

Felice Colucci *Appellant*

v.

Lina Colucci *Respondent*

and

**West Coast Legal Education and
Action Fund Association,
Women’s Legal Education and
Action Fund Inc. and
Canada Without Poverty** *Interveners*

INDEXED AS: COLUCCI v. COLUCCI

2021 SCC 24

File No.: 38808.

2020: November 4; 2021: June 4.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Family law — Support — Child support — Retroactive decrease — Rescission of arrears — Father owing \$170,000 in child support arrears and seeking retroactive decrease in child support and rescission of arrears — Framework governing applications by payor parent to retroactively decrease child support based on material change in circumstances — Framework governing applications by payor parent for rescission of child support arrears based on current and ongoing inability to pay — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17.

The parties were married in 1983 and divorced in 1996. The mother was granted sole custody of the parties’ two daughters and the father was required to pay child support of \$115 per week per child until they were no longer children of the marriage. In 1998, the father requested a reduction in his child support obligations, but provided no financial disclosure to support his request and the parties

Felice Colucci *Appelant*

c.

Lina Colucci *Intimée*

et

**West Coast Legal Education and
Action Fund Association,
Fonds d’action et d’éducation juridiques
pour les femmes et
Canada sans pauvreté** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : COLUCCI c. COLUCCI

2021 CSC 24

N° du greffe : 38808.

2020 : 4 novembre; 2021 : 4 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

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

Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire pour enfants — Diminution rétroactive — Annulation de l’arriéré — Père débiteur d’un arriéré de pension alimentaire pour enfants de 170 000 \$ sollicitant une diminution rétroactive de la pension alimentaire pour enfants et l’annulation de l’arriéré — Cadre régissant les demandes des parents débiteurs sollicitant la réduction rétroactive d’une pension alimentaire pour enfants en raison d’un changement de situation important — Cadre régissant les demandes des parents débiteurs sollicitant l’annulation d’un arriéré de pension alimentaire pour enfants en raison d’une incapacité actuelle et continue de payer — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 17.

Les parties se sont mariées en 1983 et ont divorcé en 1996. La mère a obtenu la garde exclusive des deux filles des parties et le père devait verser une pension alimentaire pour enfants de 115 \$ par semaine, par enfant, jusqu’à ce qu’elles ne soient plus des enfants à charge. En 1998, le père a demandé une réduction de ses obligations alimentaires envers les enfants, mais n’a communiqué

reached no agreement at that time. The father's child support obligations ended in 2012. From 1998 to 2016, the father made no voluntary child support payments and only limited sums were collected through enforcement mechanisms. During the period in which the arrears accrued, the father was absent from the children's lives and his whereabouts were unknown. In 2016, the father applied to retroactively reduce child support and rescind the arrears of approximately \$170,000. He provided little documentation or financial disclosure to support his claims. The motion judge retroactively decreased support, effectively reducing the arrears owing to \$41,642. He found that this variation was warranted in order to bring the child support in line with the *Federal Child Support Guidelines* and to reflect the father's drop in income over the period when the arrears were accruing. The Court of Appeal overturned that decision and ordered that the father pay the full amount of the arrears.

Held: The appeal should be dismissed.

Courts have and need wide discretion to vary child support orders to ensure the correct amount of child support is being paid and to adapt to the enormous diversity of individual circumstances that families face. In building a framework for cases involving the variation of child support and the rescission of arrears, three interests must be balanced to achieve a fair result: the child's interest in receiving the appropriate amount of support to which they are entitled; the interest of the parties and the child in certainty and predictability; and the need for flexibility to ensure a just result in light of fluctuations in the payor's income. The child's interest in a fair standard of support commensurate with income is the core interest to which all rules and principles must yield. A fair result that adequately protects this interest will sometimes lean toward preserving certainty, and sometimes toward flexibility.

Any framework for decreased child support must also account for the informational asymmetry between the parties and the resulting need for full and frank disclosure of the payor's income. The child support system depends

aucun renseignement financier au soutien de sa demande et les parties ne sont pas parvenues à une entente à ce moment. Les obligations alimentaires du père envers les enfants ont pris fin en 2012. De 1998 à 2016, le père n'a fait aucun paiement volontaire de pension alimentaire pour enfants et seules des sommes limitées ont été perçues au moyen de mécanismes d'exécution. Lors de la période pendant laquelle l'arriéré s'accumulait, le père était absent de la vie des enfants, et on ignorait où il se trouvait. En 2016, le père a demandé la réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants et l'annulation de l'arriéré totalisant environ 170 000 \$. Il a fourni peu de documents ou de renseignements financiers au soutien de ses demandes. Le juge de la motion a rétroactivement réduit la pension alimentaire, diminuant de ce fait l'arriéré exigible à 41 642 \$. Il a conclu que cette modification était justifiée afin d'harmoniser la pension alimentaire pour enfants avec les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* et afin de refléter la baisse de revenu du père au cours de la période où l'arriéré s'accumulait. La Cour d'appel a infirmé cette décision et a ordonné au père de payer la totalité de l'arriéré.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les tribunaux ont et doivent avoir un large pouvoir discrétionnaire pour modifier les ordonnances alimentaires au profit des enfants afin de faire en sorte que le juste montant de pension alimentaire soit payé et de s'adapter à l'énorme diversité de situations particulières dans lesquelles les familles peuvent se trouver. Au sein du cadre d'analyse applicable aux cas de modification de la pension alimentaire pour enfants et d'annulation de l'arriéré, trois intérêts doivent être mis en balance pour atteindre un juste résultat : l'intérêt de l'enfant à recevoir la pension alimentaire appropriée à laquelle il a droit; l'intérêt des parties et de l'enfant à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité; et le besoin de souplesse pour que le résultat soit juste en cas de fluctuations du revenu du parent débiteur. L'intérêt de l'enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire à proportion du revenu du parent débiteur est l'intérêt fondamental auquel toutes les règles et tous les principes doivent céder le pas. Un résultat juste qui protège adéquatement cet intérêt penchera parfois vers la préservation de la certitude, parfois vers la souplesse.

Le cadre d'analyse applicable à une réduction de la pension alimentaire pour enfants doit aussi prendre en compte l'asymétrie au titre de l'information entre les parties et la nécessité qui en découle que le parent débiteur

upon adequate, accurate and timely financial disclosure. Disclosure is the linchpin on which fair support depends and the relevant legal tests must encourage the timely provision of necessary information. In a system that ties support to payor income, it is the payor who knows and controls the information needed to calculate the appropriate amount of support. The recipient does not have access to this information, except to the extent that the payor chooses or is made to share it. Thus, full and frank disclosure of income information by the payor lies at the foundation of the child support regime and is also a precondition to good faith negotiation. Without it, the parties cannot stand on the equal footing required to make informed decisions and resolve child support disputes outside of court. The payor's duty to disclose income information is a corollary of the legal obligation to pay support commensurate with income. Proactive disclosure of changes in income is the first step to ensuring that child support obligations are tied to payor income as it fluctuates.

The framework applicable to a payor's application for a retroactive decrease in support based on a material change in circumstances covers situations in which the payor has experienced a material drop in income that affected their ability to make payments as they came due. A payor seeking a downward retroactive change must first show a past change in circumstances. Most commonly, the retroactive variation claim will be based on a material change in income. The payor must have disclosed sufficient reliable evidence to determine when and how far their income fell, and to ascertain whether the change was significant, long lasting, and not one of choice. A payor's whose income was originally imputed because of an initial lack of disclosure cannot rely on their own late disclosure as a change in circumstances to ground a variation order.

effectue une communication franche et complète de son revenu. Le régime de soutien alimentaire des enfants dépend de la communication adéquate, exacte et en temps utile des renseignements financiers. La communication est l'élément central sur lequel repose un soutien alimentaire des enfants équitable et les critères juridiques pertinents doivent favoriser la communication en temps utile des renseignements nécessaires. Dans un régime qui rattache la pension alimentaire au revenu du parent débiteur, c'est ce dernier qui connaît et qui contrôle les renseignements nécessaires au calcul du montant approprié de la pension alimentaire. Le parent créancier n'a pas accès à ces renseignements, sauf dans la mesure où le parent débiteur choisit de les communiquer ou y est contraint. Par conséquent, la communication franche et complète par le parent débiteur des renseignements sur son revenu est le fondement du régime de soutien alimentaire des enfants et est également une condition préalable à la négociation de bonne foi. Sans elle, les parties ne sont pas sur un pied d'égalité, lequel est nécessaire pour prendre des décisions éclairées et régler par voie extrajudiciaire les différends portant sur la pension alimentaire pour enfants. L'obligation du parent débiteur de communiquer les renseignements sur son revenu est un corollaire de l'obligation légale de verser une pension alimentaire à proportion de son revenu. La communication proactive des changements du revenu est la première étape pour faire en sorte que les obligations alimentaires envers les enfants se rattachent au revenu du parent débiteur au gré de ses fluctuations.

Le cadre d'analyse applicable à la demande du parent débiteur sollicitant une réduction rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement important de situation vise les situations où le parent débiteur a connu une baisse importante de revenu qui a eu une incidence sur sa capacité de faire des versements à échéance. Le parent débiteur qui sollicite une modification rétroactive à la baisse doit d'abord démontrer un changement de situation antérieur. Le plus souvent, la demande de modification rétroactive sera fondée sur un changement important de revenu. Le parent débiteur doit avoir communiqué suffisamment d'éléments de preuve fiables pour que le tribunal puisse déterminer quand et de combien son revenu a baissé, et apprécier si le changement était substantiel, de longue durée et ne découlant pas d'un choix. Le parent débiteur à qui un revenu a été attribué au départ en raison du fait que les renseignements sur son revenu n'ont pas été initialement communiqués ne peut pas invoquer la communication tardive de son propre fait en tant que changement de situation au soutien d'une ordonnance modificative.

Once a material change in circumstances is established, a presumption arises in favour of retroactively decreasing child support to the date the payor gave the recipient effective notice, up to three years before formal notice of the application to vary. Effective notice requires clear communication of the change in circumstances accompanied by the disclosure of any available documentation necessary to substantiate the change and allow the recipient parent to meaningfully assess the situation — it is not enough for the payor to merely broach the subject of a reduction of support with the recipient. The presumption that support will be reduced back to the date of effective notice strikes a fair balance between the certainty interests of the child and recipient and the payor’s interest in flexibility. While recipients should be aware that support varies with payor income, they are at an informational disadvantage. The recipient is entitled to rely on the court order or agreement in the absence of proper communication and disclosure by the payor showing a decrease in income that is lasting and genuine. While a drop in support can be presumed to have detrimental impacts on the child, ongoing communication and disclosure cushions those impacts and preserves the child’s best interests to the fullest extent possible. In the absence of effective notice of a drop in payor income, certainty and predictability for the child are to be prioritized over the payor’s interest in flexibility. The payor’s interest in flexibility comes to the forefront only once effective notice is given. The presumption provides payors with the certainty of knowing that any material change in income should be disclosed. The payor therefore has control over the date of notice and the date of retroactivity.

Even where the payor has given proper effective notice, the period of retroactivity is presumed to extend no further than three years before the date of formal notice. The presumptive three-year limit allows the parties time to negotiate but recognizes that the payor must commence proceedings in a timely manner if negotiations fail in order to protect the certainty interests of the child and recipient. The presumptive three-year limit is also justified by evidentiary concerns as the best evidence of income or ability to earn income is generally more readily available closer to the time that the income is earned. Where no effective notice is given by the payor parent, child support should generally be varied back to the date of formal notice, or a

Dès qu’un changement de situation important est établi, une présomption prend naissance en faveur d’une réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants remontant à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier, jusqu’à trois ans avant l’avis formel de la demande de modification. L’information réelle exige une communication claire du changement de situation, accompagnée de tous les documents nécessaires pour corroborer le changement et permettre au parent créancier de bien évaluer la situation — il ne suffit pas que le parent débiteur aborde simplement le sujet d’une réduction de la pension alimentaire avec le parent créancier. La présomption selon laquelle celle-ci sera réduite rétroactivement à la date d’information réelle établit un juste équilibre entre l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude et l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse. Bien que le parent créancier soit censé savoir que le soutien alimentaire varie en fonction du revenu du parent débiteur, il est désavantagé sur le plan de l’information. En l’absence de communication adéquate du parent débiteur indiquant une baisse de revenu qui est durable et réelle, le parent créancier peut s’appuyer sur l’ordonnance du tribunal ou sur l’entente. Bien qu’on puisse présumer qu’une baisse de la pension alimentaire aura des effets préjudiciables sur l’enfant, la communication continue atténue ces effets et protège l’intérêt de l’enfant dans toute la mesure possible. En l’absence d’information réelle concernant une baisse du revenu du parent débiteur, il faut accorder la priorité à la certitude et la prévisibilité pour l’enfant plutôt qu’à l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse. L’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse passe à l’avant-plan seulement lorsqu’il y a information réelle. La présomption procure au parent débiteur la certitude que tout changement important de revenu doit être signalé. Le parent débiteur a donc le contrôle sur la date de l’information réelle et la date de rétroactivité.

Même dans les cas où il y a dûment eu information réelle par le parent débiteur, la période de rétroactivité est présumée ne pas remonter à plus de trois ans avant la date de l’avis formel. La limite de trois ans censée s’appliquer donne aux parties le temps de négocier, mais reconnaît que le parent débiteur doit introduire une instance en temps utile si les négociations échouent afin de protéger les intérêts de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude. La limite de trois ans censée s’appliquer se justifie également par des préoccupations liées à la preuve, car la meilleure preuve du revenu ou de la capacité de gagner un revenu est généralement plus facile à obtenir à une date rapprochée de celle où le revenu est gagné.

later date where the payor has delayed making complete disclosure in the course of the proceedings.

The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair in the circumstances of a particular case. The four factors set out in *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231 — adapted to suit the retroactive decrease context — help the court reach a fair balancing of the three interests at play, namely the child’s interest in a fair standard of support, the payor’s interest in flexibility, and the interest of the child and recipient in certainty. The first factor is whether the payor has an understandable reason for the delay in giving effective notice or seeking relief in the courts. Judges are well placed to assess whether the reasons proffered for the delay explain the extent of the payor’s inactivity. Where the payor has such a reason, fairness may militate in favour of extending the date of retroactivity to a time before the date of effective notice or not applying the three-year limit. The recipient’s delay in enforcing arrears is irrelevant to the analysis. The second factor is the payor’s conduct. The payor’s efforts to disclose and communicate will often be prominent considerations. Genuine efforts to continue paying as much as the payor can will show good faith and a willingness to support the child. The circumstances of the child are the third factor. If the child has experienced hardship or is currently in need, this factor militates in favour of a shorter period of retroactivity. Another relevant consideration is whether the retroactive decrease would result in an order requiring the recipient to repay support to remedy an overpayment. In cases involving claims of overpayment, it will rarely be appropriate, given the recipient’s absence of knowledge, to retroactively decrease support to a date before the recipient could have expected that child support payments received from the payor might need to be repaid at some future date. This approach protects the child’s best interests and the recipient’s certainty interest, while allowing payors who have overpaid to seek a retroactive decrease as long as the recipient has been given proper notice and disclosure. The final factor is hardship to the payor if the period of retroactivity is not lengthened beyond the presumptive date. The payor must adduce evidence to establish real facts supporting a finding of hardship. A showing of hardship will not automatically justify a departure from the presumed date of retroactivity. Hardship carries much less weight where brought on by the payor’s own unreasonable failure to make proper disclosure and give notice to the recipient.

Lorsque le parent débiteur n’a pas réellement informé le parent créancier, la pension alimentaire pour enfants doit généralement être modifiée à compter de la date de l’avis formel, ou d’une date subséquente lorsque le parent débiteur a tardé à faire une communication complète au cours de l’instance.

Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption d’application de la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait injuste par ailleurs dans les circonstances d’un cas donné. Les quatre facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231 — adaptés au contexte de la réduction rétroactive — aident le tribunal à atteindre une juste pondération des trois intérêts en jeu, à savoir l’intérêt de l’enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire, l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse et l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude. Le premier facteur consiste à se demander si le retard du parent débiteur à réellement informer le parent créancier ou à solliciter une réparation devant les tribunaux s’explique par une raison compréhensible. Les juges sont bien placés pour apprécier si les raisons du retard invoquées expliquent la mesure d’inactivité du parent débiteur. Lorsque le parent débiteur a une telle raison, l’équité peut militer en faveur de l’imposition d’une date de rétroactivité qui remonte à une date précédant la date d’information réelle ou la non-application de la limite de trois ans. Le fait que le parent créancier ait tardé à exécuter l’arriéré n’est pas pertinent dans l’analyse. Le deuxième facteur est le comportement du parent débiteur. Les efforts déployés par le parent débiteur pour communiquer seront souvent des considérations importantes. Les efforts véritables déployés par le parent débiteur pour continuer à payer dans la mesure de ses moyens témoigneront de sa bonne foi et de sa volonté de subvenir aux besoins de l’enfant. La situation de l’enfant est le troisième facteur. Si l’enfant a connu des difficultés ou s’il est dans le besoin, ce facteur milite en faveur d’une période de rétroactivité plus courte. Une autre considération pertinente est celle de savoir si la réduction rétroactive donnerait lieu à une ordonnance obligeant le parent créancier à rembourser des prestations alimentaires pour rectifier un trop-payé. Dans les cas où un trop-payé est allégué, il sera rarement approprié, en raison du fait que le parent créancier n’avait pas été informé, de réduire rétroactivement la pension alimentaire à partir d’une date antérieure à celle où le parent créancier aurait pu s’attendre à ce que les versements de la pension alimentaire pour enfants reçus du parent débiteur doivent être remboursés ultérieurement. Cette approche protège l’intérêt de l’enfant ainsi que l’intérêt du parent créancier à bénéficier de

Hardship to the payor must also be viewed in the context of hardship to the recipient and child if the court were to extend the period of the retroactive decrease.

Once a court has determined that support should be retroactively decreased to a particular date, the decrease must be quantified. The proper amount of support for each year since the date of retroactivity must be calculated in accordance with the statutory scheme that applies to the award. Full and complete disclosure is required to quantify the appropriate amount of support for the period of retroactivity, just as it would be when quantifying prospective support. The onus is on the payor to show the extent to which their income decreased during the period of retroactivity. If the payor fails to provide all relevant evidence required for the court to fully appreciate their true income during any part of the period of retroactivity, the court may draw an adverse inference against the payor. The payor must also make complete disclosure of their current financial circumstances if seeking a periodic payment plan or temporary suspension on hardship grounds.

In applications where the payor seeks rescission of arrears based on current inability to pay, the prior child support order or agreement corresponds with the payor's income and the arrears accurately reflect the amount of support that the payor should have paid. The only relevant factor is the payor's ongoing financial capacity and therefore the payor must provide sufficient reliable evidence to enable the court to assess their current and prospective financial circumstances. The payor must overcome a presumption against rescinding any part of the arrears.

la certitude, tout en permettant au parent débiteur qui a trop payé de demander une réduction rétroactive, pourvu que le parent créancier en ait été dûment avisé et informé. Le dernier facteur correspond aux difficultés causées au parent débiteur si la période de rétroactivité n'est pas allongée au-delà de la date présumée. Le parent débiteur doit présenter des éléments de preuve pour établir des faits concrets permettant de conclure qu'il subira des difficultés. Une démonstration de l'existence de difficultés ne justifie pas automatiquement que l'on déroge à la date de rétroactivité présumée. Les difficultés revêtent une importance bien moindre lorsqu'elles sont causées par la propre omission déraisonnable du parent débiteur de communiquer adéquatement les renseignements au parent créancier et de l'aviser de sa situation. Les difficultés causées au parent débiteur doivent également être considérées dans le contexte de celles causées au parent créancier et à l'enfant si le tribunal allongeait la période de la réduction rétroactive.

Lorsque le tribunal a conclu qu'il y a lieu de réduire rétroactivement la pension alimentaire à compter d'une date donnée, la réduction doit être quantifiée. Le juste montant de pension alimentaire pour chaque année depuis la date de rétroactivité doit être calculé conformément au régime législatif applicable à l'ordonnance. Une communication franche et complète est nécessaire en vue de quantifier le montant approprié de la pension alimentaire pour la période de rétroactivité, tout comme elle le serait lorsqu'on quantifie le soutien alimentaire pour l'avenir. Il appartient au parent débiteur de démontrer la mesure dans laquelle son revenu a diminué au cours de la période de rétroactivité. Si le parent débiteur ne fournit pas tous les éléments de preuve pertinents dont le tribunal a besoin pour apprécier pleinement son revenu véritable au cours d'une partie de la période de rétroactivité, le tribunal peut tirer une inférence défavorable à celui-ci. Le parent débiteur doit en outre faire la communication complète de sa situation financière actuelle s'il sollicite un plan de versements périodiques ou une suspension temporaire en raison de difficultés.

Dans le cas des demandes où le parent débiteur sollicite l'annulation de l'arriéré en invoquant l'incapacité actuelle de payer, l'ordonnance ou l'entente alimentaire antérieure au profit d'un enfant correspond au revenu du parent débiteur et l'arriéré reflète avec exactitude le montant de la pension alimentaire qu'aurait dû payer le parent débiteur. La capacité financière continue du parent débiteur est le seul facteur pertinent, et le parent débiteur doit donc fournir suffisamment d'éléments de preuve fiables pour permettre au tribunal d'évaluer sa situation

The presumption will only be rebutted where the payor parent establishes on a balance of probabilities that even with a flexible payment plan, they cannot and will not ever be able to pay the arrears. While the presumption in favour of enforcing arrears may be rebutted in unusual circumstances, the standard should remain a stringent one. Rescission of arrears is a last resort in exceptional cases. The rule should not allow or encourage debtors to wait out their obligations or subvert statutory enforcement regimes that recognize child support arrears as debts to be taken seriously. If the court concludes that the payor's financial circumstances will give rise to difficulties paying down arrears, it ought first to consider whether hardship can be mitigated by ordering a temporary suspension, periodic payments, or other creative payment options.

