou à retenir l'enfant dans la mesure où ce dernier peut établir rapidement des liens avec le nouveau pays. La suggestion selon laquelle un parent sera dissuadé de créer « des liens plus ou moins artificiels de compétence judiciaire » (par. 60) soulève la question de savoir ce qui constitue un lien « artificiel » et comment le tribunal pourrait le distinguer d'un lien véritable. Mais surtout, elle ne tient pas compte du fait que l'enfant pourrait établir des liens véritables avec le nouveau pays à la suite d'un déplacement ou d'un non-retour illicite. Le fait même que ces liens pourront, suivant l'approche adoptée par les juges majoritaires, militer en faveur de la modification du lieu de la résidence habituelle encourage (ou, à tout le moins, récompense) l'enlèvement et le non-retour, et ce, au détriment du droit de garde du parent laissé derrière. C'est plutôt la certitude assurée par l'approche fondée sur l'intention des parents qui est de nature à empêcher pareille manipulation de la *Convention* et qui favorise le plus la réalisation de ses objectifs.

[147] Selon le troisième argument, l'approche hybride « offre [. . .] la meilleure chance d'obtenir le retour *immédiat* de l'enfant » (opinion majoritaire, par. 62 (en italique dans l'original)). Encore une fois, avec respect, cet argument est foncièrement non fondé, car les considérations liées à l'efficacité de facto militent fermement en faveur de l'approche fondée sur l'intention des parents.

[148] Il importe de reconnaître que *toute* approche adoptée pour déterminer le lieu de la résidence habituelle se heurtera à certaines situations épineuses où

decisions. But under the parental intent approach, there are many cases that are straightforward. Where there is unambiguous evidence of what the parents intended, the parental intent model offers a clear and predictable answer to the question of habitual residence. This is one such case: the father executed a short, time-limited consent, and there was no dispute that the last mutually shared intention was that the children were habitually resident in Germany. Moreover, if the parental intent approach was to be adopted moving forward, there would be even stronger incentives for parties to expressly specify their intentions upfront (as the father did here) because those intentions would be afforded presumptively determinative weight.

[149] By adopting the hybrid model, the majority offers parties an invitation to litigate even in clear cases like this one — because even in the face of unambiguous and binding agreements, there is always the possibility that evidence of other factors can outweigh parental intent. (It is not entirely clear when or how, under the majority's analysis; but all the more reason to try.) The scope of this litigation will be broad: the majority instructs judges to look at “all relevant factors” because “the list . . . is not closed” (paras. 65 and 47). The end result will be expensive and prolonged litigation in which parties are encouraged to seek discovery into everything from school and medical records to tax returns and credit card statements. All the while, the child continues to develop connections to the new jurisdiction that might, on some accounts, bolster the argument that his or her habitual residence has changed. This is a far cry from the prompt and fair decisions that the majority envisions.

[150] Even in the subset of cases where shared parental intent is not immediately apparent, it is far from clear that the hybrid approach is superior. This is because there are still strong incentives for the parties to litigate the issue of intent (as well as

le tribunal saisi devra rendre une décision difficile. Mais si l'on recourt à l'approche fondée sur l'intention des parents, de nombreuses affaires se révèlent simples. En présence d'une preuve non équivoque de ce que les parents ont voulu, le modèle fondé sur l'intention des parents apporte une réponse claire et prévisible à la question du lieu de la résidence habituelle. C'est le cas en l'espèce. Le père a signé une courte lettre dans laquelle il consent à un séjour d'une durée limitée, et nul ne conteste que la dernière intention commune des parents était que les enfants aient leur résidence habituelle en Allemagne. De plus, si l'approche fondée sur l'intention des parents devait désormais s'appliquer, les parties seraient encore plus incitées à consigner leurs intentions par écrit dès le départ (comme l'a fait le père en l'espèce), car l'importance de ces intentions serait tenue pour décisive.