In the instant case, the coming into force of the *Guidelines* did constitute a change in circumstances. While this legal change opens the door at the threshold step, it does not obviate the need for evidence of the father's earnings in the years since the *Guidelines* came into force. To the extent that he relies on drops in income, the father's deficient communication, inadequate evidence and insufficient disclosure are fatal to his application. It was not enough for the father to advise the mother that his income had fallen without taking any further steps, and since the father did not provide reasonable proof to allow the mother to meaningfully assess the situation, his request fell short of effective notice. As the father gave no effective notice before arrears stopped accumulating in 2012, he is not entitled to any retroactive decrease in his child support obligations. The application of the three-year rule would preclude any retroactive decrease, given that the children were no longer eligible for child support beginning in 2012 and he gave formal notice in 2016. Nor would the application of the *D.B.S.* factors support a longer period of retroactivity. The father made few, if any, voluntary payments and showed no willingness to support the children, who suffered hardship as a result of his failure to fulfill his obligations. His conduct shows bad faith efforts to evade the enforcement of a court order. This case provides an example of the kind of inadequate disclosure that would justify a refusal to vary back to the date of formal notice. The father is not entitled to relief on the basis of a decrease in income. Further, the father's failure to adduce adequate

financière actuelle et prospective. Le parent débiteur doit renverser la présomption contre l'annulation de quelque partie que ce soit de l'arriéré. La présomption ne sera repoussée que lorsque le parent débiteur établit, selon la prépondérance des probabilités, que même avec des modalités de paiement souples il ne peut pas, et ne pourra jamais, payer l'arriéré. Bien que la présomption en faveur de l'exécution de l'arriéré puisse être repoussée dans des circonstances inhabituelles, la norme doit demeurer rigoureuse. L'annulation de l'arriéré doit être utilisée en dernier recours. La règle ne doit pas permettre aux parents débiteurs de laisser courir leurs obligations ou de contourner les régimes légaux d'exécution qui reconnaissent l'arriéré de pensions alimentaires pour enfants comme une dette à prendre au sérieux, ni les inciter à le faire. Si le tribunal conclut que la situation financière du parent débiteur engendrera des difficultés à rembourser l'arriéré, il doit d'abord se demander si les difficultés peuvent être atténuées par une ordonnance prévoyant la suspension temporaire, des versements périodiques ou d'autres options de paiement novatrices.

En l'espèce, l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constituait un changement de situation. Bien que ce changement juridique permette de franchir l'étape de la condition préliminaire, il n'écarte pas la nécessité d'obtenir la preuve des gains du père dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur des *Lignes directrices*. Dans la mesure où le père invoque des baisses de revenu, sa communication déficiente, la preuve inadéquate et l'insuffisance des renseignements communiqués portent un coup fatal à sa demande. Il ne suffit pas que le père informe la mère que son revenu a baissé sans prendre d'autres mesures, et puisque le père n'a pas fourni de preuve raisonnable pour permettre à la mère de bien évaluer la situation, sa demande n'équivalait pas à une information réelle. Étant donné que le père n'a pas réellement informé la mère avant que l'arriéré cesse de s'accumuler en 2012, il n'a pas droit à une réduction rétroactive de ses obligations alimentaires envers ses enfants. L'application de la règle des trois ans ferait obstacle à toute réduction rétroactive, vu que ses enfants n'avaient plus droit à une pension alimentaire à compter de 2012 et qu'il avait donné un avis formel en 2016. L'application des facteurs de l'arrêt *D.B.S.* ne permettrait pas non plus d'établir une période de rétroactivité plus longue. Le père n'a fait que peu de versements volontaires, voire aucun, et n'a fait montre d'aucune volonté de subvenir aux besoins des enfants, qui ont connu des difficultés en raison de son défaut de satisfaire à ses obligations. Son comportement témoigne d'efforts de mauvaise foi visant à se soustraire

evidence of his financial circumstances would be fatal to any application to rescind arrears. As such, he has not discharged his onus of showing that he will be unable to pay now or in the future even with a flexible payment plan.

à l'exécution d'une ordonnance judiciaire. La présente affaire fournit un exemple du type de communication inadéquate qui justifierait un refus de faire remonter la modification à la date de l'avis formel. Le père n'a pas droit à une réparation fondée sur une réduction de revenu. De plus, son omission de présenter une preuve adéquate de sa situation financière porterait un coup fatal à toute demande d'annulation de l'arriéré. Ainsi, il ne s'est pas acquitté de son fardeau d'établir qu'il était incapable de payer actuellement ou à l'avenir, même avec des modalités de paiement souples.

Cases Cited

Applied: *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231; **considered:** *Corcios v. Burgos*, 2011 ONSC 3326; *Gray v. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201; *Brown v. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323; **referred to:** *D.B.S. v. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60; *Brear v. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1; *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *Hunt v. Smolis-Hunt*, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Whitton v. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437; *Michel v. Graydon*, 2020 SCC 24, [2020] 2 S.C.R. 763; *C. (M.) v. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59; *Goulding v. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259; *Burchill v. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217; *Greene v. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330; *Carlaw v. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1; *Damphouse v. Damphouse*, 2020 ABQB 101; *Templeton v. Nuttall*, 2018 ONSC 815; *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217; *Shamli v. Shamli*, 2004 CanLII 45956; *Hietanen v. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67; *M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 N.B.R. (2d) 313; *Francis v. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99; *Roberts v. Roberts*, 2015 ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6; *Leitch v. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587; *Roseberry v. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215; *Cunningham v. Severyn*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1; *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295; *Sawatzky v. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Punzo v. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304; *Earle v. Earle*, 1999 CanLII 6914; *MacCarthy v. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102; *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775; *Tougher v. Tougher*, 1999 ABQB 552; *Trang v. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364; *M.W. v. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51; *Morwald-Benevides v. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305; *MacEachern v. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68; *H.G.S. v. J.R.M.*,

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231; **arrêts examinés :** *Corcios c. Burgos*, 2011 ONSC 3326; *Gray c. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201; *Brown c. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2^e) 323; **arrêts mentionnés :** *D.B.S. c. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60; *Brear c. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1; *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *Hunt c. Smolis-Hunt*, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Whitton c. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437; *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763; *C. (M.) c. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59; *Goulding c. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259; *Burchill c. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217; *Greene c. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330; *Carlaw c. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1; *Damphouse c. Damphouse*, 2020 ABQB 101; *Templeton c. Nuttall*, 2018 ONSC 815; *Contino c. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217; *Shamli c. Shamli*, 2004 CanLII 45956; *Hietanen c. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67; *M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 R.N.-B. (2^e) 313; *Francis c. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99; *Roberts c. Roberts*, 2015 ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6; *Leitch c. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587; *Roseberry c. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215; *Cunningham c. Severyn*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1; *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295; *Sawatzky c. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Punzo c. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304; *Earle c. Earle*, 1999 CanLII 6914; *MacCarthy c. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102; *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775; *Tougher c. Tougher*, 1999 ABQB 552; *Trang c. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364; *M.W. c. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51; *Morwald-Benevides c. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305; *MacEachern c. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68; *H.G.S. c. J.R.M.*,

2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404; *Hrynkow v. Gosse*, 2017 ABQB 675; *Hodges v. Hodges*, 2018 ABCA 197; *Brown v. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401; *Janik v. Drotlef*, 2018 ONCJ 287; *Haisman v. Haisman* (1994), 157 A.R. 47, rev'g (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157; *DiFrancesco v. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363; *Fleury v. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92; *Kinsella v. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1; *C.L.W. v. S.V.W.*, 2017 ABCA 121; *Blanchard v. Blanchard*, 2019 ABCA 53; *S.A.L. v. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299; *Semancik v. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219; *Mayotte v. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38; *Heiden v. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48; *Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577, with additional reasons (2004), 6 R.F.L. (6th) 432; *St-Jules v. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133; *Tremblay v. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91; *Schmidt v. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(1)(c).
Child Support Guidelines, O. Reg. 391/97, s. 24.1(1).
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 596 para. 2.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 7.3, 7.5, 17, 26.1.
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 39.1(2).
Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25, ss. 5(1), 10.
Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act, 1996, S.O. 1996, c. 31.
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 1, 3, 4, 7, 10, 14, 19, 21(1), Sch. I.
The Family Maintenance Act, C.C.S.M., c. F20, s. 56.2(2), (3).

Authors Cited

Bakht, Natasha, et al. “*D.B.S. v. S.G.R.: Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support*” (2006), 18 *C.J.W.L.* 535.
 Bala, Nicholas. “Reforming Family Dispute Resolution in Ontario: Systemic Changes and Cultural Shifts”, in Michael Trebilcock, Anthony Duggan and Lorne Sossin, eds., *Middle Income Access to Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 2012, 271.
 Dalphond, Pierre J., and Anushua Nag. “Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*” (2019), 78 *R. du B.* 255.

2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404; *Hrynkow c. Gosse*, 2017 ABQB 675; *Hodges c. Hodges*, 2018 ABCA 197; *Brown c. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401; *Janik c. Drotlef*, 2018 ONCJ 287; *Haisman c. Haisman* (1994), 157 A.R. 47, inf. (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157; *DiFrancesco c. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363; *Fleury c. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92; *Kinsella c. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1; *C.L.W. c. S.V.W.*, 2017 ABCA 121; *Blanchard c. Blanchard*, 2019 ABCA 53; *S.A.L. c. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299; *Semancik c. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219; *Mayotte c. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38; *Heiden c. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48; *Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577, motifs supplémentaires dans (2004), 6 R.F.L. (6th) 432; *St-Jules c. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133; *Tremblay c. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91; *Schmidt c. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 596 al. 2.
Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25, art. 5(1), 10.
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 1, 3, 4, 7, 10, 14, 19, 21(1), ann. I.
Lignes directrices sur les aliments pour les enfants, Règl. de l’Ont. 391/97, art. 24.1(1).
Loi de 1996 sur les obligations familiales et l’exécution des arriérés d’aliments, L.O. 1996, c. 31.
Loi sur l’obligation alimentaire, C.P.L.M., c. F20, art. 56.2(2), (3).
Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 178(1)c).
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 7.3, 7.5, 17, 26.1.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 39.1(2).

Doctrine et autres documents cités

Bakht, Natasha, et autres. « *D.B.S. v. S.G.R. : Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support* » (2006), 18 *R.F.D.* 535.
 Bala, Nicholas. « Reforming Family Dispute Resolution in Ontario : Systemic Changes and Cultural Shifts », in Michael Trebilcock, Anthony Duggan and Lorne Sossin, eds., *Middle Income Access to Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 2012, 271.
 Dalphond, Pierre J., and Anushua Nag. « Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce* » (2019), 78 *R. du B.* 255.

Davies, Christine. “Retroactive Child Support: the Alberta Trilogy” (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1.

Gordon, Marie L. “An Update on Retroactive Child and Spousal Support: Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)*” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71.

Martinson, Donna, and Margaret Jackson. “Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases” (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada, 2020*. Toronto: Irwin Law, 2020.

Smith, D. “Retroactive Child Support — An Update” (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209.

Sowter, Deanne M. “Advocacy in Non-Adversarial Family Law: A Recommendation for Revision to the Model Code” (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Brown, Roberts and Zarnett JJ.A.), 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259, [2019] O.J. No. 3528 (QL), 2019 CarswellOnt 10845 (WL Can.), setting aside in part a decision of Hockin J., 2018 ONSC 6627. Appeal dismissed.

Richard Gordner and Michael Gordner, for the appellant.

Cheryl Goldhart and Surinder Multani, for the respondent.

Jennifer Klinck, for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

Ceilidh Joan Henderson, for the intervener Canada Without Poverty.

The judgment of the Court was delivered by

MARTIN J. —

I. Overview

[1] This appeal centres on the appropriate framework for determining applications to retroactively decrease the amount of child support owing or forgive

Davies, Christine. « Retroactive Child Support : the Alberta Trilogy » (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1.

Gordon, Marie L. « An Update on Retroactive Child and Spousal Support : Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)* » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71.

Martinson, Donna, and Margaret Jackson. « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada, 2020*, Toronto, Irwin Law, 2020.

Smith, D. « Retroactive Child Support — An Update » (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209.

Sowter, Deanne M. « Advocacy in Non-Adversarial Family Law : A Recommendation for Revision to the Model Code » (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Brown, Roberts et Zarnett), 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259, [2019] O.J. No. 3528 (QL), 2019 CarswellOnt 10845 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Hockin, 2018 ONSC 6627. Pourvoi rejeté.

Richard Gordner et Michael Gordner, pour l’appelant.

Cheryl Goldhart et Surinder Multani, pour l’intimée.

Jennifer Klinck, pour les intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

Ceilidh Joan Henderson, pour l’intervenant Canada sans pauvreté.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur le cadre qui permet de trancher les demandes sollicitant une réduction rétroactive du montant de la pension alimentaire pour

child support arrears under s. 17 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). The amount of child support payable varies based on the payor parent's income, and income often fluctuates. As a result, applications to retroactively vary support are a common occurrence in courtrooms across the country. In an ideal world, when parents work together in the best interests of their children, they will provide full and accurate income information every year and recalculate the proper amount of support owing. When that does not occur, s. 17 of the *Divorce Act* allows a parent to ask the court to vary an existing order retroactively to align with the payor's actual income for the relevant period.

[2] In the present case, Mr. Colucci did not make any voluntary payments toward his child support obligations for over 16 years and now owes approximately \$170,000 in arrears. On application by Mr. Colucci, the motion judge retroactively decreased support, effectively reducing the arrears owing to \$41,642. The Court of Appeal for Ontario overturned that decision and ordered him to pay the full amount of the arrears.

[3] The divergent results in the lower courts highlight the confusion surrounding the applicable framework with respect to applications under s. 17

enfants¹ due ou une remise de l'arriéré de pension alimentaire pour enfants en application de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.). Le montant de la pension alimentaire pour enfants varie en fonction du revenu du parent débiteur, et le revenu fluctue souvent. Par conséquent, les demandes sollicitant la modification rétroactive de la pension alimentaire sont monnaie courante dans les salles d'audience partout au pays. Dans un monde idéal, lorsque les parents collaborent dans l'intérêt de leur enfant², ils communiqueront chaque année les renseignements complets et exacts sur leur revenu et recalculeront le montant de la pension alimentaire due. Lorsqu'ils ne le font pas, l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* permet à un parent de demander au tribunal de modifier rétroactivement une ordonnance existante afin qu'elle corresponde au revenu réel du parent débiteur pour la période pertinente.

[2] En l'espèce, M. Colucci n'a fait aucun versement volontaire au titre de ses obligations alimentaires envers ses enfants pendant plus de 16 ans et il doit maintenant un montant arriéré d'environ 170 000 \$. Saisi de la demande de M. Colucci, le juge de la motion a rétroactivement réduit la pension alimentaire, réduisant de ce fait l'arriéré exigible à 41 642 \$. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision et a ordonné à M. Colucci de payer la totalité de l'arriéré.

[3] Les résultats divergents auxquels sont arrivées les juridictions inférieures mettent en évidence la confusion qui entoure le cadre d'analyse applicable

¹ « *child support* » : Comme mentionné dans l'arrêt *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763, alors que l'expression anglaise « *child support* » est très largement utilisée pour décrire pratiquement toutes les situations visées par cette notion, plusieurs termes différents — certains spécifiques (pension alimentaire), d'autres généraux (aliments, prestation alimentaire, soutien alimentaire) — sont utilisés en français dans les textes législatifs et doctrinaux sur la question. C'est pourquoi différents termes sont utilisés dans la version française de mes motifs.

² « *best interests of the child* » : Alors que l'expression « *best interests of the child* » est uniformément utilisée en anglais, différentes expressions sont utilisées en français dans les textes de loi pertinents au Canada. Puisque le présent pourvoi concerne la *Loi sur le divorce*, j'utiliserai l'expression retenue dans cette loi, c'est-à-dire « intérêt de l'enfant ». Par souci d'uniformité, j'utiliserai également cette expression lorsque je mentionnerai ce principe de façon générale dans la version française de mes motifs.

to retroactively reduce or rescind arrears, a confusion that has persisted since this Court's landmark decision in *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231. In that case, the Court considered the principles and competing interests underlying recipients' applications for retroactive child support. The Court is now asked to clarify the principles which guide the exercise of judicial discretion where a payor seeks to retroactively decrease support to reflect a past reduction in income. The courts have and need wide discretion to vary child support orders to ensure the correct amount of child support is being paid and to adapt to the enormous diversity of individual circumstances that families face. There is, however, a pressing need for clear statements about what must be established before a court will retroactively decrease the amount owing under an existing child support order.

[4] The applicable framework must give effect to the objectives and provisions of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 ("*Guidelines*"), particularly the core objective of safeguarding the child's right to a "fair standard of support" (s. 1). Retroactive variation applications also require courts to weigh the certainty and predictability provided by an existing court order against the need for flexibility in a system that ties support to fluctuating payor income. The framework set out below balances these interests in a way that incentivizes payment of the right amount of child support when it is due and the timely disclosure of financial information — the linchpin of a just and effective family law system. Rules which create perverse incentives to ignore or postpone parental support obligations are to be firmly rejected in favour of legal standards designed with the fundamental purposes of child support in mind.

aux demandes fondées sur l'art. 17 sollicitant la réduction rétroactive ou l'annulation de l'arriéré, confusion qui persiste depuis l'arrêt de principe de la Cour *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231. Dans cette affaire, la Cour a examiné les principes et les intérêts concurrents qui sous-tendent les demandes de pension alimentaire rétroactive pour enfants présentées par un parent créancier. En l'espèce, notre Cour est appelée à clarifier les principes qui guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges lorsque le parent débiteur cherche à réduire rétroactivement la pension alimentaire afin qu'elle rende compte d'une diminution antérieure de revenu. Les tribunaux ont — et doivent avoir — un large pouvoir discrétionnaire pour modifier les ordonnances alimentaires au profit des enfants afin de faire en sorte que le juste montant de pension alimentaire soit payé et de s'adapter à l'énorme diversité de situations particulières dans lesquelles les familles peuvent se trouver. Toutefois, il est urgent d'énoncer clairement ce qui doit être établi avant qu'un tribunal puisse réduire rétroactivement le montant dû au titre d'une ordonnance alimentaire existante au profit d'un enfant.

[4] Le cadre d'analyse applicable doit donner effet aux objectifs et aux dispositions des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« *Lignes directrices* »), particulièrement à l'objectif fondamental de protéger le droit de l'enfant à des « normes équitables en matière de soutien alimentaire » (art. 1). Les demandes de modification rétroactive obligent en outre les tribunaux à soupeser la certitude et la prévisibilité que procure une ordonnance judiciaire existante par rapport au besoin de souplesse dans un système qui rattache la pension alimentaire au revenu fluctuant du parent débiteur. Le cadre d'analyse exposé ci-après met en balance ces intérêts d'une manière qui incite au paiement du juste montant de la pension alimentaire pour enfants lorsqu'elle est due, et à la communication en temps utile des renseignements financiers — la pierre angulaire d'un régime de droit de la famille juste et efficace. Les règles qui auraient pour effet indésirable d'inciter un parent à faire fi de ses obligations alimentaires, ou à en retarder l'exécution, doivent être fermement rejetées en faveur de normes juridiques visant les finalités fondamentales des prestations alimentaires pour enfants.

[5] The controversy between the parties centres on whether the framework for retroactive decreases under s. 17 should reflect the flexible and discretionary approach applied to retroactive increases in *D.B.S.* With certain modifications, I conclude that it should. A payor who has established a past decrease in income is not automatically entitled to a retroactive decrease of support back to the date of the decrease, as suggested by the motion judge in this case. The overall decision is a discretionary one.

[6] As I will explain further, the court's discretion is structured by a presumption in favour of retroactively decreasing support to the date the payor gave the recipient effective notice of an intention to seek a downward adjustment of the child support obligation, up to three years before formal notice is given of an application to vary under s. 17. This presumption is triggered as soon as a past material change in circumstances is established — it is no longer necessary to first ask whether retroactive relief is generally appropriate before moving to the question of how far back retroactive relief should extend. Discretionary factors parallel to those considered in *D.B.S.* may justify departing from the presumptive date in favour of a longer or shorter period of retroactivity. For consistency, this presumption-based approach should be mirrored where the recipient seeks a retroactive increase. Once a past material change in income is established, a presumption is triggered in favour of retroactively increasing support to a certain date, with the *D.B.S.* factors guiding the court's exercise of discretion in deciding whether to depart from that date.

[7] Given the informational asymmetry between the parties, a payor's success in obtaining a retroactive decrease will depend largely on the payor's

[5] Le différend qui oppose les parties porte sur la question de savoir si le cadre d'analyse applicable aux réductions rétroactives au titre de l'art. 17 doit correspondre à l'approche souple et discrétionnaire appliquée aux augmentations rétroactives dans l'arrêt *D.B.S.* Sous réserve de certaines modifications, je conclus que tel devrait être le cas. Le parent débiteur qui a établi une diminution passée de son revenu n'a pas automatiquement droit à une réduction rétroactive de la pension alimentaire remontant à la date de cette diminution, comme l'a laissé entendre le juge de la motion en l'espèce. La décision globale est de nature discrétionnaire.

[6] Comme je l'expliquerai plus en détail, le pouvoir discrétionnaire du tribunal s'articule autour d'une présomption en faveur d'une réduction rétroactive de la pension alimentaire remontant à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier de son intention de demander un rajustement à la baisse de l'obligation alimentaire envers l'enfant, jusqu'à trois ans avant la présentation d'un avis formel d'une demande de modification fondée sur l'art. 17. Cette présomption s'applique dès qu'un changement important antérieur de la situation est établi — il n'est plus nécessaire de se demander d'abord si la réparation rétroactive convient de façon générale avant de passer à la question de savoir jusqu'à quelle date devrait remonter cette réparation. Des facteurs discrétionnaires qui correspondent à ceux examinés dans l'arrêt *D.B.S.* peuvent justifier que l'on déroge à la date à laquelle la rétroactivité est censée remonter pour lui préférer une période de rétroactivité plus longue ou plus courte. Par souci de cohérence, cette approche fondée sur la présomption doit s'appliquer de la même façon lorsque le parent créancier sollicite une augmentation rétroactive. Dès qu'une modification importante antérieure du revenu est établie, une présomption s'applique en faveur de l'augmentation rétroactive de la pension alimentaire remontant à une certaine date, et les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* guident la décision du tribunal, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de déroger ou non à cette date.

[7] En raison de l'asymétrie au titre de l'information entre les parties, l'obtention par le parent débiteur d'une réduction rétroactive dépendra en

financial disclosure and communication. Indeed, effective notice in this context is only “effective” when there has been disclosure of the changed financial circumstances. At the stage of considering the *D.B.S.* factors, disclosure will once again be a key consideration in assessing whether the payor’s conduct operates to shorten or lengthen the presumptive period of retroactivity.

[8] In the courts below, it appears Mr. Colucci also sought rescission of all or part of his arrears on the basis of a current and ongoing inability to pay. Applications of this kind require a different analysis. In these cases, the court order or agreement reflects the correct amount of child support owing, but the payor has failed to keep up with payments as they fell due. The payor subsequently asks the court to forgive all or part of the accrued debt because of present financial hardship. When the arrears reflect the amount that ought to have been paid, the payor cannot rely on a past decrease in income to explain why there are arrears. In these cases, there is a presumption against rescinding any part of the arrears, as courts have a range of other remedial options. Rescission sits at the far end of the range because it wipes out a legally recognized debt. As such, rescission is only appropriate in exceptional circumstances. Such circumstances may arise where full disclosure of the payor’s financial circumstances shows that the payor is unable to pay the arrears and will be unable to pay in the future, even with a flexible payment plan.

[9] In these reasons, I will set out the foundational principles established by the *Guidelines* and *D.B.S.*, followed by a discussion of the centrality of financial disclosure to the child support regime. Against this backdrop, I will explain the framework courts ought to apply to determine when to retroactively reduce child support under s. 17 of the *Divorce Act*. In doing so, I will reconcile the divergent lines of authority on the applicability of the contextual *D.B.S.* factors. Finally, I will set out the analysis that applies where

grande partie de la communication de ses renseignements financiers. De fait, l’information réelle dans ce contexte n’est « réelle » que s’il y a eu communication de la nouvelle situation financière. À l’étape de l’examen des facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.*, la communication sera encore une fois une considération essentielle pour établir si le comportement du parent débiteur a pour effet de raccourcir ou d’allonger la période de rétroactivité présumée.

[8] Devant les juridictions inférieures, M. Colucci a aussi sollicité l’annulation de l’arriéré ou d’une partie de celui-ci en invoquant une incapacité actuelle et continue de payer. Ce type de demande commande une analyse différente. Dans ces cas, l’ordonnance du tribunal ou l’entente correspond au juste montant de la pension alimentaire due, mais le parent débiteur a omis de payer les versements à échéance. Le parent débiteur demande par la suite au tribunal de lui faire grâce de la totalité ou d’une partie de la dette accumulée en raison de difficultés financières actuelles. Lorsque l’arriéré correspond au montant qui aurait dû être payé, le parent débiteur ne peut s’appuyer sur une baisse de revenu antérieure pour expliquer la raison d’être de l’arriéré. Dans ces cas, il existe une présomption contre l’annulation de toute partie de l’arriéré, puisque les tribunaux disposent d’autres possibilités de réparation. L’annulation se situe à une extrémité du continuum de ces possibilités, parce qu’elle élimine une dette juridiquement reconnue. Par conséquent, l’annulation ne convient que dans des situations exceptionnelles. Une telle situation peut se présenter lorsque la communication complète de la situation financière du parent débiteur montre que celui-ci est incapable de payer l’arriéré et qu’il sera incapable de le payer dans l’avenir, même avec des modalités de paiement souples.

[9] Dans les présents motifs, j’énoncerai les principes fondamentaux établis dans les *Lignes directrices* et dans l’arrêt *D.B.S.*, après quoi je traiterai du caractère central que revêt la communication des renseignements financiers dans le régime de soutien alimentaire des enfants. Dans ce contexte, j’expliquerai le cadre d’analyse que devraient appliquer les tribunaux pour déterminer dans quelles situations il y a lieu de réduire rétroactivement la pension alimentaire pour enfants en vertu de l’art. 17 de la *Loi*

the payor seeks rescission of arrears based on current inability to pay rather than a past change in circumstances. Applying the framework to the facts of this case, there is no reason for this Court to intervene to reduce or forgive the debt accrued under the existing child support order. I would dismiss Mr. Colucci's appeal.

II. Background

[10] In 2016, Mr. Colucci applied to retroactively reduce child support and rescind arrears totalling approximately \$170,000 at the time of the application.

[11] The parties were married in 1983 and divorced in 1996. The order of McMahon J., dated May 13, 1996 ("Divorce Order"), made on consent, provided that Ms. Colucci would have sole custody of the parties' two daughters, aged 8 and 6 at the time, and required Mr. Colucci to pay child support of \$115 per week per child (indexed) until they were no longer "child[ren] of the marriage". The record does not show what Mr. Colucci's income was at the time of the order, but the amount of child support was negotiated taking into account that Ms. Colucci forewent any claim to spousal support. One year after the order was made, the *Guidelines* came into force.

[12] In April 1998, Mr. Colucci contacted Ms. Colucci through counsel to request a reduction in his child support obligations on the basis of a decrease in his income. He provided no financial disclosure to support his request and the parties reached no agreement at that time. Mr. Colucci's child support obligations ended in 2012, when the daughters were no longer children of the marriage. After that time, no further support payments accrued. Until he

sur le divorce. Ce faisant, je concilierai les courants jurisprudentiels divergents portant sur l'applicabilité des facteurs contextuels établis dans l'arrêt *D.B.S.* Enfin, j'énoncerai l'analyse qui s'applique lorsque le parent débiteur sollicite l'annulation de l'arriéré en invoquant l'incapacité actuelle de payer plutôt qu'un changement de situation antérieur. Si l'on applique le cadre d'analyse aux faits de l'espèce, aucune raison ne justifie une intervention de notre Cour pour réduire ou remettre la dette accumulée au titre de l'ordonnance alimentaire existante au profit des enfants. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. Colucci.

II. Contexte

[10] En 2016, M. Colucci a demandé la réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants et l'annulation de l'arriéré totalisant environ 170 000 \$ au moment de la demande.

[11] Les parties se sont mariées en 1983 et ont divorcé en 1996. L'ordonnance du juge McMahon, datée du 13 mai 1996 (« ordonnance de divorce »), prononcée sur consentement, accordait à M^{me} Colucci la garde exclusive des deux filles des parties, âgées de 8 et de 6 ans à l'époque, et exigeait que M. Colucci verse une pension alimentaire pour enfants de 115 \$ par semaine, par enfant (indexée), jusqu'à ce qu'elles ne soient plus [TRADUCTION] « des enfants à charge ». Le dossier ne fait pas état du revenu de M. Colucci au moment du prononcé de l'ordonnance, mais le montant de la pension alimentaire pour enfants a été négocié en tenant compte du fait que M^{me} Colucci renonçait à réclamer une pension alimentaire pour époux. Un an après le prononcé de l'ordonnance, les *Lignes directrices* sont entrées en vigueur.

[12] En avril 1998, M. Colucci a communiqué avec M^{me} Colucci par l'entremise de son avocat pour demander une réduction de ses obligations alimentaires envers les enfants en raison d'une diminution de son revenu. Il n'a communiqué aucun renseignement financier au soutien de sa demande et les parties ne sont pas parvenues à une entente à ce moment. Les obligations alimentaires de M. Colucci envers les enfants ont pris fin en 2012, lorsque les filles

brought this application in 2016, Mr. Colucci took no further steps to vary the Divorce Order.

[13] From 1998 to 2012, the period during which arrears accrued, Mr. Colucci was absent from the children’s lives and his whereabouts were unknown to Ms. Colucci and the children. He made no voluntary child support payments and the Family Responsibility Office (“FRO”) was only able to collect limited sums through enforcement mechanisms from 1998 to 2016. Enforcement action taken by the FRO includes garnishment of Mr. Colucci’s Workplace Safety and Insurance Board payments and federal income tax refunds, the suspension of his driver’s license and Canadian passport, the issuance of a writ of seizure and sale, and reporting to the credit bureau.

[14] Mr. Colucci commenced a motion to change in November 2016. He sought orders retroactively varying child support to the date the *Guidelines* came into force (May 1, 1997) and “[f]ixing the arrears of child support if any and determining the payments on those arrears in accordance with [his] income” (A.R., vol. II, at p. 4). He also asked that “any arrears of support . . . not only be fixed but that the payments on those arrears be fixed in accordance with [his] ability to pay” (p. 10).

[15] In the course of these proceedings, Mr. Colucci eventually disclosed where he had been all these years. He said he moved to the United States in 2000 and worked there until 2005. He claims he earned approximately USD 25,000 annually during those years. In 2005, he returned to Italy to care for his mother until her death in 2008. From 2005 to 2008, he states that he made between €3,000 and €4,000 per year, with the exception of 2007, when he made €19,000. Soon after his mother’s death, he received

ont cessé d’être des enfants à charge. À partir de ce moment, aucun autre montant au titre de cette pension alimentaire ne s’est accumulé. Jusqu’à ce qu’il présente sa demande en 2016, M. Colucci n’avait fait aucune autre démarche pour modifier l’ordonnance de divorce.

[13] De 1998 à 2012, la période pendant laquelle l’arriéré s’accumulait, M. Colucci était absent de la vie des enfants, et ceux-ci tout comme M^{me} Colucci ignoraient où il se trouvait. Il n’a fait aucun paiement volontaire de pension alimentaire pour enfants et le Bureau des obligations familiales (« BOF ») n’a pu percevoir que des sommes limitées au moyen de mécanismes d’exécution de 1998 à 2016. Les mesures d’exécution prises par le BOF comprenaient la saisie-arrêt des prestations de la Commission de la sécurité professionnelle et de l’assurance contre les accidents du travail et des remboursements d’impôt sur le revenu fédéral de M. Colucci, la suspension de son permis de conduire et de son passeport canadien, la délivrance d’un bref de saisie-exécution et le signalement à l’agence d’évaluation du crédit.

[14] En novembre 2016, M. Colucci a présenté une motion en modification. Il a sollicité des ordonnances modifiant rétroactivement la pension alimentaire pour enfants à la date d’entrée en vigueur des *Lignes directrices* (le 1^{er} mai 1997) et [TRADUCTION] « [f]ixant l’arriéré de la pension alimentaire pour enfants, s’il en est, et déterminant les versements imputables à cet arriéré en fonction de [son] revenu » (d.a., vol. II, p. 4). Il a en outre demandé que « tout arriéré de pension alimentaire [. . .] soit non seulement fixé, mais que les versements imputables à cet arriéré soient fixés en fonction de [sa] capacité de payer » (p. 10).

[15] Au cours de l’instance, M. Colucci a finalement révélé où il était pendant toutes ces années. Il a dit avoir déménagé aux États-Unis en 2000 et y avoir travaillé jusqu’en 2005. Il affirme avoir gagné environ 25 000 \$ US annuellement durant ces années. En 2005, il est retourné en Italie pour prendre soin de sa mère jusqu’au décès de celle-ci en 2008. Il déclare avoir gagné, de 2005 à 2008, entre 3 000 € et 4 000 € par année, à l’exception de 2007, où il a gagné 19 000 €. Peu de temps après le décès de sa

an inheritance of €15,000. He said he lived on these funds until 2016, when he returned to Canada. In 2016, Mr. Colucci received an additional €15,000 from the sale of his mother's property. He is entitled to a further €15,000 from the sale, which he was scheduled to receive on August 31, 2019.

[16] Mr. Colucci provided little documentation or financial disclosure to support these claims. He relied largely on unsubstantiated assertions in his affidavit about where he worked and how much he was paid, making it extremely difficult to accurately determine his income for the relevant years. Mr. Colucci claims he is unable to provide tax returns for the years 2000 to 2015. He says he cannot obtain tax returns from the Internal Revenue Service for the years he worked in the United States, in part because “[h]e does not have a Canadian passport . . . and may be denied re-entry” if he attends in person to obtain the returns (A.R., vol. II, at p. 59). He claims he worked for cash only between 2007 and 2015 and “did not file any income tax returns” (*ibid.*). Mr. Colucci offers no other explanation for the absence of tax returns for these years. He explained that he did not file a tax return in 2017 because he did not want the authorities to garnish his tax refund.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 6627 (Hockin J.)*

[17] In brief reasons, the motion judge held that a material change in circumstances occurred when the *Guidelines* were adopted in May 1997, entitling Mr. Colucci to a retroactive adjustment of his child support obligation from that date forward. The motion judge relied on principles from *Corcios v. Burgos*, 2011 ONSC 3326, at para. 40 (CanLII), to impute income to Mr. Colucci based on Ontario's minimum wage for the two years before he went to the U.S. and six of the years he spent in Italy.

mère, il a reçu la somme de 15 000 € en héritage. Il dit avoir utilisé ces fonds pour subvenir à ses besoins jusqu'en 2016, année où il est rentré au Canada. En 2016, M. Colucci a reçu une somme additionnelle de 15 000 € provenant de la vente de la maison de sa mère. Il a droit à une autre somme de 15 000 € de la vente, qu'il devait recevoir le 31 août 2019.

[16] Monsieur Colucci a fourni peu de documents ou de renseignements financiers au soutien de ces allégations. Dans son affidavit, il s'est appuyé en grande partie sur des affirmations non corroborées concernant les endroits où il a travaillé et sa rémunération, ce qui rend extrêmement difficile la tâche de déterminer avec exactitude son revenu pour les années pertinentes. Monsieur Colucci affirme être incapable de fournir des déclarations de revenus pour les années 2000 à 2015. Il dit ne pas pouvoir obtenir de déclarations de revenus de l'Internal Revenue Service pour les années où il travaillait aux États-Unis, en partie parce qu'il [TRADUCTION] « n'a pas de passeport canadien [. . .] et pourrait être interdit de retour » s'il se rend en personne pour obtenir les déclarations (d.a., vol. II, p. 59). Il dit avoir seulement été rémunéré en espèces pour son travail effectué entre 2007 et 2015 et « ne pas avoir produit de déclaration de revenus » (*ibid.*). Monsieur Colucci n'offre aucune autre explication justifiant l'absence de déclarations de revenus pour ces années. Il explique ne pas avoir produit de déclaration de revenus en 2017 parce qu'il ne voulait pas que les autorités effectuent une saisie-arrêt de son remboursement d'impôt.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2018 ONSC 6627 (le juge Hockin)*

[17] Dans de brefs motifs, le juge de la motion a statué qu'il y avait eu un changement de situation important lorsque les *Lignes directrices* ont été adoptées en mai 1997, donnant à M. Colucci le droit à un rajustement rétroactif de son obligation alimentaire envers les enfants à compter de cette date. Le juge de la motion s'est appuyé sur les principes tirés de la décision *Corcios c. Burgos*, 2011 ONSC 3326, par. 40 (CanLII), pour attribuer à M. Colucci un revenu en fonction du salaire minimum de l'Ontario

However, the motion judge did not apply the factors set out in *Corcios* for assessing whether a reduction of arrears is warranted.

[18] After finding a material change in circumstances, the motion judge simply completed a mathematical calculation. Based on the income attributed to Mr. Colucci for the years 1997 to 2012, the motion judge retroactively reduced Mr. Colucci's child support obligations, effectively reducing the arrears owing from approximately \$170,000 to \$41,642. The motion judge found that this variation was warranted in order to bring the child support arrears in line with the principles stemming from the *Guidelines*, in particular the table amounts (which were implemented one year after the Divorce Order), and to reflect changes in Mr. Colucci's drop in income over the period when the arrears were accruing (paras. 14-15).

[19] Prospective payments against the arrears were fixed at \$425 per month based on Mr. Colucci's asserted current income. Mr. Colucci was also ordered to pay Ms. Colucci €15,000 upon receiving the funds from the sale of his mother's house. He was scheduled to receive the funds on August 31, 2019. As of the date of the hearing before this Court, this amount had yet to be paid to Ms. Colucci.

[20] The motion judge made no reference to the *D.B.S.* factors, referring to *D.B.S.* only to note that "the so-called [three-year] rule does not apply" (para. 20). The "three-year rule" is a presumption established in *D.B.S.* that a retroactive increase in support should extend no more than three years before the recipient gave formal notice of the application to vary under s. 17 of the *Divorce Act*. The motion judge added that

[t]his is not a retroactive support order but a case where arrears have accumulated and require adjustment. In any

pour les deux années ayant précédé son départ vers les États-Unis et pour six des années qu'il avait passées en Italie. Cependant, le juge de la motion n'a pas appliqué les facteurs énoncés dans la décision *Corcios* pour déterminer si une réduction de l'arriéré était justifiée.

[18] Après avoir conclu à un changement de situation important, le juge de la motion a simplement effectué un calcul mathématique. En fonction du revenu attribué à M. Colucci pour les années 1997 à 2012, le juge de la motion a rétroactivement réduit les obligations alimentaires de M. Colucci envers ses enfants, réduisant de fait l'arriéré dû, le faisant passer d'environ 170 000 \$ à 41 642 \$. Le juge de la motion a conclu que cette modification était justifiée afin d'harmoniser l'arriéré de pension alimentaire pour enfants avec les principes découlant des *Lignes directrices*, en particulier les montants figurant dans les tables (qui ont été mis en œuvre un an après l'ordonnance de divorce), et afin de refléter les changements, soit la baisse de revenu de M. Colucci, au cours de la période où l'arriéré s'accumulait (par. 14-15).

[19] Les versements prospectifs imputables à l'arriéré ont été fixés à 425 \$ par mois en fonction du revenu actuel déclaré de M. Colucci. Celui-ci a en outre été condamné à payer à M^{me} Colucci la somme de 15 000 € dès la réception du produit de la vente de la maison de sa mère. Il devait recevoir l'argent le 31 août 2019. À la date de l'audience devant la Cour, ce montant n'avait pas encore été payé à M^{me} Colucci.

[20] Le juge de la motion n'a pas fait mention des facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.*, renvoyant à cet arrêt seulement pour souligner que [TRADUCTION] « la règle dite [des trois ans] ne s'applique pas » (par. 20). Cette règle est une présomption établie dans l'arrêt *D.B.S.* portant qu'une augmentation rétroactive de la pension alimentaire ne doit pas remonter à plus de trois ans avant que le parent créancier ait donné un avis formel de la demande de modification fondée sur l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Le juge de la motion a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une ordonnance alimentaire rétroactive, mais d'un cas où l'arriéré s'est accumulé

event, it would be wrong to limit the calculation in view of [Mr. Colucci's] delinquency. [para. 20]

B. *Court of Appeal, 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259 (Brown, Roberts and Zarnett J.J.A.)*

[21] Ms. Colucci appealed the motion judge's order on three grounds: (1) the motion judge failed to apply the principles on retroactive variation from *D.B.S. and Gray v. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201, in order to evaluate whether it was appropriate to reduce the arrears in this case; (2) the motion judge failed to apply the three-year rule; and (3) the motion judge incorrectly imputed income to Mr. Colucci (para. 13).

[22] Speaking for the court, Roberts J.A. found that, while the enactment of the *Guidelines* constituted a change in circumstances, the motion judge erred in concluding that Mr. Colucci was entitled to a retroactive variation extending back to 1997 "as of right" (para. 14). The motion judge also erred in distinguishing *D.B.S.* and failing to follow *Gray*. Roberts J.A. stated:

While [*D.B.S.*] involved an application for a retroactive increase in support, the factors articulated by the Supreme Court were intended to serve as general principles applicable, with appropriate adaptation, to retroactive support variations that would decrease the quantum of child support. [para. 15]

[23] In line with these remarks, the Ontario Court of Appeal in *Gray* adapted the four *D.B.S.* factors to applications to reduce or rescind child support arrears, along with the rule that variation should extend to the date of effective notice unless that date is more than three years before formal notice (paras. 15-18).

[24] Roberts J.A. noted that, given Mr. Colucci's failure to make full and accurate financial disclosure,

et doit être rajusté. Quoi qu'il en soit, il serait erroné de limiter le calcul eu égard à la défaillance de [M. Colucci]. [par. 20]

B. *Cour d'appel, 2019 ONCA 561, 26 R.F.L. (8th) 259 (les juges Brown, Roberts et Zarnett)*

[21] Madame Colucci a interjeté appel de l'ordonnance du juge de la motion en invoquant trois moyens : (1) le juge de la motion n'aurait pas appliqué les principes relatifs à la modification rétroactive établis dans les décisions *D.B.S.* et *Gray c. Rizzi*, 2016 ONCA 152, 129 O.R. (3d) 201, afin d'évaluer l'opportunité de réduire l'arriéré en l'espèce; (2) le juge de la motion n'aurait pas appliqué la règle des trois ans; et (3) le juge de la motion aurait attribué à tort un revenu à M. Colucci (par. 13).

[22] Au nom de la cour, la juge Roberts a conclu que même si l'adoption des *Lignes directrices* constituait un changement de situation, le juge de la motion avait eu tort de conclure que M. Colucci avait droit à une modification rétroactive remontant à 1997 [TRADUCTION] « de plein droit » (par. 14). Le juge de la motion a aussi eu tort de distinguer la présente affaire de l'arrêt *D.B.S.* et de ne pas suivre l'arrêt *Gray*. La juge Roberts a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Alors que l'arrêt [*D.B.S.*] portait sur une demande d'augmentation rétroactive de la pension alimentaire, les facteurs formulés par la Cour suprême étaient censés servir de principes généraux applicables, avec les adaptations qui s'imposent, aux modifications rétroactives de la pension alimentaire qui réduiraient le montant de la pension alimentaire pour enfants. [par. 15]

[23] Conformément à ces observations, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Gray*, a adapté les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* aux demandes de réduction ou d'annulation de l'arriéré de pension alimentaire pour enfants, ainsi que la règle selon laquelle la modification doit remonter à la date de l'information réelle, à moins que cette date remonte à plus de trois ans avant l'avis formel (par. 15-18).

[24] La juge Roberts a fait remarquer que, étant donné que M. Colucci n'avait pas communiqué les

the court was unable to determine whether he sought relief based on a current inability to pay the arrears or a change in financial circumstances that affected his ability to meet his obligations as they came due. However, the outcome is the same in either scenario (para. 28).

[25] With respect to the second scenario of changed circumstances based on decreased income, the motion judge ought to have applied the *Corcios/Gray* factors (C.A. reasons, at paras. 22-23). Applying those factors, the Court of Appeal found that Mr. Colucci failed to “discharg[e] his onus to explain his significant failure to make support payments and his extraordinary delay in proceeding with his application to vary” (para. 31). His blameworthy conduct as a “recalcitrant payor” (para. 30) and in failing to produce documents and misrepresenting his mother’s estate, along with hardship experienced by his daughters (including considerable student debt), militated against varying the child support order more than three years from the date of effective notice, that is November 17, 2016, the commencement of the motion to change (paras. 27-32). As this date does not affect the amount of the accumulated arrears to 2012, no reduction in arrears was allowed (paras. 34-36).

[26] Further, the Court of Appeal noted that Mr. Colucci was in breach of his ongoing requirement to make full documentary and financial disclosure (at para. 32) and had failed to produce any reliable evidence of his inability to pay while arrears were accumulating (para. 31).

IV. Issues

[27] This appeal raises two questions: first, what is the appropriate framework for deciding applications to retroactively reduce child support under s. 17 of

renseignements financiers complets et exacts, la cour n’était pas en mesure de déterminer s’il sollicitait une réparation sur le fondement de son incapacité actuelle de payer l’arriéré ou sur le fondement d’un changement de situation financière ayant une incidence sur sa capacité de s’acquitter de ses obligations à leur échéance. Toutefois, le résultat est le même dans les deux scénarios (par. 28).