[149] En optant pour l'approche hybride, les juges majoritaires invitent les parties à saisir la justice même dans des cas clairs comme celui visé en l'espèce, car malgré la présence d'un accord non équivoque ayant force obligatoire, il sera toujours possible que la preuve d'autres facteurs l'emporte sur celle de l'intention des parents (l'opinion majoritaire ne précise pas à quelles conditions ni selon quelles modalités, mais raison de plus pour tenter sa chance). La portée du débat sera grande, les juges majoritaires enjoignant au tribunal de prendre en compte « tous les éléments pertinents » parce que « la liste [. . .] n'est pas exhaustive » (par. 65 et 47). Il en résultera de longs et coûteux litiges où les parties seront incitées à demander la communication de toutes sortes de documents, allant des dossiers scolaires et médicaux aux déclarations de revenus et aux relevés de carte de crédit. Pendant tout ce temps, l'enfant continuera d'établir avec le nouveau pays des liens susceptibles d'étayer, sous certains rapports, la prétention voulant que sa résidence habituelle ait changé. Nous sommes loin de la décision rapide et juste évoquée par les juges majoritaires.

[150] Même pour les dossiers où l'intention commune des parents ne ressort pas d'emblée, la supériorité de l'approche hybride est loin d'être claire. En effet, les parties demeurent fortement incitées à s'adresser au tribunal relativement à la question de

any other factors that may be considered under the hybrid approach), and to devote significant time and resources to doing so. These incentives are particularly strong where resource asymmetries between the parties may encourage one side to leverage litigation threats as a pressure tactic in the context of negotiations. Thus, it is beside the point that the judge may not need to definitely resolve the issue — the hybrid model will still lead to protracted and expensive proceedings. And even if the judge need not resolve the question of parental intent, the hybrid approach simply replaces that form of indeterminacy with another: balancing incommensurate variables with little to no guidance as to how much weight they should be afforded in the final analysis.

[151] As this discussion suggests, the essential problem with the hybrid approach, at the level of policy, is its indeterminacy. It is easy for this Court to make broad proclamations instructing judges to “look to all relevant considerations” and to determine the relative weight assigned to each as they see fit (majority reasons, at para. 42) — but what does that actually mean for judges who are required to carry out that instruction in the context of specific cases? And what evidence would the parties need to put forward for a judge to make this type of determination? These concerns multiply as more factors (and additional facts providing context for those factors) are put forward by litigants.

[152] The result of this approach, we fear, is to grant judges unbridled discretion to consider or to disregard whatever they deem to be appropriate, leading to outcomes that may be as inconsistent as they are unpredictable. The effects will be felt most acutely by parents and potential litigants who will lack any discernable guidance as to how they should order their family affairs. This is particularly important in the context of educational exchanges, family visits, or other forms of international travel, where the majority’s approach effectively vitiates the purpose of time-limited consents. If one parent can override such an agreement by presenting

l’intention (ainsi que relativement à tout autre facteur pertinent suivant l’approche hybride) et à consacrer beaucoup de temps et de ressources à pareille démarche. Les incitations sont encore plus grandes lorsque l’asymétrie des ressources respectives des parties peut inciter l’une d’elles à brandir la menace d’un procès pour faire pression sur l’autre dans le cadre de négociations. Que le tribunal n’ait pas à trancher définitivement la question importe donc peu, le modèle hybride entraînera toujours des procédures longues et coûteuses. Et même si le tribunal n’est pas tenu de se prononcer sur l’intention des parents, l’approche hybride remplace simplement cette forme d’incertitude par une autre : la mise en balance d’innombrables variables sans indications utiles ou presque quant à l’importance qu’il convient de leur accorder en dernière analyse.