[25] En ce qui concerne le deuxième scénario, soit celui de la nouvelle situation en raison du revenu moindre, le juge de la motion aurait dû appliquer les facteurs énoncés dans les décisions *Corcios/Gray* (motifs de la C.A., par. 22-23). Appliquant ces facteurs, la Cour d’appel a conclu que M. Colucci ne s’était pas [TRADUCTION] « acquitté de son fardeau d’expliquer son omission importante de verser la pension alimentaire ainsi que le temps extraordinairement long qu’il a mis avant de présenter sa demande de modification » (par. 31). Sa conduite répréhensible de « parent débiteur récalcitrant » (par. 30) et le fait d’avoir omis de produire des documents et présenté de façon inexacte la succession de sa mère, en plus des difficultés vécues par ses filles (y compris une dette d’études considérable), militaient contre la modification de l’ordonnance alimentaire pour enfants remontant à plus de trois ans de la date de l’information réelle, c’est-à-dire le 17 novembre 2016, date de présentation de la motion en modification (par. 27-32). Comme cette date n’a aucune incidence sur le montant de l’arriéré accumulé jusqu’en 2012, aucune réduction de l’arriéré n’a été autorisée (par. 34-36).

[26] De plus, la Cour d’appel a souligné que M. Colucci avait manqué à son obligation continue de communiquer l’intégralité des documents et des renseignements financiers (par. 32) et avait omis de produire des éléments de preuve fiables de son incapacité de payer pendant que l’arriéré s’accumulait (par. 31).

IV. Questions en litige

[27] Le présent pourvoi soulève deux questions : premièrement, quel est le cadre d’analyse qui permet de trancher les demandes sollicitant la réduction

the *Divorce Act*, and second, what is the appropriate framework where the payor parent seeks to rescind child support arrears under s. 17 based on current and ongoing inability to pay?

V. Analysis

[28] While children should be shielded from the economic consequences of divorce to the fullest extent possible, the federal child support regime contemplates that the family as a whole — including the child — will share the rising and falling fortunes of the payor parent, just as they would have before the separation. Because child support under the *Divorce Act* is tied to payor income and income tends to fluctuate, a child support order or agreement reflects a snapshot in time and is never final (*D.B.S.*, at para. 64; *D.B.S. v. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60 (“*D.B.S. (C.A.)*”), at para. 100; *Brear v. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 20, per Pentelechuk J.A.). Various legal, administrative and consent-based mechanisms exist to periodically change child support orders to bring them in line with financial realities.

[29] Section 17 of the *Divorce Act* is one such mechanism. It provides that, on application, a court “may make an order varying, rescinding or suspending, retroactively or prospectively, a support order or any provision of one” (s. 17(1)(a)). As the wording indicates, s. 17 confers wide discretion on the judge, who “may” — but is not required to — vary, rescind, or suspend an order into the future, the past, or both. The *Divorce Act* expressly confers such broad powers because wide judicial discretion is necessary to respond to the multiplicity of factual situations produced by human behaviour.

rétroactive d’une pension alimentaire pour enfants en application de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* et, deuxièmement, quel est le cadre d’analyse qu’il convient d’appliquer lorsque le parent débiteur sollicite l’annulation de l’arriéré d’une pension alimentaire pour enfants en application de l’art. 17 sur le fondement d’une incapacité de payer actuelle et continue?

V. Analyse

[28] Bien que les enfants doivent autant que possible être mis à l’abri des conséquences économiques d’un divorce, le régime fédéral des pensions alimentaires pour enfants prévoit que la famille dans son ensemble — y compris l’enfant — partagera les hauts et les bas du revenu du parent débiteur, tout comme elle le faisait avant la séparation. Parce que la pension alimentaire pour enfants versée en application de la *Loi sur le divorce* est liée au revenu du parent débiteur et que le revenu tend à fluctuer, une ordonnance ou une entente alimentaire au profit d’un enfant tient compte de la situation précise existant au moment où elle est rendue et n’est jamais définitive (*D.B.S.*, par. 64; *D.B.S. c. S.R.G.*, 2005 ABCA 2, 361 A.R. 60 (« *D.B.S. (C.A.)* »), par. 100; *Brear c. Brear*, 2019 ABCA 419, 97 Alta. L.R. (6th) 1, par. 20, la juge Pentelechuk). Il existe divers mécanismes juridiques, administratifs et axés sur le consentement servant à modifier périodiquement les ordonnances alimentaires au profit des enfants afin de les faire concorder aux réalités financières.

[29] L’article 17 de la *Loi sur le divorce* est l’un de ces mécanismes. Il prévoit qu’un tribunal, sur demande, « peut rendre une ordonnance qui modifie, annule ou suspend, rétroactivement ou pour l’avenir, une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions » (al. 17(1)a)). Comme l’indique le libellé, l’art. 17 confère un large pouvoir discrétionnaire au juge qui « peut » — sans y être tenu — modifier, annuler ou suspendre une ordonnance pour l’avenir, le passé ou les deux. La *Loi sur le divorce* confère expressément d’aussi larges pouvoirs parce que les tribunaux ont besoin d’un vaste pouvoir discrétionnaire pour répondre à la multiplicité de situations factuelles produites par le comportement humain.

[30] Experience teaches that there are three main categories of claims for retroactive relief under s. 17, each with its own particular set of considerations:

1. The recipient seeks to retroactively increase support because of a past change in circumstances, with the change usually being an increase in the payor's income. In such circumstances, the existing order or agreement underestimates the payor's income.
2. The payor seeks a retroactive decrease in support because of a past change in circumstances. The paradigmatic change is a drop in income that impacts the payor's ability to make payments as they come due. In such circumstances, the existing order or agreement overestimates the payor's income.
3. The payor seeks to rescind or suspend arrears because of current and future inability to pay rather than a past change in circumstances.

[31] Mr. Colucci seeks two forms of relief under s. 17. He invokes the second category when he asks this Court to go back to the date the *Guidelines* came into force in 1997 and reduce his support obligation to correspond to what he says his income was for each of the years during which child support was payable, up until 2012. In his motion to change and before the Court of Appeal, it appears that he also sought to rescind all or some of what he ought to have paid because he says he is unable to pay even a reduced amount. This falls within the third category of cases.

[32] In this section, I start by setting out the basic principles of child support law established in the *Guidelines* and *D.B.S.*, which must underpin and inform the courts' approach to variation of child support and rescission of arrears. It will become clear from this discussion that the linchpin holding the

[30] L'expérience nous enseigne qu'il y a trois principales catégories de demandes de réparation rétroactive en application de l'art. 17, dont chacune possède son propre ensemble de considérations :

1. Le parent créancier demande une augmentation rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement de situation antérieur, celui-ci étant habituellement une augmentation du revenu du parent débiteur. Dans de telles situations, le revenu du parent débiteur est sous-estimé dans l'ordonnance ou l'entente existante.
2. Le parent débiteur demande une réduction rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement de situation antérieur. Le changement typique est une diminution du revenu qui a une incidence sur la capacité du parent débiteur de faire les versements à échéance. Dans de telles situations, le revenu du parent débiteur est surestimé dans l'ordonnance ou l'entente.
3. Le parent débiteur demande l'annulation ou la suspension de l'arriéré en raison d'une incapacité actuelle et future de payer, plutôt que d'un changement de situation antérieur.

[31] Monsieur Colucci sollicite deux formes de réparation en vertu de l'art. 17. Il invoque la deuxième catégorie lorsqu'il demande à la Cour de remonter à la date d'entrée en vigueur des *Lignes directrices* en 1997 et de réduire son obligation alimentaire pour qu'elle corresponde au revenu qu'il affirme avoir touché pour chacune des années pendant lesquelles la pension alimentaire pour enfants était payable, jusqu'en 2012. Dans sa motion en modification et devant la Cour d'appel, il semble aussi avoir sollicité l'annulation de la totalité ou d'une partie du montant qu'il aurait dû payer parce que selon lui, il est incapable de payer ne serait-ce qu'un montant réduit. Cette demande fait partie de la troisième catégorie de cas.

[32] Dans la présente partie, je commence par énoncer les principes fondamentaux du droit en matière de soutien alimentaire au profit des enfants établis dans les *Lignes directrices* et dans l'arrêt *D.B.S.*, lesquels doivent sous-tendre et guider la manière dont les tribunaux abordent la modification de la

child support regime together is financial disclosure. As such, before turning to the applicable framework under s. 17, I will elaborate on the importance of disclosure, a theme that will run throughout the analysis that follows.

A. *Foundational Principles in the Guidelines and D.B.S.*

[33] Child support under the *Divorce Act* is determined in accordance with the *Guidelines*, which are legally binding as subordinate legislation enacted pursuant to s. 26.1 of the *Divorce Act*. The *Guidelines* establish the goals, principles and provisions which govern all child support applications and determinations under the *Divorce Act*. Section 1 of the *Guidelines* sets out four overarching objectives that must be borne in mind in any child support proceeding in which the *Guidelines* apply:

- (a) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;
- (b) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;
- (c) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and
- (d) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

[34] The enactment of the *Guidelines* in 1997 marked a paradigm shift in Canadian child support law away from a need-based approach to one which clearly established the child's entitlement to support

pension alimentaire pour enfants et l'annulation de l'arriéré. Il ressortira de cette analyse que la pierre angulaire du régime de pensions alimentaires pour enfants est la communication des renseignements financiers. Par conséquent, avant de passer au cadre d'analyse applicable en vertu de l'art. 17, j'examinerai l'importance de la communication, un sujet que l'on retrouvera tout au long de l'analyse qui suit.

A. *Principes fondamentaux des Lignes directrices et de l'arrêt D.B.S.*

[33] La pension alimentaire pour enfants sous le régime de la *Loi sur le divorce* est déterminée conformément aux *Lignes directrices*, qui ont force obligatoire en tant que texte législatif subordonné pris en application de l'art. 26.1 de la *Loi sur le divorce*. Les *Lignes directrices* établissent les objectifs, les principes et les dispositions qui régissent toutes les demandes de pension alimentaire pour enfants et les jugements rendus en application de la *Loi sur le divorce* à ce chapitre. L'article premier des *Lignes directrices* énonce quatre objectifs prépondérants qu'il faut garder à l'esprit dans toute instance en matière de pension alimentaire pour enfants à laquelle s'appliquent les *Lignes directrices* :

- a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;
- b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;
- c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;
- d) assurer un traitement uniforme des époux et enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

[34] L'adoption des *Lignes directrices* en 1997 représente une transformation du droit canadien en matière de soutien alimentaire pour enfants, lequel est passé d'une approche axée sur les besoins à une

commensurate with the payor's income (*D.B.S.*, at paras. 42-45). The *Guidelines* rest on the principle that "spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation" (*Divorce Act*, s. 26.1(2)). Section 3 of the *Guidelines* provides that the amount of child support is presumptively determined in accordance with the applicable table in Schedule I. Putting aside shared custody arrangements, the tables generally allow parents and courts to calculate the amount of child support owing based on just two numbers: the payor's income, and the number of children to be supported. (For s. 7 expenses under the *Guidelines*, the income of the recipient is also relevant.) The amount of child support is determined based solely on parental income and not the child's needs (unless the payor's income is over \$150,000) (s. 4).

[35] All provinces and territories have an equivalent to the *Guidelines* or have adopted the federal *Guidelines* for the purpose of determining child support under provincial family law legislation. Of course, the provinces are free to depart from the approach in the federal *Guidelines*, as child support that is not incidental to divorce falls within provincial competence (*D.B.S.*, at paras. 49 and 53).

[36] Building on the sea change initiated by the *Guidelines*, *D.B.S.* was a landmark decision in which the Court considered four cases involving applications by recipient parents for retroactive child support. The Court confirmed the long-established principles that support is the right of the child and that parents have a financial obligation to their children arising at birth and continuing after separation (*D.B.S.*, at paras. 37-38; see also *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.), at para. 15; *Hunt v. Smolis-Hunt*, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238, at para. 17; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R.

approche établissant clairement le droit de l'enfant à des aliments à proportion du revenu du parent débiteur (*D.B.S.*, par. 42-45). Les *Lignes directrices* reposent sur le principe selon lequel « l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et [. . .] elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation » (*Loi sur le divorce*, par. 26.1(2)). L'article 3 des *Lignes directrices* prévoit qu'en règle générale, le montant de la pension alimentaire pour enfants est déterminé conformément à la table applicable prévue à l'annexe I. Indépendamment des ententes de garde partagée, les tables permettent généralement aux parents et aux tribunaux de calculer le montant dû de la pension alimentaire pour enfants en fonction de deux chiffres seulement : le revenu du parent débiteur et le nombre d'enfants à charge. (En ce qui concerne les frais visés à l'art. 7 des *Lignes directrices*, le revenu du parent créancier est aussi pertinent.) Le montant de la pension alimentaire pour enfants est déterminé uniquement en fonction du revenu parental, et non des besoins de l'enfant (à moins que le revenu du parent débiteur soit supérieur à 150 000 \$) (art. 4).

[35] Toutes les provinces et tous les territoires ont un équivalent des *Lignes directrices* ou ont adopté les *Lignes directrices* fédérales permettant de déterminer la pension alimentaire pour enfants en application des textes législatifs provinciaux en matière de droit de la famille. Bien entendu, les provinces peuvent déroger à l'approche prévue dans les *Lignes directrices* fédérales, puisque la pension alimentaire pour enfants qui n'est pas accessoire au divorce relève de la compétence des provinces (*D.B.S.*, par. 49 et 53).

[36] Prenant comme point de départ le changement important qu'ont introduit les *Lignes directrices*, l'arrêt *D.B.S.* a été une décision de principe dans laquelle la Cour s'est penchée sur quatre cas où des parents créanciers avaient présenté une demande de pension alimentaire rétroactive pour enfants. La Cour a confirmé les principes établis depuis longtemps selon lesquels l'enfant a droit aux aliments et les parents ont une obligation financière envers leurs enfants dès la naissance, laquelle se poursuit après la séparation (*D.B.S.*, par. 37-38; voir aussi *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.), par. 15;

130 (C.A.), at p. 134). The Court also explained that, in the *Guidelines* era, the payor parent is always under a free-standing legal obligation — independent of any court order — to pay child support commensurate with income (*D.B.S.*, at para. 68).

[37] Prior to *D.B.S.*, some courts had yet to move away from the judicial reluctance to award retroactive support that characterized the pre-*Guidelines* era. In order to obtain retroactive support capturing the period before formal proceedings were commenced, the recipient parent generally had to show exceptional circumstances or, at the very least, “appropriate circumstances” (C. Davies, “Retroactive Child Support: the Alberta Trilogy” (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1, at p. 8; *Whitton v. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437, at para. 19). In *D.B.S.*, the Court took a decisive step into the *Guidelines* era by emphasizing that retroactive child support awards “cannot simply be regarded as exceptional orders to be made in exceptional circumstances” (para. 5). When the payor’s income rises but they continue to pay in accordance with an existing court order, they fall short of meeting the free-standing legal obligation to pay support commensurate with income. *D.B.S.* confirmed that a retroactive increase of support in such circumstances is therefore “not truly retroactive”; rather, it “enforce[s] an obligation that should have been fulfilled already” (paras. 67-68; see also para. 69).

[38] The majority in *D.B.S.* found that a retroactive increase in support will not always be appropriate (para. 95). The court must exercise its discretion to determine whether a retroactive award should be given at all, and how far back it should extend. Justice Bastarache set out four factors to guide the courts’ discretion: (a) the recipient’s delay in seeking retroactive support; (b) the payor’s conduct; (c) the

Hunt c. Smolis-Hunt, 2001 ABCA 229, 97 Alta. L.R. (3d) 238, par. 17; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), p. 134). La Cour a expliqué en outre qu’à l’époque des *Lignes directrices*, le parent débiteur est toujours soumis à une obligation juridique indépendante de verser une pension alimentaire pour enfants proportionnelle à son revenu, et ce, indépendamment de toute ordonnance judiciaire (*D.B.S.*, par. 68).

[37] Avant l’arrêt *D.B.S.*, certains tribunaux n’avaient pas encore surmonté leur réticence à rendre une ordonnance alimentaire rétroactive, qui caractérisait l’époque antérieure aux *Lignes directrices*. Afin d’obtenir une pension alimentaire rétroactive pour la période précédant l’introduction de l’instance formelle, le parent créancier devait généralement faire la preuve de circonstances exceptionnelles ou, à tout le moins, démontrer qu’il s’agissait d’une [TRADUCTION] « situation qui s’y prête » (C. Davies, « Retroactive Child Support : the Alberta Trilogy » (2005), 24 *C.F.L.Q.* 1, p. 8; *Whitton c. Shippelt*, 2001 ABCA 307, 23 R.F.L. (5th) 437, par. 19). Dans l’arrêt *D.B.S.*, la Cour a franchi une étape décisive dans l’époque des *Lignes directrices* en soulignant que l’ordonnance rétroactive de pension alimentaire pour enfants « ne peut [. . .] simplement être considérée comme une ordonnance exceptionnelle rendue dans des circonstances exceptionnelles » (par. 5). Lorsque le parent débiteur voit son revenu augmenter, mais qu’il continue de verser la pension conformément à une ordonnance judiciaire existante, il ne s’acquitte pas entièrement de l’obligation juridique indépendante de verser des aliments à proportion de son revenu. L’arrêt *D.B.S.* a confirmé qu’une augmentation rétroactive de la pension alimentaire dans de telles circonstances n’est donc « pas vraiment rétroactiv[e] », mais « fait [plutôt] respecter une obligation dont le parent débiteur aurait dû s’acquitter » (par. 67-68; voir aussi par. 69).

[38] Les juges majoritaires dans l’arrêt *D.B.S.* ont conclu qu’une augmentation rétroactive de la pension alimentaire ne conviendra pas toujours (par. 95). Le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s’il est même opportun de prononcer une ordonnance rétroactive, et la date à laquelle elle doit remonter. Le juge Bastarache a énoncé quatre facteurs qui guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire du

child’s circumstances; and (d) hardship entailed by a retroactive award. These factors were recently considered by this Court in *Michel v. Graydon*, 2020 SCC 24, [2020] 2 S.C.R. 763 (para. 29, per Brown J.; paras. 111-26, per Martin J.).

[39] Where a retroactive increase in child support is appropriate, the majority in *D.B.S.* suggested that the date of retroactivity should generally be the date of “effective notice” (para. 118). “Effective notice” in this context was said to simply require the recipient to “broac[h]” the subject of an increase in child support (para. 121). The majority of the Court noted, however, that recipients should be encouraged to move discussions forward after giving effective notice. To that end, the majority concluded that retroactive awards should generally extend no further than three years before the date of formal notice. This is known as the “three-year rule”, although it is a presumption only.

[40] In a significant caveat to these general rules, Justice Bastarache added that the date of the payor’s increase in income may sometimes be a more appropriate date of retroactivity, particularly where the payor engages in “blameworthy conduct” (para. 124). Such conduct includes the payor’s failure to disclose material increases in income. At para. 124, Bastarache J. said:

Not disclosing a material change in circumstances — including an increase in income that one would expect to alter the amount of child support payable — is itself blameworthy conduct. The presence of such blameworthy conduct will move the presumptive date of retroactivity back to the time when circumstances changed materially. A payor parent cannot use his/her informational advantage to justify his/her deficient child support payments.

tribunal : a) le fait que le parent créancier a tardé à demander l’ordonnance alimentaire; b) le comportement du parent débiteur; c) la situation de l’enfant; et d) les difficultés que pourrait causer une ordonnance rétroactive. La Cour a récemment examiné ces facteurs dans l’arrêt *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763 (par. 29, le juge Brown; par. 111-126, la juge Martin).

[39] Dans l’arrêt *D.B.S.*, les juges majoritaires ont statué que lorsqu’il convient d’accorder une augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants, la date de rétroactivité doit généralement être la date de l’« information réelle » (par. 118). Dans ce contexte, disent-ils, l’« information réelle » exige simplement que le parent créancier « abord[e] » le sujet d’une augmentation de la pension alimentaire pour enfants (par. 121). Cependant, les juges majoritaires de la Cour ont souligné qu’il faut encourager les parents créanciers à faire progresser les discussions après avoir donné l’information réelle. À cette fin, ils ont conclu que les ordonnances rétroactives ne doivent généralement pas remonter à plus de trois ans avant la date de l’avis formel. C’est ce qu’on appelle la « règle des trois ans », bien qu’il ne s’agisse que d’une présomption.

[40] Exprimant une réserve importante à ces règles générales, le juge Bastarache a ajouté qu’il y a parfois lieu de faire rétroagir l’ordonnance à la date d’augmentation du revenu du parent débiteur, particulièrement lorsque le parent débiteur s’est comporté « de manière répréhensible » (par. 124). L’omission du parent débiteur de signaler des augmentations importantes de son revenu fait partie de ces comportements répréhensibles. Au par. 124, le juge Bastarache a affirmé ce qui suit :

Ne pas signaler un changement de situation important — y compris une augmentation du revenu susceptible de modifier le montant de la pension alimentaire versée pour l’enfant — est en soi répréhensible. L’existence d’un tel comportement répréhensible fera en sorte que la date de rétroactivité présumée corresponde à celle où la situation a sensiblement changé. Le parent débiteur ne peut se servir de son accès privilégié aux renseignements pour justifier une pension alimentaire insuffisante.

[41] Since *D.B.S.*, various courts have accepted and acted upon the principle that failing to disclose an increase in income is blameworthy conduct justifying variation to the date of the change (*C. (M.) v. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59, at para. 37; *Goulding v. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259, at para. 44; *Brear*, at para. 74, per Pentelchuk J.A.; *Burchill v. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217, at paras. 29-30; *Greene v. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330, at para. 73; *Carlaw v. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1, at paras. 23-25; *Damphouse v. Damphouse*, 2020 ABQB 101, at para. 72 (CanLII)). “Blameworthy conduct”, as that concept has developed in the cases, does not simply extend to the most egregious cases of deception or intentional evasion, like this case. It may also extend to cases of mere passivity and “taking the path of least resistance” (*Burchill*, at para. 30).

[42] Most recently, in *Michel*, my colleague Brown J. (speaking for the Court on this point) confirmed that “the date of effective notice is not relevant when a payor parent has engaged in blameworthy conduct (irrespective of the degree of blameworthiness)”, including failure to disclose material information (para. 36; see also para. 33). Payor parents are “subject to a duty of full and honest disclosure” (para. 33). Where the payor fails to comply with this duty and leaves the recipient unaware of increases in income, a retroactive award “will commonly be appropriate” because non-disclosure “eliminates any need to protect [the payor’s] interest in the certainty of his [or her] child support obligations” (paras. 32 and 34).

[43] In practice, then, the date of retroactivity is frequently adjusted to align with the date of the material increase in income, despite the “general rule” of varying to the date of effective notice in *D.B.S.* (para. 118). It would be “untenable to suggest that a parent who fails to provide financial disclosure can assume that the amount being provided is adequate

[41] Depuis l’arrêt *D.B.S.*, divers tribunaux ont admis et appliqué le principe selon lequel l’omission de signaler une augmentation de revenu est un comportement répréhensible qui justifie une modification remontant à la date du changement (*C. (M.) c. O. (J.)*, 2017 NBCA 15, 93 R.F.L. (7th) 59, par. 37; *Goulding c. Keck*, 2014 ABCA 138, 42 R.F.L. (7th) 259, par. 44; *Brear*, par. 74, la juge Pentelchuk; *Burchill c. Roberts*, 2013 BCCA 39, 41 B.C.L.R. (5th) 217, par. 29-30; *Greene c. Greene*, 2010 BCCA 595, 12 B.C.L.R. (5th) 330, par. 73; *Carlaw c. Carlaw*, 2009 NSSC 428, 299 N.S.R. (2d) 1, par. 23-25; *Damphouse c. Damphouse*, 2020 ABQB 101, par. 72 (CanLII)). La notion de « comportement répréhensible », selon le sens qui lui a été donné dans la jurisprudence, ne se limite pas aux cas les plus flagrants de tromperie ou d’évitement intentionnel, comme en l’espèce. Elle peut également englober les cas de simple passivité et les cas [TRADUCTION] « où l’on choisit la voie de la facilité » (*Burchill*, par. 30).

[42] Plus récemment, dans l’arrêt *Michel*, mon collègue le juge Brown (s’exprimant au nom de la Cour sur ce point) a confirmé que « la date d’information réelle n’est pas pertinente dans les cas où le parent débiteur s’est comporté de façon répréhensible (sans égard au degré de répréhensibilité de son comportement) », ce qui comprend la non-communication de renseignements importants (par. 36; voir aussi par. 33). Les parents débiteurs sont « assujettis à une obligation de communication franche et complète » (par. 33). Lorsque le parent débiteur ne s’acquitte pas de cette obligation et n’informe pas le parent créancier en cas d’augmentations de son revenu, une ordonnance rétroactive « sera généralement indiquée », parce que la non-communication « élimine [...] tout besoin de protéger l’intérêt [du parent débiteur] à jouir de la certitude en ce qui a trait à ses obligations alimentaires envers l’enfant » (par. 32 et 34).

[43] En pratique, donc, la date de rétroactivité est fréquemment ajustée pour concorder avec la date de l’augmentation importante du revenu, malgré la règle énoncée dans l’arrêt *D.B.S.* voulant qu’il faille « généralement » faire remonter la modification à la date de l’information réelle (par. 118). Il serait [TRADUCTION] « indéfendable de prétendre qu’un parent

because the recipient parent has not brought a court application” (*Brear*, at para. 74, per Pentelchuk J.A.). Further, even where the payor has disclosed increases in income, the *D.B.S.* factors may support extending a retroactive increase of support back to the time of the change in income.

[44] In settling on the date of effective notice as the “general rule”, *D.B.S.* represented a kind of compromise between the pre-*Guidelines* world — with its payor-focused concepts of *laches* and hoarding — and the child-centered era of the *Guidelines*. In the pre-*Guidelines* era, notice was considered important because it was viewed as unfair to surprise payors with a retroactive award when they could not know the extent of their child support obligation until it was determined by the court (*D.B.S. (C.A.)*, at para. 79). After the *Guidelines* became law, parents knew about the existence and extent of their obligations, but courts continued to show reluctance to grant retroactive awards and pre-*Guidelines* concepts like notice and *laches* retained some influence. This background helps explain the majority’s wariness in *D.B.S.* about changing the rules for payors mid-stream. Since *D.B.S.*, however, expectations of and for payors have evolved. The *Guidelines* and s. 17 of the *Divorce Act* are clear and *D.B.S.* itself gave notice to payor parents that they must pay more support as income rises and that this obligation may be enforced after the fact.

[45] In light of the existing approach to blameworthy conduct and the pervasiveness of non-disclosure, it may be necessary in a future case to revisit the presumptive date of retroactivity in cases where

qui n’a pas communiqué ses renseignements financiers puisse présumer que le montant qu’il verse est adéquat du fait que le parent créancier n’a pas présenté de demande en justice » (*Brear*, par. 74, la juge Pentelchuk). Qui plus est, même lorsque le parent débiteur a signalé des augmentations de revenu, les facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* peuvent justifier de faire remonter une augmentation rétroactive de la pension alimentaire à la date où le revenu a changé.

[44] En statuant qu’il convient « généralement » de privilégier la date d’information réelle, l’arrêt *D.B.S.* représentait en quelque sorte un compromis entre le régime antérieur aux *Lignes directrices* — qui faisait appel à des notions axées sur le parent débiteur, comme le manque de diligence et la mise en réserve — et l’époque des *Lignes directrices*, axées sur l’enfant. À l’époque antérieure aux *Lignes directrices*, l’avis était considéré comme important parce qu’il était jugé injuste de surprendre les parents débiteurs avec une ordonnance rétroactive, alors qu’ils ne pouvaient connaître l’étendue de leur obligation alimentaire envers l’enfant tant qu’elle n’était pas déterminée par le tribunal (*D.B.S. (C.A.)*, par. 79). Après l’entrée en vigueur des *Lignes directrices*, les parents connaissaient l’existence et l’étendue de leurs obligations, mais les tribunaux ont continué à se montrer réticents à prononcer des ordonnances rétroactives, et des notions antérieures aux *Lignes directrices*, comme les avis et le manque de diligence, ont continué à avoir une certaine influence. Ce contexte aide à comprendre la réticence des juges majoritaires dans l’arrêt *D.B.S.* à modifier en cours de route les règles applicables aux parents débiteurs. Cependant, depuis l’arrêt *D.B.S.*, les attentes des parents débiteurs et à l’égard de ceux-ci ont évolué. Les *Lignes directrices* et l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* sont clairs et l’arrêt *D.B.S.* a lui-même avisé les parents débiteurs qu’ils doivent payer une pension alimentaire plus élevée dans la mesure de l’augmentation de leur revenu et que cette obligation peut être exécutée après le fait.

[45] Vu l’approche actuelle à l’égard du comportement répréhensible et l’omniprésence des cas de non-communication, il pourrait être nécessaire, dans une affaire ultérieure, de revoir la date de rétroactivité

the recipient seeks a retroactive variation to reflect increases in the payor's income. A presumption in favour of varying support to the date of the increase would better reflect the recipient's informational disadvantage and remove any incentive for payors to withhold disclosure or underpay support in the hopes that the *status quo* will be maintained. Such a presumption would accord with other core principles of child support and reinforce that payors share the burden of ensuring the child receives the appropriate amount of support.

[46] In *D.B.S.*, the Court also drew attention to three interests which must be balanced to achieve a fair result in retroactive variation cases: first and foremost, the child's interest in receiving the appropriate amount of support to which they are entitled; second, the interest of the parties and the child in certainty and predictability; and third, the need for flexibility to ensure a just result in light of fluctuations in payor income (*D.B.S.*, at paras. 2, 74 and 96; see also *Templeton v. Nuttall*, 2018 ONSC 815, at para. 43 (CanLII); *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217, at para. 33). The child's interest in a fair standard of support commensurate with income is the core interest to which all rules and principles must yield. A fair result that adequately protects this interest will sometimes lean toward preserving certainty, and sometimes toward flexibility.

[47] In addition to the fundamental principles established in the *Guidelines* and *D.B.S.*, any framework for decreased child support must account for the informational asymmetry between the parties and the resulting need for full and frank disclosure of the payor's income. It is to this point which I now turn.

présumée dans les cas où le parent créancier sollicite une modification rétroactive qui tient compte des augmentations du revenu du parent débiteur. Une présomption en faveur d'une modification de la pension alimentaire remontant à la date de l'augmentation du revenu refléterait mieux le désavantage du parent créancier au titre de l'information et éliminerait ce qui incite les parents débiteurs à ne pas communiquer les renseignements ou à verser un montant insuffisant de pension alimentaire dans l'espoir que le statu quo sera maintenu. Une telle présomption concorderait avec les autres principes fondamentaux de la pension alimentaire pour enfants et renforcerait le principe voulant que les parents débiteurs partagent le fardeau de faire en sorte que l'enfant reçoive une pension alimentaire appropriée.

[46] Dans l'arrêt *D.B.S.*, la Cour a en outre souligné trois intérêts qui doivent être mis en balance pour atteindre un juste résultat dans les affaires de modification rétroactive : d'abord et avant tout, l'intérêt de l'enfant à recevoir la pension alimentaire appropriée à laquelle il a droit; deuxièmement, l'intérêt des parties et de l'enfant à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité; troisièmement, le besoin de souplesse pour que le résultat soit juste en cas de fluctuations du revenu du parent débiteur (*D.B.S.*, par. 2, 74 et 96; voir aussi *Templeton c. Nuttall*, 2018 ONSC 815, par. 43 (CanLII); *Contino c. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217, par. 33). L'intérêt de l'enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire à proportion du revenu du parent débiteur est l'intérêt fondamental auquel toutes les règles et tous les principes doivent céder le pas. Un résultat juste qui protège adéquatement cet intérêt penchera parfois vers la préservation de la certitude, parfois vers la souplesse.

[47] Outre les principes fondamentaux établis dans les *Lignes directrices* et dans l'arrêt *D.B.S.*, le cadre d'analyse applicable à une réduction de la pension alimentaire pour enfants doit prendre en compte l'asymétrie qui existe entre les parties au titre de l'information et, en conséquence, la nécessité que le parent débiteur effectue une communication franche et complète de son revenu. C'est sur ce point que je vais maintenant me pencher.

B. *Encouraging Timely and Full Disclosure*

[48] After applying the *Guidelines* and *D.B.S.* for many years, it has become clear just how much the child support system, including s. 17 variations, depends upon adequate, accurate and timely financial disclosure. The centrality of disclosure in child support matters has been recognized in a rich body of jurisprudence both before and after *D.B.S.* (see, e.g., *Shamli v. Shamli*, 2004 CanLII 45956 (Ont. S.C.J.), at para. 8; *Hietanen v. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67, at para. 11; *Gray*, at para. 63; *M.K.R. v. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 N.B.R. (2d) 313, at paras. 14 and 20; *Francis v. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99, at para. 9; *Goulding*, at para. 44). Simply stated, disclosure is the linchpin on which fair child support depends and the relevant legal tests must encourage the timely provision of necessary information.

[49] The pivotal role of disclosure comes as no surprise since the premise underlying the *Guidelines* “is that the support obligation itself should fluctuate with the payor parent’s income” (*D.B.S.*, at para. 45). The structure of the *Guidelines* thus creates an informational asymmetry between the parties. In a system that ties support to payor income, it is the payor who knows and controls the information needed to calculate the appropriate amount of support. The recipient does not have access to this information, except to the extent that the payor chooses or is made to share it. It would thus be illogical, unfair and contrary to the child’s best interests to make the recipient solely responsible for policing the payor’s ongoing compliance with their support obligation.

[50] This is why frank disclosure of income information by the payor lies at the foundation of the child support regime. In *Roberts v. Roberts*, 2015 ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6, the Court of Appeal described

B. *Favoriser la communication complète et en temps utile*

[48] En raison du fait que les tribunaux appliquent les *Lignes directrices* et l’arrêt *D.B.S.* depuis de nombreuses années, il est devenu évident à quel point le régime de soutien alimentaire des enfants, y compris les modifications visées à l’art. 17, dépend de la communication adéquate, exacte et en temps utile des renseignements financiers. Le rôle central de la communication dans le domaine des pensions alimentaires pour enfants est reconnu dans de nombreuses décisions qui ont précédé et suivi l’arrêt *D.B.S.* (voir, p. ex., *Shamli c. Shamli*, 2004 CanLII 45956 (C.S.J. Ont.), par. 8; *Hietanen c. Hietanen*, 2004 BCSC 306, 7 R.F.L. (6th) 67, par. 11; *Gray*, par. 63; *M.K.R. c. J.A.R.*, 2015 NBCA 73, 443 R.N.-B. (2^e) 313, par. 14 et 20; *Francis c. Terry*, 2004 NSCA 118, 227 N.S.R. (2d) 99, par. 9; *Goulding*, par. 44). En termes simples, la communication est l’élément central sur lequel repose un soutien alimentaire des enfants équitable et les critères juridiques pertinents doivent favoriser la communication en temps utile des renseignements nécessaires.

[49] Le rôle capital de la communication n’a rien d’étonnant, puisque le principe qui sous-tend les *Lignes directrices* est que « l’obligation alimentaire comme telle fluctue en fonction du revenu du parent débiteur » (*D.B.S.*, par. 45). La structure des *Lignes directrices* crée ainsi une asymétrie au titre de l’information entre les parties. Dans un régime qui rattache la pension alimentaire au revenu du parent débiteur, c’est ce dernier qui connaît et qui contrôle les renseignements nécessaires au calcul du montant approprié de la pension alimentaire. Le parent créancier n’a pas accès à ces renseignements, sauf dans la mesure où le parent débiteur choisit de les communiquer ou y est contraint. Il serait donc illogique, injuste et contraire à l’intérêt de l’enfant d’imposer au parent créancier la responsabilité exclusive de s’assurer que le parent débiteur s’acquitte en tout temps de son obligation alimentaire.

[50] Voilà pourquoi la communication franche par le parent débiteur des renseignements sur son revenu est le fondement du régime de soutien alimentaire des enfants. Dans l’arrêt *Roberts c. Roberts*, 2015

the duty to disclose financial information as “[t]he most basic obligation in family law” (para. 11). A payor’s failure to make timely, proactive and full disclosure undermines the policies underlying the family law regime and “the processes that have been carefully designed to achieve those policy goals” (*Leitch v. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587, at para. 44). Without proper disclosure, the system simply cannot function and the objective of establishing a fair standard of support for children that ensures they benefit from the means of both parents will be out of reach (*Michel*, at para. 32, per Brown J.; *Brear*, at para. 19, per Pentelchuk J.A.).

[51] Full and frank disclosure is also a precondition to good faith negotiation. Without it, the parties cannot stand on the equal footing required to make informed decisions and resolve child support disputes outside of court. Promoting proactive payor disclosure thus advances the objectives — found in s. 1 of the *Guidelines* — of reducing conflict between the parties and encouraging settlement.

[52] In line with these realities, courts have increasingly recognized that the payor’s duty to disclose income information is a corollary of the legal obligation to pay support commensurate with income (*Brear*, at paras. 19 and 69, per Pentelchuk J.A.; *Roseberry v. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215, at para. 63; *Cunningham v. Severy*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1, at paras. 21 and 26). As explained by Brown J., speaking for the full Court in *Michel*, payor parents “are subject to a duty of full and honest disclosure — a duty comparable to that arising in matrimonial negotiations” (para. 33, referencing *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295, at paras. 47-49). Courts and legislatures have also implemented various mechanisms to incentivize and even require regular ongoing disclosure

ONCA 450, 65 R.F.L. (7th) 6, la Cour d’appel a décrit l’obligation de communiquer les renseignements financiers comme [TRADUCTION] « [l]’obligation la plus fondamentale en droit de la famille » (par. 11). L’omission du parent débiteur de communiquer l’intégralité des renseignements en temps utile et de façon proactive sape les politiques qui sous-tendent le régime du droit de la famille et [TRADUCTION] « les processus qui ont été soigneusement conçus pour réaliser ces objectifs de politique générale » (*Leitch c. Novac*, 2020 ONCA 257, 150 O.R. (3d) 587, par. 44). Sans communication adéquate, le système ne peut tout simplement pas fonctionner, et il serait impossible d’atteindre l’objectif d’établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire au profit des enfants qui feraient en sorte que ceux-ci profitent des moyens des deux parents (*Michel*, par. 32, le juge Brown; *Brear*, par. 19, la juge Pentelchuk).

[51] La communication franche et complète est également une condition préalable à la négociation de bonne foi. Sans elle, les parties ne sont pas sur un pied d’égalité, qui est nécessaire pour prendre des décisions éclairées et régler par voie extrajudiciaire les différends portant sur la pension alimentaire pour enfants. Le fait d’inciter le parent débiteur à communiquer les renseignements de façon proactive contribue à mener à bien les objectifs — énoncés à l’article premier des *Lignes directrices* — de réduire les conflits entre les parties et de favoriser le règlement des affaires.

[52] En lien avec ces réalités, les tribunaux reconnaissent de plus en plus que l’obligation du parent débiteur de communiquer les renseignements sur son revenu est un corollaire de l’obligation légale de verser une pension alimentaire à proportion de son revenu (*Brear*, par. 19 et 69, la juge Pentelchuk; *Roseberry c. Roseberry*, 2015 ABQB 75, 13 Alta. L.R. (6th) 215, par. 63; *Cunningham c. Severy*, 2017 ABCA 4, 88 R.F.L. (7th) 1, par. 21 et 26). Comme l’a expliqué le juge Brown, s’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Michel*, les parents débiteurs « sont assujettis à une obligation de communication franche et complète — une obligation comparable à celle qui se présente dans les négociations matrimoniales » (par. 33, renvoyant à l’arrêt *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295, par. 47-49). Les

of updated income information by the payor, along with tools to move proceedings forward in the face of non-disclosure. Those mechanisms include imputing income to payors who have failed to make adequate disclosure, striking pleadings, drawing adverse inferences, and awarding costs. By encouraging timely disclosure, these tools reduce the likelihood that the recipient will be forced to apply to court multiple times to secure disclosure.

[53] Following *D.B.S.*, lawyers and courts also began implementing “proactive strategies to avoid tedious and conflicting arguments related to ‘asking versus telling’ about income increases”, such as the use of mandatory annual disclosure obligations in child support orders in Alberta and Ontario (M. L. Gordon, “An Update on Retroactive Child and Spousal Support: Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)*” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71, at p. 72; see also *Sawatzky v. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247, at para. 58; *Roseberry*, at para. 64). In Ontario, the legislature has echoed this trend by amending the guidelines to include a requirement that payors disclose income information annually without the requirement of a request from the recipient (*Child Support Guidelines*, O. Reg. 391/97, s. 24.1(1)). Similarly, in British Columbia, s. 5(1) of the *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, imposes a general duty to disclose “full and true information” for the purpose of resolving family law disputes.

[54] In keeping with these developments, the exercise of judicial discretion and the setting of legal standards under s. 17 of the *Divorce Act* must encourage financial disclosure and in no way reward those who improperly withhold, hide or misrepresent information they ought to have shared. Proactive

tribunaux et les législateurs ont aussi mis en œuvre divers mécanismes pour encourager, voire exiger, la communication régulière continue par le parent débiteur des renseignements à jour sur son revenu, en plus d’outils pour faire avancer l’instance en cas de non-communication. Ces mécanismes comprennent l’attribution d’un revenu aux parents débiteurs qui n’ont pas fait une communication adéquate, la radiation d’actes de procédure, les inférences défavorables et la condamnation aux dépens. En favorisant la communication en temps utile, ces outils réduisent la probabilité que le parent créancier soit obligé de s’adresser aux tribunaux à plusieurs reprises pour obtenir la communication des renseignements.

[53] Dans la foulée de l’arrêt *D.B.S.*, les avocats et les tribunaux ont en outre commencé à mettre en œuvre [TRADUCTION] « des stratégies proactives visant à éviter les débats fastidieux et contradictoires liés à la question de savoir s’il y a lieu de “demander” plutôt que de “signaler” les augmentations de revenu », tel le recours aux obligations de communication annuelle obligatoire dans les ordonnances de pension alimentaire pour enfants en Alberta et en Ontario (M. L. Gordon, « An Update on Retroactive Child and Spousal Support : Five Years after *S. (D.B.) v. G. (S.R.)* » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 71, p. 72; voir aussi *Sawatzky c. Sawatzky*, 2018 MBCA 102, 428 D.L.R. (4th) 247, par. 58; *Roseberry*, par. 64). En Ontario, le législateur a fait écho à cette tendance en modifiant les lignes directrices pour qu’elles comprennent une obligation incombant aux parents débiteurs de communiquer annuellement les renseignements sur leur revenu sans que le parent créancier n’ait à le demander (*Lignes directrices sur les aliments pour les enfants*, Règl. de l’Ont. 391/97, par. 24.1(1)). De même, en Colombie-Britannique, le par. 5(1) de la *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, impose une obligation générale de communiquer [TRADUCTION] « les renseignements complets et exacts » aux fins de régler les différends en droit de la famille.

[54] En accord avec ces avancées, l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et l’établissement de normes juridiques au titre de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* doivent favoriser la communication des renseignements financiers et ne récompenser d’aucune façon ceux qui, à tort, tairaient,

disclosure of changes in income is the first step to ensuring that child support obligations are tied to payor income as it fluctuates. Inadequate disclosure breeds “a backlog of [retroactive] support applications” (*Roseberry*, at para. 61). Indeed, with full, frank and regular disclosure, long-term arrears — such as Mr. Colucci’s — should be rare.

C. *The Applicable Framework*

[55] In building a framework for the variation of child support and the rescission of arrears, judicial discretion must be structured to safeguard the child’s interest in receiving the appropriate amount of support to which they are entitled. Alongside this paramount interest, there must be a fair balancing of certainty and flexibility to reach a just result in light of fluctuations in payor income and the particular circumstances of each case. In addition, the framework under s. 17 must promote the timely disclosure of accurate information, which in turn encourages equal bargaining and fair settlements, as the payor parent “holds the cards” when it comes to child support (*Michel*, at para. 32, per Brown J.). Above all, “the ultimate goal must be to ensure that children benefit from the support they are owed at the time when they are owed it. Any incentives for payor parents to be deficient in meeting their obligations should be eliminated” (*D.B.S.*, at para. 4). Payors should not be better off from a legal standpoint if they do not pay the child support the law says they owe. Nor should payors receive any sort of benefit or advantage from failing to disclose their real financial situation or providing disclosure on the eve of the hearing.

[56] Based on these guiding principles, I will first set out the framework applicable to a payor’s

cacheraient ou présenteraient de façon inexacte les renseignements qu’ils auraient dû partager. La communication proactive des changements du revenu est la première étape pour faire en sorte que les obligations alimentaires envers les enfants se rattachent au revenu du parent débiteur au gré de ses fluctuations. La communication inadéquate engendre [TRADUCTION] « une accumulation de demandes de pension alimentaire [rétroactive] » (*Roseberry*, par. 61). De fait, s’il y avait communication complète, franche et régulière, l’arriéré de longue date — comme celui de M. Colucci — serait chose rare.