[151] Comme le suggère la présente analyse, le problème fondamental de l’approche hybride sur le plan des principes est l’incertitude qui en résulte. Il est aisé pour la Cour de faire des déclarations générales enjoignant aux tribunaux de « se penche[r] sur toutes les considérations pertinentes » et de décider quelle importance relative il convient d’attribuer à chacune selon ce qu’ils jugent indiqué (opinion majoritaire, par. 42), mais qu’est-ce que cela signifie concrètement pour le juge appelé à suivre cette directive dans une affaire donnée? Et quels éléments de preuve les parties doivent-elles présenter pour que le juge puisse rendre une décision sur ce point? Plus les parties au litige invoquent de facteurs (et de faits supplémentaires offrant un contexte à ces facteurs), plus ces interrogations se multiplient.

[152] Nous craignons que cette approche ne confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire illimité lui permettant de tenir compte ou non d’éléments à son gré et n’entraîne ainsi des résultats aussi incohérents qu’imprévisibles. Ceux qui en subiront le plus grand impact seront les parents et les plaideurs éventuels, car ils ne disposeront d’aucun repère pour organiser leur vie familiale. Cela est particulièrement important dans le contexte d’échanges étudiants, de visites familiales ou de tout autre voyage international, l’approche des juges majoritaires ayant pour effet de réduire à néant la raison d’être du consentement à un séjour d’une durée limitée. Si l’un des parents

competing evidence based on “all relevant factors”, then the certainty provided for by time-limited consent agreements is only ever illusory. Other courts have discussed this problem at length:

Without intelligibility and consistency in [how the Convention is applied], parents are deprived of crucial information they need to make decisions, and children are more likely to suffer the harms the Convention seeks to prevent. Imagine, for example, a parent trying to decide whether to travel with a child to attempt reconciliation with an estranged spouse in another country, or whether to consent to a child’s trip abroad to stay with in-laws. Such parents would be vitally interested in knowing under what circumstances a child’s habitual residence is likely to be altered, and it is cold comfort to be told only that this is “a question of fact to be decided by reference to all the circumstances of any particular case.” Parents faced with this response would likely regard the introduction of a few judicial “presuppositions and presumptions,” . . . with more relief than alarm. [Footnotes omitted; citations omitted.]

(*Mozes*, at pp. 1072-73)

[153] In summary, we view the majority’s approach as embedding indeterminacy in a context that simply cannot tolerate it. Multi-factor balancing tests can play a helpful role in certain contexts. Unfortunately, this is not one of them: the *Convention* requires swift and predictable decisions, and the hybrid model provides neither. As we turn to below, this case convincingly illustrates the comparative advantages of the parental intention approach.

C. Application

[154] The relevant point in time for determining the children’s habitual residence in this case is August 15, 2014 — the date on which the father’s

peut passer outre à pareille entente en présentant une preuve contraire reposant sur « tous éléments pertinents », la certitude assurée par le consentement à un séjour d’une durée limitée ne sera qu’illusoire. D’autres tribunaux ont examiné ce problème avec moult détails :

[TRADUCTION] Ne pas rendre [l’application de la Convention] intelligible et cohérente c’est priver les parents des données cruciales dont ils ont besoin pour prendre des décisions et faire en sorte que les enfants soient plus susceptibles de subir le préjudice auquel la Convention vise à les soustraire. Prenons l’exemple du parent qui se demande s’il devrait entreprendre un voyage avec son enfant pour tenter de se réconcilier avec son ex-conjoint, ou s’il devrait consentir à ce que son enfant se rende à l’étranger pour y séjourner dans la belle-famille. Ce parent aurait vraiment intérêt à connaître les conditions auxquelles la résidence habituelle de l’enfant pourrait être modifiée, et il est peu rassurant de se faire dire seulement que c’est [TRADUCTION] « une question de fait qui doit être tranchée eu égard à l’ensemble des faits propres à une affaire donnée ». Le parent auquel pareille réponse est faite accueillera avec plus de soulagement que d’inquiétude l’application de quelques « presuppositions et présomptions » judiciaires. [Notes en bas de page omises; références omises.]