C. *Le cadre d’analyse applicable*

[55] Au sein du cadre d’analyse applicable à la modification de la pension alimentaire pour enfants et à l’annulation de l’arriéré, le pouvoir discrétionnaire du tribunal doit être structuré de manière à protéger l’intérêt de l’enfant à recevoir la pension alimentaire appropriée auquel l’enfant a droit. Parallèlement à cet intérêt prépondérant, il doit y avoir un juste équilibre entre la certitude et la souplesse pour arriver à un résultat approprié, compte tenu des fluctuations du revenu du parent débiteur et des circonstances particulières de chaque cas. Qui plus est, le cadre d’analyse au titre de l’art. 17 doit promouvoir la communication en temps utile des renseignements exacts, ce qui favorise la négociation égalitaire et des règlements équitables, puisque le parent débiteur « a toutes les cartes en main » lorsqu’il s’agit de la pension alimentaire pour enfants (*Michel*, par. 32, le juge Brown). Avant tout, « l’objectif ultime doit être de faire en sorte que l’enfant bénéficie de ce qui lui est dû au moment où il lui est dû. Tout ce qui peut inciter le parent débiteur à se soustraire à ses obligations doit être écarté » (*D.B.S.*, par. 4). Les parents débiteurs ne devraient pas se retrouver en meilleure position, sur le plan juridique, s’ils ne versent pas la pension alimentaire pour enfants dont ils sont redevables en vertu de la loi; et ils ne devraient pas non plus recevoir quelque bénéfice ou avantage du fait qu’ils ne communiquent pas leur situation financière véritable ou qu’ils communiquent les renseignements la veille de l’audience.

[56] En fonction de ces principes directeurs, je vais d’abord énoncer le cadre d’analyse applicable à la

application for a retroactive decrease in support based on a material change in circumstances. I will then explain the applicable framework where the payor seeks to rescind arrears based on present inability to pay rather than a past change in circumstances.

(1) Retroactive Decreases Where The Prior Order Overestimates Payor Income

[57] This category of cases covers situations in which the payor has experienced a material drop in income that affected their ability to make payments as they came due. The payor will argue that the recipient was in fact owed a lower amount under the *Guidelines* than the amount payable under a pre-existing order or agreement, thus necessitating a recalculation of the amount owing for past years based on the payor's actual income, the number of children to be supported in those years, and the table amounts. Decreased income is an all too common and unfortunate reality for many families. Any framework developed to accommodate retroactive variations of child support in response to decreased payor income must deal fairly with a wide range of factual situations, from payors who diligently paid the proper amount until they lost their employment or otherwise fell on hard times, to those who have made little effort to meet their responsibilities and are absent, intentionally underemployed or persistently delinquent.

[58] In this section, I first discuss the threshold the payor must meet to access a retroactive decrease under s. 17, namely the requirement of showing a change in circumstances that would justify varying the amount of child support. I then reconcile the divergent lines of authority about what happens when this threshold is met, settling on a presumption-based approach that leaves space for judicial discretion structured by the *D.B.S.* factors. Under this approach, once the payor has met the threshold of showing a

demande du parent débiteur sollicitant une réduction rétroactive de la pension alimentaire en raison d'un changement important de situation. J'expliquerai ensuite le cadre d'analyse applicable lorsque le parent débiteur sollicite l'annulation de l'arriéré en raison de son incapacité actuelle de payer, plutôt que d'un changement de situation antérieur.

(1) La réduction rétroactive lorsque l'ordonnance antérieure surestime le revenu du parent débiteur

[57] Cette catégorie de cas vise les situations où le parent débiteur a connu une baisse importante de revenu qui a eu une incidence sur sa capacité de faire des versements à échéance. Le parent débiteur fera valoir qu'il devait en fait au parent créancier un montant moindre au titre des *Lignes directrices* que le montant payable au titre d'une ordonnance ou d'une entente préexistante, ce qui nécessiterait donc un nouveau calcul du montant exigible pour les années passées en fonction du revenu réel du parent débiteur, du nombre d'enfants à charge pendant ces années et des montants figurant dans les tables. Une réduction de revenu est une réalité malheureuse et bien trop fréquente pour plusieurs familles. Tout cadre d'analyse élaboré pour prendre en compte les modifications rétroactives de la pension alimentaire pour enfants en réponse à une réduction du revenu du parent débiteur doit traiter équitablement d'une vaste gamme de situations factuelles, allant des parents débiteurs qui ont diligemment payé le bon montant jusqu'à ce qu'ils perdent leur emploi ou connaissent des jours difficiles, à ceux qui n'ont pas tenté de s'acquitter de leurs responsabilités et qui sont absents, intentionnellement sous-employés ou constamment défaillants.

[58] Dans la présente section, je discute d'abord de la condition préliminaire à laquelle doit satisfaire le parent débiteur pour avoir droit à une réduction rétroactive au titre de l'art. 17, soit l'obligation de démontrer un changement de situation qui justifierait la modification du montant de la pension alimentaire pour enfants. Je concilie ensuite les courants jurisprudentiels divergents concernant ce qui se passe lorsque cette condition préliminaire est respectée, et je retiens l'approche fondée sur une présomption qui

change in circumstances, a presumption is triggered in favour of varying support back to the date of effective notice, up to three years before formal notice. I explain what effective notice means and why it is an appropriate presumptive date in this category of case. I then discuss how the *D.B.S.* factors can be adapted to retroactive decreases in deciding whether to depart from the presumptive date of retroactivity. Finally, I address quantum, the final stage of the analysis, which requires the court to calculate the proper amount of support in accordance with the *Guidelines*.

(a) *The Threshold Requirement of a Change in Circumstances*

[59] Like any applicant seeking a retroactive variation under s. 17 of the *Divorce Act*, a payor seeking a downward retroactive change must first show a past change in circumstances, as required under s. 17(4). Section 14 of the *Guidelines* lists situations constituting a change in circumstances for the purpose of s. 17(4) of the *Divorce Act*, including the coming into force of the *Guidelines* (s. 14(c)). A change in circumstances could also include a change that, if known at the time, would probably have resulted in different terms, such as a drop in income (*Guidelines*, s. 14(a); *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 688; *Gray*, at para. 39).

[60] The onus is on the party seeking a retroactive decrease to show a change in circumstances (*Punzo v. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304, at para. 26; *Templeton*, at para. 33). In some cases that may be relatively straightforward: for example, establishing that the children are no longer legally entitled to support because they are no longer children of the marriage.

laisse place à un pouvoir discrétionnaire judiciaire s'articulant autour des facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* Conformément à cette approche, dès que le parent débiteur a satisfait au critère préliminaire de démontrer un changement de situation, une présomption s'applique en faveur de la modification de la pension alimentaire remontant à la date de l'information réelle, jusqu'à trois ans avant l'avis formel. J'explique ce que signifie l'information réelle et pourquoi il s'agit d'une date présumée qui convient dans cette catégorie de cas. J'analyse ensuite comment les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* peuvent être adaptés aux réductions rétroactives en tranchant la question de savoir s'il y a lieu de déroger à la date présumée de rétroactivité. Enfin, j'aborde la question du montant, la dernière étape de l'analyse, qui oblige le tribunal à calculer le juste montant de la pension alimentaire conformément aux *Lignes directrices*.

a) *La condition préliminaire de changement de situation*

[59] Comme tout demandeur qui sollicite une modification rétroactive au titre de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, le parent débiteur qui sollicite une modification rétroactive à la baisse doit d'abord démontrer un changement de situation antérieur, comme le prescrit le par. 17(4). L'article 14 des *Lignes directrices* énumère les situations qui constituent un changement de situation pour l'application de ce paragraphe, notamment l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* (al. 14c)). Un changement de situation peut également comprendre un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes, comme une baisse de revenu (*Lignes directrices*, al. 14a); *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688; *Gray*, par. 39).

[60] C'est à la partie qui sollicite une réduction rétroactive qu'incombe le fardeau de démontrer qu'il y a eu changement de situation (*Punzo c. Punzo*, 2016 ONCA 957, 90 R.F.L. (7th) 304, par. 26; *Templeton*, par. 33). Dans certains cas, cela peut être relativement simple : par exemple, en établissant que les enfants n'ont plus légalement droit aux aliments parce qu'ils ne sont plus des enfants à charge.

[61] Most commonly, the retroactive variation claim will be based on a material change in income. To meet the threshold, a decrease in income must be significant and have some degree of continuity, and it must be real and not one of choice (*Willick*, at pp. 687-88; *Earle v. Earle*, 1999 CanLII 6914 (B.C.S.C.), at para. 27; *MacCarthy v. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102, at para. 58, citing *Earle*; *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775, at para. 33; *Gray*, at para. 39; *Brown v. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323 (“*Brown*”), at para. 2; *Templeton*, at para. 35). Trivial or short-lived changes are insufficient to justify a variation (*Templeton*, at para. 35). In this way, the threshold inquiry preserves some sense of certainty and predictability for the parties and the child, while allowing some flexibility in response to changes in the payor’s income.

[62] The payor must have disclosed sufficient reliable evidence for the court to determine when and how far their income fell, and to ascertain whether the change was significant, long lasting, and not one of choice. A decision to retroactively decrease support can only be made based on “reliable, accurate and complete information” (*Earle*, at para. 28). The payor cannot ask the court to make findings on income that are contrary to the recipient’s interests “while at the same time shielding information that is relevant to the determination of their income behind a protective wall” (*Templeton*, at para. 67; see also *Tougher v. Tougher*, 1999 ABQB 552, at paras. 14-15 (CanLII); *Terry*, at para. 9).

[63] Of course, a payor whose income was originally imputed because of an initial lack of disclosure cannot later claim that a change in circumstances occurs when he or she subsequently produces proper documentation showing the imputation was higher than the table amount for their actual income. The payor cannot rely on their own late disclosure as a change in circumstances to ground a variation order (*Gray*, at paras. 33-34). This would “defeat the purpose of imputing income in the first place” and act as

[61] Le plus souvent, la demande de modification rétroactive sera fondée sur un changement important de revenu. Pour satisfaire à la condition préliminaire, la baisse de revenu doit être substantielle et avoir une certaine continuité, et elle doit être réelle et ne pas découler d’un choix (*Willick*, p. 687-688; *Earle c. Earle*, 1999 CanLII 6914 (C.S. C.-B.), par. 27; *MacCarthy c. MacCarthy*, 2015 BCCA 496, 380 B.C.A.C. 102, par. 58, citant *Earle*; *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, par. 33; *Gray*, par. 39; *Brown c. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2^e) 323 (« *Brown* »), par. 2; *Templeton*, par. 35). Les changements de peu d’importance ou de courte durée ne sont pas suffisants pour justifier une modification (*Templeton*, par. 35). De cette façon, l’examen préliminaire assure aux parties et à l’enfant un certain sentiment de certitude et de prévisibilité, tout en permettant de la souplesse en réponse aux changements de revenu du parent débiteur.

[62] Le parent débiteur doit avoir communiqué suffisamment d’éléments de preuve fiables pour que le tribunal puisse déterminer quand son revenu a baissé et de combien, et apprécier si le changement était substantiel, de longue durée et ne découlait pas d’un choix. La décision de réduire rétroactivement la pension alimentaire ne peut être prise que sur le fondement de [TRADUCTION] « renseignements fiables, exacts et complets » (*Earle*, par. 28). Le parent débiteur ne peut demander au tribunal de tirer des conclusions relatives au revenu qui sont contraires aux intérêts du parent créancier, [TRADUCTION] « tout en dissimulant derrière un mur protecteur des renseignements qui sont pertinents pour la détermination du revenu » (*Templeton*, par. 67; voir aussi *Tougher c. Tougher*, 1999 ABQB 552, par. 14-15 (CanLII); *Terry*, par. 9).

[63] Bien entendu, le parent débiteur à qui un revenu a été attribué au départ en raison du fait que les renseignements sur son revenu n’ont pas été initialement communiqués ne peut prétendre par la suite qu’un changement de situation se produit lorsqu’il ou elle produit ultérieurement la bonne documentation indiquant que le revenu attribué était plus élevé que le montant figurant dans les tables correspondant à son revenu réel. Le parent débiteur ne peut pas invoquer la communication tardive de son propre

“a disincentive for payors to participate in the initial court process” (*Trang v. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364, at para. 53).

(b) *Reconciling Divergent Authorities on the Application of D.B.S.*

[64] Assuming the threshold of a change in circumstances is met, the parties disagree on two crucial questions: how to decide whether retroactive relief should be granted in the first place, and how far back a court should go when varying a previously ordered amount.

[65] To answer these questions, each party relies on one of two divergent lines of authority in the post-*D.B.S.* jurisprudence concerning retroactive decreases in child support. Mr. Colucci says the payor who satisfies the threshold is entitled to a retroactive decrease without any consideration of contextual factors. This reflects the approach taken in *Brown*. In *Brown*, the New Brunswick Court of Appeal concluded that *D.B.S.* does not apply to arrears at all, given Bastarache J.’s comments at paras. 1 and 98 of *D.B.S.* (discussed below). Under the *Brown* test, the court considers only whether there has been a material change in circumstances since the original order was made and, if so, what the proper amount of child support should have been under the *Guidelines*. As such, the *Brown* test is a “no-fault” test (*M.W. v. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51, at para. 43).

[66] Ms. Colucci relies on the *Corcios/Gray* line of authority, in which the contextual *D.B.S.* factors have been adapted to suit applications to retroactively decrease support. Under the *Corcios/Gray* framework, the court may consider these factors in deciding whether a retroactive decrease is appropriate, in setting the date of retroactivity, and sometimes

fait en tant que changement de situation au soutien d’une ordonnance modificative (*Gray*, par. 33-34). Cela [TRADUCTION] « irait à l’encontre de l’objectif même de l’attribution du revenu » et aurait pour effet de « dissuader les parents débiteurs de participer au processus judiciaire initial » (*Trang c. Trang*, 2013 ONSC 1980, 29 R.F.L. (7th) 364, par. 53).

b) *Concilier les courants jurisprudentiels opposés quant à l’application de l’arrêt D.B.S.*

[64] À supposer que la condition préliminaire du changement de situation est remplie, les parties ne s’entendent pas sur deux questions cruciales : comment décider de l’opportunité même d’accorder une réparation rétroactive, et jusqu’où le tribunal doit-il remonter lorsqu’il modifie un montant accordé par une ordonnance antérieure.

[65] Pour répondre à ces questions, chaque partie invoque un des deux courants jurisprudentiels divergents postérieurs à l’arrêt *D.B.S.* concernant les réductions rétroactives de la pension préliminaire pour enfants. Selon M. Colucci, le parent débiteur qui satisfait à la condition préalable a droit à une réduction rétroactive sans égard aux facteurs contextuels. Cette thèse correspond à l’approche adoptée dans l’arrêt *Brown*, où la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a conclu que l’arrêt *D.B.S.* ne s’appliquait aucunement aux arriérés, vu les commentaires du juge Bastarache aux par. 1 et 98 de cet arrêt (dont il sera question plus loin). Suivant le critère retenu dans l’arrêt *Brown*, le tribunal ne se demande que s’il y a eu un changement de situation important depuis le prononcé de l’ordonnance originale et, dans l’affirmative, ce qu’aurait dû être le montant approprié de la pension alimentaire pour enfants en application des *Lignes directrices*. À cet égard, le critère retenu dans l’arrêt *Brown* est un critère [TRADUCTION] « sans égard à la faute » (*M.W. c. K.T.*, 2019 NLSC 14, 19 R.F.L. (8th) 51, par. 43).

[66] Madame Colucci invoque le courant jurisprudentiel découlant des arrêts *Corcios/Gray*, qui a adapté les facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* aux demandes visant à réduire rétroactivement la pension alimentaire. Suivant le cadre d’analyse découlant des arrêts *Corcios/Gray*, le tribunal peut tenir compte de ces facteurs pour décider si

in setting the amount to be paid (*Gray*, at para. 60; *Templeton*, at paras. 49-50). Mirroring *D.B.S.*, the *Corcios/Gray* approach establishes a general rule in favour of varying back to the date that the payor gave the recipient effective notice of their intention to seek a decrease based on changed circumstances, up to a presumptive maximum of three years before the date of formal notice (*Gray*, at para. 61). The Court of Appeal followed the *Corcios/Gray* approach in the case at bar.

[67] In my view, both lines of authority have something to offer. *Brown* offers simplicity and predictability. However, it ignores the interest of the recipient and child in certainty and does nothing to encourage the payor to disclose changes in income to the recipient. Further, the *Brown* framework is inconsistent with the discretionary language of s. 17 of the *Divorce Act*, which provides that the court “may” retroactively vary a support order. On the *Brown* approach, the court *must* vary the order once the payor has established a change in circumstances, and *must* vary back to the date of the change. The *Brown* framework also makes it much easier for a payor parent to obtain a retroactive decrease than it is for a recipient to obtain a retroactive increase, a shortcoming that is even more unfair when considered in light of the recipient’s informational disadvantage. This undermines the objective in s. 1 of the *Guidelines* of ensuring consistent treatment of spouses in similar circumstances. These are serious limitations which stand in the way of a fair resolution on the facts of each case.

[68] The *Corcios/Gray* framework mitigates these limitations by adapting *D.B.S.* to the decrease context, in terms of both focusing on the date of effective

une réduction rétroactive est appropriée, pour fixer la date de rétroactivité et, parfois, pour fixer le montant à payer (*Gray*, par. 60; *Templeton*, par. 49-50). Réflétant l’arrêt *D.B.S.*, l’approche découlant des arrêts *Corcios/Gray* établit une règle générale faisant remonter la modification à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier de son intention de solliciter une réduction sur le fondement d’une nouvelle situation, jusqu’à un maximum présumé de trois ans avant la date de présentation de l’avis formel (*Gray*, par. 61). La Cour d’appel a adopté l’approche découlant des arrêts *Corcios/Gray* en l’espèce.

[67] À mon avis, ces deux courants jurisprudentiels ont quelque chose à offrir. Celui de l’arrêt *Brown* offre la simplicité et la prévisibilité. Toutefois, il fait abstraction de l’intérêt du parent créancier et de l’enfant à bénéficier de la certitude, et ne fait rien pour inciter le parent débiteur à signaler au parent créancier les changements à son revenu. Qui plus est, le cadre établi dans l’arrêt *Brown* est incompatible avec le libellé discrétionnaire de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*, lequel prévoit que le tribunal « peut » modifier rétroactivement une ordonnance alimentaire. Suivant l’approche établie dans l’arrêt *Brown*, le tribunal *doit* modifier l’ordonnance dès lors que le parent débiteur a établi qu’il y avait eu changement à sa situation, et *doit* faire remonter la modification à la date du changement. Le cadre établi dans l’arrêt *Brown* fait également en sorte qu’il est beaucoup plus facile pour le parent débiteur d’obtenir une réduction rétroactive qu’il ne l’est pour le parent créancier d’obtenir une augmentation rétroactive, une lacune qui est encore plus injuste lorsqu’on la considère à la lumière du désavantage, au titre de l’information, du parent créancier. Cette lacune compromet la réalisation de l’objectif de l’article premier des *Lignes directrices*, qui consiste à assurer un traitement uniforme des époux se trouvant dans des situations semblables. Il s’agit de déficiences graves qui font obstacle au règlement équitable selon les faits de chaque affaire.

[68] Le cadre d’analyse découlant des arrêts *Corcios/Gray* atténue ces déficiences en adaptant l’arrêt *D.B.S.* au contexte de la réduction, privilégiant

notice as the default date of retroactivity and leaving room to shift the date of retroactivity based on contextual factors. The problem, however, is that *Gray* directs the court to consider multiple factors over three different questions (whether a retroactive order is appropriate, how far back it should extend, and what the quantum should be) (*Gray*, at para. 60). The result is often confusion and undue complexity: the questions are mingled, the factors become muddled and the layering of discretion over multiple steps of the analysis means that predictability and transparency are sacrificed. This complexity makes the framework less useful for family law litigants who are increasingly self-represented (*Morwald-Benevides v. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305, at para. 19).

[69] A framework that involves the application of multi-factorial discretion at multiple steps of the analysis is also less useful as an anchor for negotiations and settlement of child support matters. There is a trend in family law away from an adversarial culture of litigation to a culture of negotiation (see, e.g., D. Martinson and M. Jackson, “Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases” (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 22; D. M. Sowter, “Advocacy in Non-Adversarial Family Law: A Recommendation for Revision to the Model Code” (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401, at p. 402; P. J. Dalfond and A. Nag, “Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce*” (2019), 78 *R. du B.* 255, at pp. 312 et seq.). Not only is encouraging settlement one of the objectives of the *Guidelines*, but recent amendments to the *Divorce Act* reflect this shift by requiring parties, where appropriate, to try to resolve family law disputes through family dispute resolution processes (s. 7.3). Parents should be encouraged — absent family violence or significant power imbalances — to resolve their disputes themselves outside the court structure and legal rules should be clear and accessible so they may reach fair agreements. Reaching a negotiated settlement not only saves resources but also reduces the need for future court applications by setting up

la date d’information réelle comme date de rétroactivité par défaut et permettant l’ajustement de la date de rétroactivité en fonction de facteurs contextuels. Le problème, toutefois, tient à ce que l’arrêt *Gray* exige que les tribunaux examinent de multiples facteurs en rapport avec trois questions différentes (l’opportunité d’une ordonnance rétroactive, la date à laquelle elle devrait remonter et le montant auquel elle devrait correspondre) (*Gray*, par. 60). Il en résulte souvent de la confusion et une complexité excessive : les questions se mélangent, les facteurs se confondent et la superposition du pouvoir discrétionnaire aux diverses étapes de l’analyse se fait au détriment de la prévisibilité et de la transparence. Cette complexité rend le cadre moins utile pour les plaideurs en droit de la famille, dont un nombre croissant sont non représentés (*Morwald-Benevides c. Benevides*, 2019 ONCA 1023, 148 O.R. (3d) 305, par. 19).

[69] De plus, un cadre d’analyse qui comporte l’application d’un pouvoir discrétionnaire multifactoriel à multiples étapes de l’analyse est moins utile comme point d’ancrage pour les négociations et le règlement de questions liées à la pension alimentaire pour enfants. Il existe une tendance en droit de la famille à s’éloigner d’une culture de confrontation pour se rapprocher d’une culture de négociation dans les litiges (voir, p. ex., D. Martinson et M. Jackson, « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11, p. 22; D. M. Sowter, « Advocacy in Non-Adversarial Family Law : A Recommendation for Revision to the Model Code » (2018), 35 *Windsor Y.B. Access Just.* 401, p. 402; P. J. Dalfond et A. Nag, « Enfin une réforme de la *Loi sur le divorce* » (2019), 78 *R. du B.* 255, p. 312 et suiv.). Outre le fait que les *Lignes directrices* ont pour objectif de favoriser le règlement des affaires, de récentes modifications apportées à la *Loi sur le divorce* reflètent cette évolution en obligeant les parties, dans les cas qui s’y prêtent, à tenter de régler les différends en droit de la famille au moyen de mécanismes de règlement des différends familiaux (art. 7.3). Les parents devraient être encouragés — lorsqu’il n’y a pas de violence familiale ou de déséquilibres de pouvoir importants — à régler eux-mêmes leurs différends

a less acrimonious relationship between the parties (N. Bala, “Reforming Family Dispute Resolution in Ontario: Systemic Changes and Cultural Shifts”, in M. Trebilcock, A. Duggan and L. Sossin, eds., *Middle Income Access to Justice* (2012), 271, at pp. 286-87).

[70] To support a culture of negotiation, the framework under s. 17 of the *Divorce Act* must provide parties with a foundation for their efforts to resolve the matter themselves. A framework that promotes timely disclosure and structures judicial discretion through clear and simple presumptions will provide a solid starting point for negotiation between the parties.

[71] There is thus merit in a simplified framework which takes the benefits of *Brown* and *Corcios/Gray* but removes their drawbacks. To advance clarity, simplicity and predictability, the analysis should be focused on a single presumption regarding the date of retroactivity. Once the applicant establishes a change in circumstances, a presumption is triggered that support will be varied back to a certain date (i.e., effective notice, up to three years before formal notice). The *D.B.S.* factors are then concentrated on one question: should the court depart from the presumptive date of retroactivity to achieve a fair result? It is on this question only that the factors of delay, payor conduct, the child’s circumstances and potential hardship are brought to bear.

[72] It is therefore no longer necessary to first ask whether retroactive relief is warranted as a general proposition, with contextual factors guiding both

en dehors de la structure judiciaire, et les règles de droit doivent être claires et accessibles de manière à ce qu’ils puissent arriver à des ententes équitables. Un règlement négocié permet non seulement d’économiser des ressources, mais il réduit aussi le besoin des parties d’avoir recours aux tribunaux par la suite grâce à la relation moins acrimonieuse qui sera établie entre elles (N. Bala, « Reforming Family Dispute Resolution in Ontario : Systemic Changes and Cultural Shifts », dans M. Trebilcock, A. Duggan et L. Sossin, dir., *Middle Income Access to Justice* (2012), 271, p. 286-287).

[70] Pour qu’une culture de négociation soit possible, le cadre d’analyse fondé sur l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* doit fournir aux parties une assise à leurs efforts visant à régler elles-mêmes l’affaire. Un cadre qui favorise la communication en temps utile et qui structure le pouvoir discrétionnaire du tribunal au moyen de présomptions claires et simples fournira un solide point de départ aux négociations entre les parties.

[71] Par conséquent, un cadre d’analyse simplifié qui retient les avantages de l’approche de l’arrêt *Brown* et de celle des arrêts *Corcios/Gray*, tout en éliminant leurs inconvénients, est à privilégier. Pour favoriser la clarté, la simplicité et la prévisibilité, l’analyse doit être centrée sur une seule présomption concernant la date de rétroactivité. Dès que le demandeur établit un changement de situation, il y a présomption que la pension alimentaire sera modifiée rétroactivement à compter d’une certaine date (c.-à-d. celle de l’information réelle, jusqu’à trois ans avant l’avis formel). Les facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* sont donc orientés principalement vers une seule question : le tribunal doit-il déroger à la date de rétroactivité présumée pour atteindre un résultat équitable? C’est à l’égard de cette question seulement que les facteurs du retard à présenter une demande, du comportement du parent débiteur, de la situation de l’enfant et des difficultés éventuelles entrent en compte.

[72] Il n’est donc plus nécessaire de se demander en premier lieu si une réparation rétroactive est justifiée de façon générale, des facteurs contextuels

this preliminary inquiry and the question of how far back retroactive relief should go. Already in the jurisprudence, this preliminary question has often been blurred with the question of the timing of any retroactive order, casting doubt on the utility of inquiring first into the general appropriateness of retroactive relief. For example, even though the analytical framework in *Corcios* called for a separate step of asking whether retroactive relief is appropriate in the first place, the court did not separate out this preliminary question from the inquiry into how far back retroactive relief should extend. Moving directly to a presumptive date simplifies the analysis and enhances fairness and predictability for the parties.

[73] To ensure consistency and even-handedness, this same presumption-based approach should be applied in all retroactive variation contexts, including where the recipient applies under s. 17 for a retroactive increase. It would not be fair if payors claiming a decrease benefit from a presumption that is unavailable to recipients claiming an increase, especially when applications to retroactively reduce support will often be countered by an application for a retroactive increase in the same proceeding, or vice versa. A recipient is thus no longer required to demonstrate as a preliminary matter that a retroactive award is appropriate based on the *D.B.S.* factors. Once an increase in the payor's income has been shown, the only question is how far back retroactive support should extend. No injustice arises if the inquiry into the general appropriateness of retroactive child support is omitted, as any fears that payors will be taken by surprise by *ex post* changes are fully answered by the express reference to retroactive variations in the wording of s. 17, the way the *Guidelines* work, and the fact that the Court's reasons in *D.B.S.* were given over 15 years ago.

servant à la fois à orienter cet examen préliminaire et à trancher la question de savoir jusqu'où la réparation rétroactive doit remonter. Déjà dans la jurisprudence, cette question préliminaire a souvent été confondue avec la question de savoir jusqu'où doit remonter toute ordonnance rétroactive, remettant en question l'utilité de s'interroger d'abord sur l'opportunité générale d'une réparation rétroactive. Par exemple, même si le cadre d'analyse dans l'arrêt *Corcios* commandait une étape distincte consistant à se demander s'il convient même d'accorder une réparation rétroactive, le tribunal n'a pas dissocié cette question préliminaire de l'examen de la question de savoir jusqu'où la réparation rétroactive doit remonter. Le fait de passer directement à une date présumée simplifie l'analyse et accroît l'équité et la prévisibilité pour les parties.

[73] Pour assurer la cohérence et le traitement égalitaire, il convient d'appliquer cette même approche fondée sur une présomption dans tous les contextes de modification rétroactive, notamment lorsque le parent créancier présente une demande d'augmentation rétroactive fondée sur l'art. 17. Il ne serait pas juste que le parent débiteur qui demande une réduction bénéficie d'une présomption dont ne peut se prévaloir le parent créancier qui demande une augmentation, d'autant plus que dans bien des cas, une demande d'augmentation rétroactive de la pension alimentaire sera opposée à la demande de réduction rétroactive dans la même instance, ou vice versa. Par conséquent, le parent créancier n'est plus tenu d'établir, à titre préliminaire, qu'une ordonnance rétroactive est appropriée sur le fondement des facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* Dès lors qu'une augmentation du revenu du parent débiteur a été établie, la seule question est de savoir jusqu'où la pension alimentaire rétroactive doit remonter. Il n'y a aucune injustice si l'on omet l'examen de la pertinence générale de la pension alimentaire rétroactive pour enfants, puisque les craintes selon lesquelles les parents débiteurs seront pris au dépourvu par des changements après le fait sont entièrement levées par le renvoi exprès aux modifications rétroactives dans le libellé de l'art. 17, par la façon dont fonctionnent les *Lignes directrices* et par le fait que les motifs de la Cour dans l'arrêt *D.B.S.* ont été prononcés il y a plus de 15 ans.

[74] Thus, where a past material change in the payor's income is established, the amount set out in the child support order no longer reflects the content of the payor's legal obligation to pay support in line with the table amounts. The only question is what remedy flows from this legal fact. In the decrease context, the presumption of varying back to the date of effective notice, up to three years before formal notice, assists the court in answering this question. It will still be true under this approach that not all applications will lead to retroactive variation, but the focus will be on whether a material change in circumstances has been proven and the date to which a retroactive variation should extend.

[75] This means I reject Mr. Colucci's argument, based on *Brown*, that the *D.B.S.* factors have no role in retroactive decrease applications. He submits that para. 98 of *D.B.S.* is binding authority establishing that the *D.B.S.* factors do not apply to arrears. At para. 98, Bastarache J. wrote:

... these factors are not meant to apply to circumstances where arrears have accumulated. In such situations, the payor parent cannot argue that the amounts claimed disrupt his/her interest in certainty and predictability; to the contrary, in the case of arrears, certainty and predictability militate in the opposite direction. There is no analogy that can be made to the present cases.

[76] In my view, this passage does not support the proposition that the *D.B.S.* factors are wholly irrelevant where the payor seeks a retroactive decrease based on a change in circumstances. Rather, Bastarache J. was pointing out that the balance between certainty and flexibility is very different as between the increase and decrease categories of cases. Those interests will pull in different directions depending on whether the recipient or the payor seeks to retroactively vary support. This is a point that bears further elucidation, as it will be relevant to the

[74] Par conséquent, lorsqu'un changement important antérieur du revenu du parent débiteur est établi, le montant énoncé dans l'ordonnance alimentaire au profit des enfants ne reflète plus la teneur de l'obligation juridique de celui-ci de verser une pension alimentaire qui correspond aux montants figurant dans les tables. La seule question est de savoir quelle réparation découle de ce fait juridique. Dans le contexte d'une réduction, la présomption qui consiste à faire remonter la modification à la date d'information réelle, jusqu'à trois ans avant l'avis formel, aide le tribunal à répondre à cette question. Il demeurera vrai, suivant cette approche, que toutes les demandes ne donneront pas lieu à des modifications rétroactives, mais il s'agira de savoir si un changement de situation important a été prouvé et la date à laquelle doit remonter la modification rétroactive.

[75] Cela veut dire que je rejette l'argument de M. Colucci, fondé sur l'arrêt *Brown*, selon lequel les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* ne jouent aucun rôle dans les demandes de réduction rétroactive. Il soutient que le par. 98 de l'arrêt *D.B.S.* fait autorité, et qu'il établit que les facteurs énoncés dans cet arrêt ne s'appliquent pas à l'arriéré. Au par. 98, le juge Bastarache a écrit ce qui suit :

... [ces éléments] ne sont pas censés entrer en ligne de compte lorsqu'il y a des arriérés. Dans ce cas, le parent débiteur ne peut prétendre que la mesure demandée irait à l'encontre de la certitude et de la prévisibilité dont il est censé bénéficier. En effet, s'il y a des arriérés, cet élément milite en faveur de la solution contraire. Aucune analogie ne peut être faite avec les présents pourvois.

[76] À mon avis, ce passage ne permet pas de soutenir que les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* n'ont aucune pertinence lorsque le parent débiteur sollicite une réduction rétroactive fondée sur un changement de situation. Le juge Bastarache soulignait plutôt que l'équilibre entre la certitude et la souplesse est très différent selon qu'il s'agit d'une demande d'augmentation ou d'une demande de réduction. Ces intérêts militeront dans des sens différents selon qu'il s'agit du parent créancier ou du parent débiteur qui sollicite une modification rétroactive de la

way effective notice is defined in the increase and decrease contexts.

[77] On an application for a retroactive increase, the recipient seeks the flexibility of a retroactive award to capture the payor's increased income and secure payment of child support in the correct amount. It is the payor who has some interest in the certainty and predictability supplied by an existing court order or agreement (*D.B.S.*, at para. 63). However, this certainty interest is heavily qualified by the *Guidelines*-era principle that more income means more support. The payor cannot reasonably expect their child support obligations to remain static in the face of material increases in income. Given the structure of the *Guidelines*, the only real "certainty" in the face of fluctuating income is that the payor is responsible for paying the table amount based on actual income. Further, a payor who has fallen into arrears cannot resist a retroactive increase based on their interest in certainty, as the payor cannot claim they relied on the order in arranging their affairs (*Gray*, at para. 51; *MacEachern v. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68, at para. 89).

[78] Conversely, in a claim for a retroactive decrease, as indicated in *D.B.S.*, at para. 98, the interest in certainty lies with the recipient parent and child, while the interest in flexibility lies with the payor parent. Under the *Guidelines*, the payor is only responsible for child support commensurate with income, but a retroactive reduction in support means a disruption to the certainty enjoyed by the child and the recipient. The recipient is entitled to expect that the existing order will be complied with unless they are in receipt of reasonable proof that a relevant change in the payor's circumstances has occurred. Again, the payor holds the relevant information and knows when there has been a decrease in income. It is in the payor's own best interest to use

pension alimentaire. Ce point exige d'autres éclaircissements, car il sera pertinent quant à la manière dont l'information réelle doit être définie dans les contextes d'augmentation et de réduction.

[77] Dans le cadre d'une demande d'augmentation rétroactive, le parent créancier recherche la souplesse d'une ordonnance rétroactive qui englobera le revenu plus élevé du parent débiteur, afin d'obtenir le versement du juste montant de la pension alimentaire pour enfants. C'est le parent débiteur qui a un certain intérêt à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité que procure une ordonnance du tribunal ou une entente existante (*D.B.S.*, par. 63). Cependant, cet intérêt est fortement restreint par le principe de l'époque des *Lignes directrices* selon lequel toute augmentation du revenu se traduit par une augmentation de la pension alimentaire. Le parent débiteur ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que ses obligations alimentaires envers ses enfants demeurent statiques s'il connaît une augmentation importante de son revenu. Compte tenu de la structure des *Lignes directrices*, la seule véritable « certitude » face aux fluctuations de revenu est que le parent débiteur est tenu de payer le montant figurant dans les tables en fonction de son revenu réel. Qui plus est, le parent débiteur qui doit des arriérés ne peut échapper à une augmentation rétroactive en invoquant son intérêt à bénéficier de la certitude, car il ne peut prétendre s'être appuyé sur l'ordonnance pour organiser ses affaires (*Gray*, par. 51; *MacEachern c. Bell*, 2019 ONSC 4720, 33 R.F.L. (8th) 68, par. 89).

[78] Inversement, dans une demande de réduction rétroactive, comme il est indiqué dans l'arrêt *D.B.S.*, par. 98, l'intérêt à bénéficier de la certitude appartient au parent créancier et à l'enfant, alors que l'intérêt à bénéficier de la souplesse appartient au parent débiteur. Selon les *Lignes directrices*, le parent débiteur n'est tenu de payer la pension alimentaire pour enfants qu'à proportion de son revenu, mais une réduction rétroactive de la pension alimentaire se traduit par une perturbation de la certitude dont bénéficient l'enfant et le parent créancier. Ce dernier est en droit de s'attendre à ce que l'ordonnance existante soit respectée, à moins qu'on lui fournisse une preuve raisonnable qu'un changement pertinent de la situation du parent débiteur s'est produit. Encore une

this knowledge to notify the recipient of the change in circumstances and take steps to formally vary a child support order.

[79] In my view, the role of para. 98 of *D.B.S.* is to capture these salient differences which demand a distinct balancing of interests in retroactive decrease and increase cases. Paragraph 98 does not preclude this Court from employing the four *D.B.S.* factors, with necessary modification, as part of a unified framework to govern increase and decrease variation applications under s. 17. Indeed, there is good reason to do so, as the *D.B.S.* factors will assist the court in weighing the equities and reaching a fair balancing of certainty, flexibility and the child's right to support based on income.

(c) *The Presumptive Date of Retroactivity*

[80] Even before the *D.B.S.* factors come into play, the choice of the presumptive date of retroactivity itself aims to reach a preliminary balancing of these competing interests. Although the general preference for effective notice as the presumptive date in increase cases may need to be revisited for the reasons previously stated, for retroactive decreases, this presumptive date properly reflects the recipient's informational disadvantage and represents a fair balancing of certainty and flexibility. As such, once the payor establishes a change in circumstances, a presumption arises in favour of varying support to the date of effective notice, up to three years before formal notice.

[81] In this section, I outline why this presumption strikes the right balance between relevant interests;

fois, le parent débiteur dispose des renseignements pertinents et sait quand il y a eu une diminution de revenu. Il y va de son intérêt de se servir de ces renseignements pour aviser le parent créancier du changement de situation et pour prendre des mesures visant à modifier formellement l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant.

[79] À mon avis, le rôle du par. 98 de l'arrêt *D.B.S.* est de cerner ces différences importantes, qui exigent une mise en balance distincte des intérêts selon qu'il s'agit d'une demande de réduction ou d'augmentation rétroactive. Le paragraphe 98 n'empêche pas notre Cour d'employer les quatre facteurs énoncés dans cet arrêt, avec les modifications qui s'imposent, comme faisant partie d'un cadre d'analyse unifié pour régir les demandes de modifications à la hausse ou à la baisse présentées en vertu de l'art. 17. D'ailleurs, il y a de bonnes raisons de le faire, puisque les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* aideront le tribunal à apprécier l'équité de l'affaire et à établir un juste équilibre entre la certitude, la souplesse et le droit de l'enfant au soutien alimentaire en fonction du revenu du parent débiteur.

c) *La date de rétroactivité présumée*

[80] Même avant que les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* entrent en jeu, le choix de la date de rétroactivité présumée a lui-même pour but d'établir un équilibre préliminaire entre ces intérêts opposés. Bien qu'il puisse être nécessaire de revoir, pour les raisons énoncées précédemment, la solution généralement préconisée dans les affaires d'augmentation, soit de retenir la date de l'information réelle comme date présumée, dans le cas des réductions rétroactives, cette date présumée reflète bien le désavantage du parent créancier au titre de l'information, et représente une mise en balance équitable de la certitude et de la souplesse. Par conséquent, dès lors que le parent débiteur établit qu'il y a eu changement de situation, une présomption prend naissance en faveur de la modification de la pension alimentaire remontant à la date de l'information réelle, jusqu'à trois ans avant l'avis formel.

[81] Dans la présente partie, j'explique pourquoi cette présomption établit le juste équilibre entre les

what is meant by “effective notice” in decrease cases; the role of the three-year rule; and the appropriate date of retroactivity where the payor has not given effective notice.

(i) The Rationale for Effective Notice as the Presumptive Date of Retroactivity in Decrease Cases

[82] The presumption in decrease cases that support will be reduced back to the date of effective notice strikes a fair balance between the certainty interest of the child and recipient and the payor’s interest in flexibility. While recipients should be aware that support in the *Guidelines* era varies with payor income, they are at an informational disadvantage. The recipient is entitled to rely on the court order or agreement in the absence of proper communication and disclosure by the payor showing a decrease in income that is lasting and genuine (*H.G.S. v. J.R.M.*, 2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404, at para. 87). As the Court of Appeal stated in this case, “the support amount provided for in the prior order or agreement will have formed a part of the recipient parent’s budget and the support recipient often will have undertaken financial obligations premised on the continuation of the support set out in the order” (para. 26).

[83] A retroactive decrease will mean less funds, a possible set-off and even a repayment from the recipient to the payor. This in turn implicates and intensifies the certainty interest of the child and the recipient who have relied on the prior court order. It will generally be more difficult to adjust to the receipt of lesser, rather than greater amounts of support, increasing the likelihood and severity of hardship. Those with lower incomes will have less ability to absorb negative financial events.

intérêts pertinents; ce qu’on entend par « information réelle » dans les affaires de réduction de la pension alimentaire; le rôle que joue la règle des trois ans; et la date de rétroactivité appropriée lorsqu’il n’y a pas eu information réelle par le parent débiteur.

(i) La raison justifiant l’adoption de la date d’information réelle comme date de rétroactivité présumée dans les affaires de réduction de la pension alimentaire

[82] Dans les affaires de réduction de la pension alimentaire, la présomption selon laquelle celle-ci sera réduite rétroactivement à la date d’information réelle établit un juste équilibre entre l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude et l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse. Bien que le parent créancier soit censé savoir que le soutien alimentaire, à l’époque des *Lignes directrices*, varie en fonction du revenu du parent débiteur, il est désavantagé sur le plan de l’information. En l’absence d’une communication adéquate du parent débiteur indiquant une baisse de revenu qui est durable et réelle, le parent créancier peut s’appuyer sur l’ordonnance du tribunal ou sur l’entente (*H.G.S. c. J.R.M.*, 2018 ABQB 892, 16 R.F.L. (8th) 404, par. 87). Comme l’a affirmé la Cour d’appel en l’espèce, [TRADUCTION] « le montant de la pension alimentaire prévu dans l’ordonnance ou l’entente antérieure aura fait partie du budget du parent créancier et le créancier alimentaire assumera souvent des obligations financières en fonction du maintien de la pension alimentaire énoncée dans l’ordonnance » (par. 26).

[83] Une réduction rétroactive équivaut à moins d’argent, une possible compensation et même un remboursement du parent créancier au parent débiteur. Cela fait intervenir et accroît l’intérêt à bénéficier de la certitude qu’ont l’enfant et le parent créancier, qui ont compté sur l’ordonnance antérieure du tribunal. Il sera généralement plus difficile de s’ajuster à la réception d’un montant moindre plutôt que d’un montant accru de soutien alimentaire, ce qui augmente la probabilité de difficultés et la gravité de celles-ci. Les personnes qui ont des revenus plus faibles seront moins en mesure de composer avec des événements financiers défavorables.

[84] The best interests of the child lie in predictability and stability of household finances. The *Guidelines* contemplate that a drop in payor income may lead to a drop in the child's standard of living, just as it would if the parents were still together. However, payors must promptly communicate such changes to the recipient, just as they would if the parents had not separated, and move to have the terms of the order or agreement changed to restore certainty to child support arrangements between the parties. This ensures that the child is impacted as little as possible by the parents' separation and continues to benefit from predictable and regular support from the payor parent. A drop in support can be presumed to have detrimental impacts on the child, but ongoing communication and disclosure cushions those impacts and preserves the child's best interests to the fullest extent possible. For these reasons, in the absence of effective notice of a drop in payor income, certainty and predictability for the child are to be prioritized over the payor's interest in flexibility.

[85] The payor's interest in flexibility comes to the forefront once effective notice is given (*H.G.S.*, at para. 82). As such, by making the date of effective notice the presumptive date of retroactivity, the framework preserves ample flexibility for the payor. The presumption also provides payors with the certainty of knowing that any material change in income should be disclosed. Not only is the payor the one who is aware of their financial situation, but they also control the date on which they disclose that information. The payor therefore has control over the date of notice and the date of retroactivity.