(*Mozes*, p. 1072-1073)

[153] En résumé, nous sommes d’avis que l’approche des juges majoritaires consacre une incertitude dans un domaine qui ne s’y prête tout simplement pas. Un test multifactoriel peut se révéler utile dans certains contextes. Mais ce n’est malheureusement pas le cas en l’espèce. La *Convention* requiert des décisions rapides et prévisibles, et le modèle hybride n’offre ni les unes ni les autres. La présente affaire illustre de façon convaincante les avantages comparatifs de l’approche fondée sur l’intention des parents. Voici pourquoi.

C. Application

[154] En l’espèce, le moment en fonction duquel il convient de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants est le 15 août 2014, soit le jour

period of consent expired.⁵ There is no question that the children were habitually resident in Germany prior to their trip to Canada in April 2013. The only issue is whether their habitual residence changed from Germany to Canada during the roughly 16 months that they lived here.

[155] In our view, Germany remained the children's habitual residence. There is an express agreement indicating that the father only consented to a temporary stay in Canada. The validity of this agreement is not disputed. Thus, there was no shared intent for Canada to displace Germany as the children's habitual residence. Even if a prolonged period in another jurisdiction can, in some extreme cases, become "time-limited in name only" (C.A. reasons, at para. 49), a period of just 16 months in another country falls well short of that standard. With respect, the majority's reluctance to apply their new framework to the facts of this case is indicative of the extent to which its open-ended analysis will prove unhelpful to judges who must apply this approach moving forward.

[156] That said, we agree with the majority that this case involved unacceptably long delays (see majority reasons, at paras. 82-89). Regardless of how courts approach the question of habitual residence, the *Convention* requires that return applications are litigated and decided expeditiously. In our view, a clear statement by this Court that delay will not affect the determination of habitual residence would encourage the efficient and expeditious resolution of disputes. This underscores why we believe that a focus on shared parental intent is preferable to the majority's approach.

où a pris fin le séjour auquel avait consenti le père⁵. Il ne fait aucun doute que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne avant leur départ pour le Canada en avril 2013. La seule question qui se pose est de savoir si le lieu de leur résidence habituelle est devenu le Canada au cours de la période d'environ 16 mois où ils ont habité au pays.

[155] Selon nous, les enfants ont continué d'avoir leur résidence habituelle en Allemagne. Il y a une entente expresse dans laquelle le père n'a consenti qu'à un séjour temporaire au Canada. La validité de cette entente n'est pas contestée. Il n'y avait donc pas d'intention commune que le Canada remplace l'Allemagne comme lieu de la résidence habituelle des enfants. Même si la durée d'un séjour prolongé dans un autre pays peut, dans certains cas extrêmes, n'être « limitée que sur papier » (motifs de la C.A., par. 49), c'est loin d'être le cas d'un séjour de tout juste 16 mois dans un autre pays. Avec respect, la réticence des juges majoritaires à appliquer leur nouveau cadre d'analyse aux faits de la présente espèce montre à quel point leur démarche sans limites se révélera peu utile aux tribunaux qui devront désormais appliquer leur approche.

[156] Cela dit, nous convenons avec les juges majoritaires que, dans la présente affaire, la longueur du débat judiciaire a été inacceptable (voir opinion majoritaire, par. 82-89). Peu importe l'angle sous lequel les tribunaux abordent la question de la résidence habituelle, la *Convention* exige que la demande de retour fasse l'objet d'une audition et d'une décision rapides. Selon nous, une déclaration claire de la Cour portant que le temps écoulé n'aura pas d'incidence sur la détermination du lieu de la résidence habituelle favoriserait le règlement efficace et expéditif des litiges. Raison de plus pour laquelle nous croyons qu'une approche axée sur l'intention commune des parents est préférable à celle que préconisent les juges majoritaires.

⁵ There is no dispute that the mother's *removal* of the children to Canada was not wrongful because the father consented to the move. At issue is whether the mother's *retention* of the children in Canada after the father's time-limited consent expired was wrongful.

⁵ Nul ne conteste que le *déplacement* des enfants par la mère vers le Canada n'était pas illicite, car le père y avait consenti. La question est de savoir si le *non-retour* des enfants en Allemagne au terme du séjour d'une durée limitée auquel avait consenti le père était illicite.

V. Objections Under Article 13(2)

[157] After a court has determined that a child has been wrongfully removed from his or her country of habitual residence, Article 13(2) of the *Convention* provides judges with discretion to refuse to issue a return order on the basis of the child's objections. Article 13(2) states:

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

If both criteria are satisfied (the child objects, and the child has attained a sufficient age and degree of maturity), the judge *may* decline to issue a return order, but is not required to do so. We offer some guidance on how that discretion should be exercised under the majority's framework.

[158] The majority adopts "fact-based, common-sense approach" (para. 76) that invites judges to consider the totality of the circumstances. Several aspects of the majority's analysis warrant elaboration. First, a child's objection should not be determinative, or even presumptively determinative, of whether a court should exercise its discretion to refuse a return order. Second, the policy objectives of the *Hague Convention* must be considered in determining whether to refuse a return order. In our view, this must include the express objective of protecting rights of custody and access. Third, the issue is not solely what the child wants, and the analysis is not to be treated as an application for custody. Each of these points are consistent with the majority's admonition that Article 13(2) should not be read broadly such that it would erode the general rule of habitual residence (para. 76).

[159] In light of these considerations, we are of the view that Article 13(2) should not be lightly invoked so as to systematically undermine custody rights of

V. Opposition prévue à l'article 13(2)

[157] Une fois établi que l'enfant a été déplacé illicitement du lieu de sa résidence habituelle, l'article 13(2) de la *Convention* confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser d'ordonner le retour au motif que l'enfant s'y oppose. L'article 13(2) est libellé comme suit :

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Si les deux conditions sont remplies (l'enfant s'oppose et il a atteint un âge et une maturité suffisants), le tribunal *peut* refuser d'ordonner le retour, mais il n'est pas requis de le faire. Voici quelques indications quant à la façon dont ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé selon le cadre d'analyse des juges majoritaires.

[158] Leur « méthode axée sur les faits et sur le sens commun » (par. 76) invite le tribunal à tenir compte de toutes les circonstances. Des précisions s'imposent quant à plusieurs aspects de leur analyse. Premièrement, l'opposition de l'enfant ne devrait pas nécessairement, ni même de manière présomptive, être décisive quant à l'opportunité que le tribunal exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser d'ordonner le retour. Deuxièmement, les objectifs de politique générale de la *Convention de La Haye* doivent être considérés pour décider s'il y a lieu ou non de refuser d'ordonner le retour. À notre avis, ces objectifs doivent englober l'objectif exprès de protéger les droits de garde et de visite. Troisièmement, il ne s'agit pas seulement de savoir ce que veut l'enfant, et l'analyse ne doit pas être celle que commande une demande de garde. Chacun de ces points se concilie avec l'exhortation des juges majoritaires à ne pas interpréter l'article 13(2) trop largement de sorte que le caractère général de la règle de la résidence habituelle soit compromis (par. 76).

[159] À la lumière de ces considérations, nous estimons que l'article 13(2) ne devrait pas être invoqué à la légère de manière à porter systématiquement

left-behind parents. Judges should therefore apply this exception in a manner that does not routinely override shared parental intent. Indeed, to allow a child's objections to routinely trump evidence of shared parental intent would render the determination of habitual residence entirely superfluous. Thus, as the majority notes, the exceptions in Article 13(2) "are just that — exceptions", and they "do not confer a general discretion on the application judge to refuse to return the child" (para. 76). In our view, courts should pay careful attention to ensure that a child's objections are not the result of the undue influence of one parent. Similarly, when assessing the nature and strength of the child's objections, courts should be cognizant of the fact that the effect of refusing a return order is that a child will not be returned to his or her habitual residence, and the *status quo* prior to the removal or retention will not be restored. That reality must factor into the analysis.

[160] The assessment of evidence relative to the objections of children under Article 13(2) and the subsequent decision as to whether those objections justify refusing to issue a return order are both discretionary decisions. Consequently, the application judge's decision relative to Article 13(2) is entitled to deference (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 25 and 36). In this case, the application judge concluded that the children had not expressed objections with the requisite strength of feeling. We do not find any reversible error in this analysis, nor does the majority point to any such error. As a result, there is no basis to refuse a return order after concluding that Germany was the children's habitual residence.

VI. Conclusion

[161] Although the appeal is factually moot, we would nonetheless dismiss the appeal based on our finding that the application judge correctly determined that the children were habitually resident in

atteinte au droit de garde du parent laissé derrière. Les juges devraient donc appliquer cette exception de façon que l'intention commune des parents ne soit pas occultée. En effet, permettre que l'opposition de l'enfant écarte automatiquement la preuve de l'intention commune des parents rendrait la détermination du lieu de la résidence habituelle totalement superflue. Ainsi, comme le soulignent nos collègues, les exceptions prévues à l'article 13(2) « ne sont précisément que cela, des exceptions », et elles « ne confèrent pas au juge des requêtes un pouvoir discrétionnaire général qui lui permet de refuser d'ordonner le retour » (par. 76). Selon nous, les tribunaux devraient bien s'assurer que l'opposition de l'enfant n'est pas le fruit de l'influence indue de l'un des parents. De même, lorsqu'il s'agit d'apprécier la nature et la solidité des motifs d'opposition de l'enfant, les tribunaux ne doivent pas oublier que le refus d'ordonner le retour empêchera le retour de l'enfant dans le lieu de sa résidence habituelle et le rétablissement de la situation d'avant le déplacement ou le non-retour. Cette réalité doit être prise en compte dans l'analyse.

[160] L'appréciation de la preuve relative à l'opposition de l'enfant pour l'application de l'article 13(2) et la décision subséquente quant à savoir si les motifs de cette opposition justifient le refus d'ordonner le retour sont toutes deux de nature discrétionnaire. Par conséquent, la décision de la juge des requêtes relativement à l'application de l'article 13(2) commande la déférence (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 25 et 36). En l'espèce, la juge des requêtes a conclu que les enfants ne se sont pas opposés au retour avec l'intensité requise. Nous ne voyons dans son analyse aucune erreur justifiant l'annulation de sa décision, et les juges majoritaires ne relèvent pas une telle erreur non plus. Dès lors, rien ne permettait de refuser d'ordonner le retour après avoir conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne.

VI. Conclusion

[161] Malgré le caractère théorique du pourvoi, nous sommes d'avis de le rejeter en raison de notre conclusion selon laquelle la juge des requêtes était justifiée de décider que les enfants avaient leur

Germany at the expiry of the time-limited consent granted by their father, and there was no basis to decline to issue a return order under Article 13(2).

Judgment accordingly, MOLDAVER, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Office of the Children's Lawyer, Toronto; Houghton, Slonlowski, Stengel, Welland (Ontario).

Solicitors for the respondent John Paul Balev: Bookman Law Professional Corporation Barristers, Toronto.

Solicitors for the respondent Catharine-Rose Baggott: Senson Law, Toronto; Tammy Law, Barrister and Solicitor, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener Defence for Children International-Canada: Wilson Christen, Toronto.

Solicitor for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.

résidence habituelle en Allemagne au terme du séjour d'une durée limitée auquel avait consenti le père, et que rien ne lui permettait de refuser d'ordonner le retour sur le fondement de l'article 13(2).

Jugement en conséquence, les juges MOLDAVER, CÔTÉ et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Bureau de l'avocat des enfants, Toronto; Houghton, Slonlowski, Stengel, Welland (Ontario).

Procureurs de l'intimé John Paul Balev : Bookman Law Professional Corporation Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intimée Catharine-Rose Baggott : Senson Law, Toronto; Tammy Law, Barrister and Solicitor, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Defence for Children International-Canada : Wilson Christen, Toronto.

Procureur de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.