(ii) Effective Notice

[86] What qualifies as "effective notice" must be viewed in light of the information asymmetry between the parties and the way that certainty, flexibility and the child's best interests play out in retroactive

[84] L'intérêt de l'enfant se situe dans la prévisibilité et la stabilité des finances du ménage. Les *Lignes directrices* prévoient qu'une baisse du revenu du parent débiteur peut entraîner une baisse du niveau de vie de l'enfant, tout comme si les parents faisaient encore vie commune. Toutefois, le parent débiteur doit rapidement communiquer de tels changements au parent créancier, tout comme il le ferait s'ils ne s'étaient pas séparés, et demander que les modalités de l'ordonnance ou de l'entente soient modifiées pour rétablir la certitude des ententes relatives au soutien alimentaire des enfants conclues par les parties. Cela fait en sorte que l'enfant subit le moins possible d'effets de la séparation des parents et continue de bénéficier d'une pension alimentaire prévisible et régulière du parent débiteur. On peut présumer qu'une baisse de la pension alimentaire aura des effets préjudiciables sur l'enfant, mais la communication continue atténue ces effets et protège l'intérêt de l'enfant dans toute la mesure possible. Pour ces raisons, en l'absence d'information réelle concernant une baisse du revenu du parent débiteur, il faut accorder la priorité à la certitude et la prévisibilité pour l'enfant plutôt qu'à l'intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse.

[85] L'intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse passe à l'avant-plan dès lors qu'il y a information réelle (*H.G.S.*, par. 82). Par conséquent, en faisant de la date d'information réelle la date de rétroactivité présumée, le cadre d'analyse assure amplement de souplesse pour le parent débiteur. La présomption procure en outre au parent débiteur la certitude que tout changement important de revenu doit être signalé. Non seulement le parent débiteur est celui qui connaît sa propre situation financière, mais il contrôle aussi la date à laquelle il communique ces renseignements. Le parent débiteur a donc le contrôle sur la date de l'information réelle et la date de rétroactivité.

(ii) L'information réelle

[86] Ce que constitue l'« information réelle » doit s'apprécier à la lumière de l'asymétrie au titre de l'information entre les parties et du rôle que jouent la certitude, la souplesse et l'intérêt de l'enfant dans

decrease cases. When a recipient seeks a retroactive increase, the Court held in *D.B.S.* that the recipient will have provided effective notice simply by broaching the topic of a potential increase (para. 121). This low bar was justified by the recipient's informational disadvantage. Regardless of whether the recipient had given notice, the payor knew when their own income had increased and must be taken to know that more income means more support.

[87] In the decrease context, by contrast, experience has shown that it is not enough for the payor to merely broach the subject of a reduction of support with the recipient. A payor seeking a retroactive decrease has the informational advantage. The presumptive date of retroactivity must encourage payors to communicate with recipients on an ongoing basis and move with reasonable dispatch to formalize a decrease through a court order or change to a pre-existing agreement. The timing and extent of disclosure will be a critical consideration in ascertaining whether and when effective notice has been given and determining whether to depart from the presumptive date of retroactivity.

[88] In decrease cases, therefore, courts have recognized that effective notice must be accompanied by “reasonable proof” that is sufficient to allow the recipient to “independently assess the situation in a meaningful way and respond appropriately” (*Gray*, at para. 62, citing *Corcios*, at para. 55; *Templeton*, at para. 51). This ensures that effective notice provides a realistic starting point for negotiations and allows the recipient to adjust expectations, make necessary changes to lifestyle and expenditures, and make informed decisions (*Hrynkow v. Gosse*, 2017 ABQB 675, at para. 13 (CanLII); *Hodges v. Hodges*, 2018 ABCA 197, at para. 10 (CanLII)).

les affaires de réduction rétroactive de la pension alimentaire. Dans l'arrêt *D.B.S.*, la Cour a statué que lorsque le parent créancier sollicite une augmentation rétroactive, il y aura eu information réelle par le simple fait qu'il a abordé le sujet d'une augmentation éventuelle (par. 121). Ce critère peu exigeant se justifiait par le désavantage du parent créancier au titre de l'information. Qu'il y ait eu ou non information réelle de la part du parent créancier, le parent débiteur savait à quel moment son propre revenu a augmenté et il est censé savoir qu'un revenu plus élevé signifie une pension alimentaire plus élevée.

[87] En revanche, dans le contexte d'une réduction, l'expérience enseigne qu'il ne suffit pas que le parent débiteur aborde simplement le sujet d'une réduction de la pension alimentaire avec le parent créancier. Le parent débiteur qui sollicite une réduction rétroactive a un avantage sur le plan de l'information. La date de rétroactivité présumée doit inciter le parent débiteur à communiquer de façon continue avec le parent créancier et à agir avec une célérité raisonnable pour officialiser une réduction par voie d'ordonnance judiciaire ou de modification à une entente préexistante. Le moment où la communication est faite et l'étendue de celle-ci seront des considérations cruciales dans l'appréciation des questions de savoir s'il y a eu information réelle et, le cas échéant, à quel moment, ainsi que s'il y a lieu de déroger à la date de rétroactivité présumée.

[88] En conséquence, dans les affaires de réduction de la pension alimentaire, les tribunaux ont reconnu que l'information réelle devait être accompagnée d'une [TRADUCTION] « preuve raisonnable » suffisante pour permettre au parent créancier « d'évaluer la situation d'une façon indépendante et concrète et d'y donner suite comme il se doit » (*Gray*, par. 62, citant *Corcios*, par. 55; *Templeton*, par. 51). Cela fait en sorte que l'information réelle constitue un point de départ réaliste pour les négociations et permet au parent créancier d'ajuster ses attentes, d'apporter les changements nécessaires à son train de vie et à ses dépenses et de prendre des décisions éclairées (*Hrynkow c. Gosse*, 2017 ABQB 675, par. 13 (CanLII); *Hodges c. Hodges*, 2018 ABCA 197, par. 10 (CanLII)).

[89] In some cases, such as where the payor is incarcerated or suffers a serious health setback, clear communication may be sufficient to meet the requirements of effective notice. In other cases, the payor may not have access to full income information at the time notice is given, but should provide proof of the change in circumstances by promptly obtaining and disclosing available documents, such as those demonstrating new employment, reduction of salary or termination of employment. Even where a diligent payor believes in good faith that a decrease in income will be temporary, the most prudent course of action is nevertheless to communicate the change to the recipient and provide information which substantiates the claimed change in circumstance.

[90] After communicating a change and providing available documents, a payor maintains “an ongoing obligation to engage in meaningful dialogue with the recipient, advise the recipient of changes in their circumstances that may impact their ability to pay support and voluntarily disclose pertinent information so that the recipient can continue to independently assess the situation and react appropriately” (*Templeton*, at para. 52). Failure to do so may impact the period of retroactivity when the court applies the discretionary *D.B.S.* factors. Further, effective notice of an initial change in income will not amount to effective notice of subsequent changes (*Corcios*, at para. 55).

(iii) The Three-Year Rule

[91] Even where the payor has given proper effective notice, the period of retroactivity is presumed to extend no further than three years before the date of formal notice. This three-year presumptive rule was established by the majority in *D.B.S.* to incentivize recipients seeking a retroactive variation to move

[89] Dans certains cas, comme lorsque le parent débiteur est incarcéré ou a un problème de santé grave, une communication claire peut être suffisante pour satisfaire aux exigences de l’information réelle. Dans d’autres cas, il se peut que le parent débiteur n’ait pas accès à tous les renseignements sur son revenu au moment où il avise le parent créancier. Il doit alors fournir une preuve du changement de situation en obtenant et en communiquant rapidement les documents disponibles, comme ceux qui font état d’un nouvel emploi, d’une réduction de salaire ou d’une cessation d’emploi. Même lorsque le parent débiteur diligent croit de bonne foi qu’une réduction de revenu sera temporaire, la façon la plus prudente d’agir consiste néanmoins à communiquer le changement au parent créancier et à fournir les renseignements qui corroborent le changement de situation allégué.

[90] Après avoir communiqué un changement et fourni les documents disponibles, le parent débiteur demeure tenu à [TRADUCTION] « une obligation continue d’entretenir un véritable dialogue avec le parent créancier, d’informer celui-ci de changements à sa situation susceptibles d’avoir une incidence sur sa capacité de verser la pension alimentaire et de communiquer volontairement les renseignements pertinents, de sorte que le parent créancier puisse continuer à évaluer de façon indépendante la situation et réagir comme il se doit » (*Templeton*, par. 52). Le non-respect de cette obligation peut avoir une incidence sur la période de rétroactivité lorsque le tribunal applique les facteurs discrétionnaires énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* Qui plus est, le fait que le parent créancier ait réellement informé le parent débiteur d’un changement initial à son revenu n’équivaudra pas à l’avoir réellement informé de changements subséquents (*Corcios*, par. 55).

(iii) La règle des trois ans

[91] Même dans les cas où il y a dûment eu information réelle par le parent débiteur, la période de rétroactivité est présumée ne pas remonter à plus de trois ans avant la date de l’avis formel. Cette présomption de rétroactivité de trois ans a été établie par les juges majoritaires dans l’arrêt *D.B.S.* pour inciter

discussions forward and to protect the payor's certainty interests (para. 123).

[92] This three-year rule has been applied for parallel reasons in the retroactive decrease context, as it was by the Court of Appeal in this case (para. 27; see also *Corcios*, at para. 55; *Gray*, at para. 61; *H.G.S.*, at paras. 94-95 and 105-8). The informational asymmetry between the parties means the recipient will often lack the requisite information to know whether the change in circumstances communicated by the payor at the time of effective notice continues to reflect the payor's situation. Thus, a lengthy "period of inactivity after effective notice may indicate that the [recipient] parent's reasonable interest in certainty has returned" (*D.B.S.*, at para. 123). The longer the delay, the greater the recipient's reliance on and certainty interest in the unchallenged order (*Brown v. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401 ("*Barber*"), at para. 35).

[93] The presumptive three-year limit allows the parties time to negotiate but recognizes that the payor must commence proceedings in a timely manner if negotiations fail in order to protect the certainty interests of the child and recipient (*Corcios*, at para. 55). Payors should not be encouraged to wait until an enforcement agency takes steps to enforce an order to bring an application to vary. Further, as the interveners West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Women's Legal Education and Action Fund Inc. point out, given the pervasiveness of deficient disclosure in family law, recipients may often have good reason to doubt the adequacy of disclosure provided with effective notice. Resulting disputes about disclosure and payor income can only be resolved through formal proceedings, and those proceedings must be commenced in a timely manner to restore certainty to child support arrangements between the parties.

les parents créanciers qui sollicitent une modification rétroactive à faire progresser les discussions et pour protéger les intérêts du parent débiteur à bénéficier de la certitude (par. 123).

[92] Cette règle de trois ans a été appliquée pour des raisons analogues dans le contexte de la réduction rétroactive, comme l'a fait la Cour d'appel en l'espèce (par. 27; voir aussi *Corcios*, par. 55; *Gray*, par. 61; *H.G.S.*, par. 94-95 et 105-108). L'asymétrie au titre de l'information entre les parties signifie que dans bien des cas, le parent créancier n'aura pas les renseignements qu'il lui faut pour savoir si le changement de situation communiqué par le parent débiteur à la date d'information réelle correspond toujours à la situation de ce dernier. En conséquence, une longue « période d'inaction pourra de nouveau conforter le parent [créancier] dans sa certitude » (*D.B.S.*, par. 123). Plus le délai est long, plus le parent créancier se fiera à l'ordonnance non contestée et à la certitude qu'elle lui procure (*Brown c. Barber*, 2016 ABQB 687, 85 R.F.L. (7th) 401 (« *Barber* »), par. 35).

[93] La limite de trois ans censée s'appliquer donne aux parties le temps de négocier, mais reconnaît que le parent débiteur doit introduire une instance en temps utile si les négociations échouent afin de protéger les intérêts de l'enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude (*Corcios*, par. 55). Il ne faut pas encourager les parents débiteurs à attendre qu'un organisme d'exécution prenne des mesures à l'égard d'une ordonnance pour présenter une demande de modification. De plus, comme le soulignent les intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, compte tenu de l'omniprésence des communications insuffisantes en droit de la famille, les parents créanciers ont souvent de bonnes raisons de douter du caractère adéquat des renseignements fournis lors de l'information réelle. Les différends qui peuvent s'ensuivre à propos de la communication et du revenu du parent débiteur ne peuvent être réglés que dans le cadre d'une instance formelle, et celle-ci doit être introduite en temps utile afin de rétablir la certitude des ententes relatives au soutien alimentaire des enfants conclues par les parties.

[94] The presumptive three-year limit is also justified by evidentiary concerns. Reliable evidence is required to determine the payor's income. The best evidence of income or ability to earn income is generally more readily available closer to the time that the income is earned (*Janik v. Drotlef*, 2018 ONCJ 287, at para. 230 (CanLII)). If the payor delays in bringing an application, it may be more difficult to produce reliable and full documentation on income. This leaves recipients and courts to bridge the gaps through guesswork, adverse inferences and the imputation of income. Timely disclosure and applications to vary must be incentivized to preserve procedural fairness to the recipient and ensure the court has access to the information necessary to determine whether a material change in circumstances has occurred and to quantify support. Three years provide ample time. The legislature could step in to address these concerns by imposing a presumptive limitation period of a longer or shorter duration. For example, in Quebec, "in no case where the arrears claimed have been due for over six months may the debtor be released from payment of them unless he shows that it was impossible for him to exercise his right to obtain a review of the judgment fixing the support" (*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 596 para. 2).

(iv) Where No Effective Notice Given

[95] Where no effective notice was given before proceedings were commenced, the start date of the variation will generally be the date of formal notice. However, this result is not automatic. Disclosure remains a relevant factor. For instance, if three years have elapsed since a motion to change was served on the recipient, but full and frank disclosure is only provided on the eve of the hearing, the payor parent generally should not benefit from a decrease for the period between the date of formal notice and the time of disclosure. Payors should not be rewarded for breaching disclosure obligations in the *Guidelines*, the rules of court, and other legislation. Slipshod or misleading disclosure deprives the parties of an

[94] La limite de trois ans censée s'appliquer se justifie également par des préoccupations liées à la preuve. Une preuve fiable est nécessaire pour déterminer le revenu du parent débiteur. La meilleure preuve du revenu ou de la capacité de gagner un revenu est généralement plus facile à obtenir à une date rapprochée de celle où le revenu est gagné (*Janik c. Drotlef*, 2018 ONCJ 287, par. 230 (CanLII)). Si le parent débiteur tarde à présenter une demande, il peut devenir plus difficile de produire une documentation fiable et complète sur le revenu. Cette situation obligerait le parent créancier et le tribunal à combler les lacunes par des conjectures, des inférences défavorables et l'attribution d'un revenu. Il faut encourager la communication et la présentation en temps utile de demandes de modification de la pension alimentaire afin de préserver l'équité procédurale pour le parent créancier, et afin de faire en sorte que le tribunal ait accès aux renseignements nécessaires pour établir si un changement de situation important s'est produit et quantifier la pension alimentaire. La période de trois ans donne amplement de temps. Le législateur pourrait intervenir pour régler ces préoccupations en imposant un délai plus long ou plus court de prescription s'appliquant par présomption. Par exemple, au Québec, « lorsque les arrérages sont dus depuis plus de six mois, le débiteur ne peut être libéré de leur paiement que s'il démontre qu'il lui a été impossible d'exercer ses recours pour obtenir une révision du jugement fixant la pension alimentaire » (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 596 al. 2).

(iv) Lorsqu'il n'y a pas eu information réelle

[95] Lorsqu'il n'y a pas eu information réelle avant l'introduction de l'instance, la date à laquelle remonte la modification sera généralement la date de l'avis formel. Toutefois, ce résultat n'est pas automatique. La communication demeure un facteur pertinent. Par exemple, si trois ans se sont écoulés depuis la signification d'une motion en modification au parent créancier, mais qu'une communication franche et complète n'a été fournie que la veille de l'audience, le parent débiteur ne devrait généralement pas bénéficier d'une réduction pour la période entre la date de l'avis formel et celle de la communication. Le parent débiteur ne devrait pas être récompensé pour avoir manqué aux obligations de

opportunity to negotiate between the date of formal notice and the hearing. However, if the payor can show a good reason for delayed disclosure, the court may vary back to the date of formal notice despite the delay. Payors facing such difficulties must be prepared to adduce evidence of their efforts to obtain the relevant documents in a timely fashion.

(d) *Discretion to Depart from the Presumption: The Four D.B.S. Factors*

[96] The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair in the circumstances of a particular case. In this section, I explore how the *D.B.S.* factors — adapted to suit the retroactive decrease context — help the court reach a fair balancing of the three interests at play, namely the child’s interest in a fair standard of support, the payor’s interest in flexibility, and the interest of the child and recipient in certainty. There is no fixed formula; none of the factors is determinative and they must be viewed holistically (*D.B.S.*, at para. 99).

(i) Understandable Reason for the Delay

[97] The first factor is whether the payor has an understandable reason for the delay in giving effective notice or seeking relief in the courts. Judges are well placed to assess whether the reasons proffered for the delay explain the extent of the payor’s inactivity. Where the payor has such a reason, fairness may militate in favour of extending the date of retroactivity to a time before the date of effective notice or not applying the three-year limit.

communication que lui imposent les *Lignes directrices*, les règles du tribunal et d’autres textes législatifs. Une communication déficiente ou trompeuse prive les parties d’une occasion de négocier entre la date de l’avis formel et l’audience. Toutefois, si le parent débiteur peut donner une bonne raison expliquant la communication tardive, le tribunal peut faire remonter la modification à la date de l’avis formel, malgré cette communication tardive. Les parents débiteurs aux prises avec de telles difficultés doivent être prêts à présenter des éléments de preuve de leurs efforts visant à obtenir les documents pertinents en temps utile.

d) *Le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption : les quatre facteurs de l’arrêt D.B.S.*

[96] Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption d’application de la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait injuste par ailleurs dans les circonstances d’un cas donné. Dans la présente partie, j’analyse comment les facteurs énoncés dans l’arrêt *D.B.S.* — adaptés au contexte de la réduction rétroactive — aident le tribunal à atteindre une juste pondération des trois intérêts en jeu, à savoir l’intérêt de l’enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire, l’intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse et l’intérêt de l’enfant et du parent créancier à bénéficier de la certitude. Il n’existe pas de formule figée; aucun de ces facteurs n’est déterminant et ils doivent être considérés dans leur ensemble (*D.B.S.*, par. 99).

(i) Une raison compréhensible justifiant le retard

[97] Le premier facteur consiste à se demander si le retard du parent débiteur à réellement informer le parent créancier ou à solliciter une réparation devant les tribunaux s’explique par une raison compréhensible. Les juges sont bien placés pour apprécier si les raisons du retard invoquées expliquent la mesure d’inactivité du parent débiteur. Lorsque le parent débiteur a une telle raison, l’équité peut militer en faveur de l’imposition d’une date de rétroactivité qui remonte à une date précédant la date d’information réelle ou de la non-application de la limite de trois ans.

[98] Understandable reasons for delay may include health problems or other difficulties that prevent the payor from confronting the situation, or an unwillingness to disrupt a fragile parent-child relationship (D. Smith, “Retroactive Child Support — An Update” (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209, at p. 239). The payor may also lack the financial or emotional wherewithal to proceed with the matter (*Brown*, at para. 34).

[99] In some cases, the recipient’s conduct may be at play, such as where the recipient threatens to withhold access or uses other tactics to discourage the payor from applying to reduce support. To ensure the child’s best interests are protected, recipient conduct is only a significant factor where the recipient is aware of the change in the payor’s circumstances and has therefore been able to plan for a possible reduction in support. Courts must also be cautious to distinguish bad faith on the part of the recipient from situations where recipient conduct results from safety concerns arising from a history of family violence.

[100] The recipient’s delay in enforcing arrears is irrelevant to the analysis (*Haisman v. Haisman* (1994), 157 A.R. 47 (C.A.), at para. 46; *Templeton*, at para. 48). Courts must bear in mind that child support arrears are a debt. Under general principles of debtor-creditor law, the debtor is required to seek out and pay the creditor, and debts are not forgiven by the mere passage of time in the absence of a statutory limitation period (*Brown*, at para. 33).

(ii) The Payor’s Conduct

[101] The second factor is the payor’s conduct. Blameworthy conduct is conduct that has “the effect of privileging [the payor’s] interests over the child’s right to support” (*Goulding*, at para. 44 (emphasis in original); see also *D.B.S.*, at para. 106). The payor’s

[98] Les raisons compréhensibles justifiant un retard peuvent comprendre les problèmes de santé ou d’autres difficultés qui empêchent le parent débiteur de composer avec la situation, ou la réticence à perturber une relation parent-enfant fragile (D. Smith, « Retroactive Child Support — An Update » (2007), 26 *C.F.L.Q.* 209, p. 239). Il se peut aussi que le parent débiteur ne dispose pas des moyens financiers ou émotifs pour agir (*Brown*, par. 34).

[99] Dans certains cas, le comportement du parent créancier pourrait jouer un rôle, par exemple lorsque celui-ci menace de priver le parent débiteur de son droit de visite ou emploie d’autres tactiques pour le dissuader de solliciter une réduction de la pension alimentaire. Pour que l’intérêt de l’enfant soit protégé, le comportement du parent créancier n’est un facteur important que si ce dernier a connaissance du changement de situation du parent débiteur et a donc été en mesure de prévoir une réduction éventuelle du soutien alimentaire. Les tribunaux doivent en outre prendre garde de faire la distinction entre la mauvaise foi du parent créancier et les situations où le comportement de celui-ci résulte de craintes pour la sécurité découlant d’antécédents de violence familiale.

[100] Le fait que le parent créancier ait tardé à exécuter l’arriéré n’est pas pertinent dans l’analyse (*Haisman c. Haisman* (1994), 157 A.R. 47 (C.A.), par. 46; *Templeton*, par. 48). Les tribunaux doivent garder à l’esprit que l’arriéré de pension alimentaire pour enfants est une dette. Suivant les principes généraux du droit régissant les relations entre débiteurs et créanciers, il appartient au parent débiteur d’aller trouver le parent créancier et de le payer, et les dettes ne sont pas remises en raison du seul passage du temps en l’absence d’un délai de prescription prévu par la loi (*Brown*, par. 33).

(ii) Le comportement du parent débiteur

[101] Le deuxième facteur est le comportement du parent débiteur. Le comportement répréhensible désigne tout comportement qui a [TRANSCRIPTION] « pour effet de favoriser les intérêts [du parent débiteur] au détriment du droit de l’enfant au soutien

subjective intentions are rarely relevant (*Goulding*, at para. 44).

[102] The payor’s efforts to disclose and communicate will often be prominent considerations in assessing the payor’s conduct in the context of an application for a retroactive decrease of support. For example, if the payor provides effective notice but fails to communicate and disclose information on an ongoing basis after the date of effective notice, the payor’s silence may militate in favour of abbreviating the period of retroactivity. Conversely, if more than three years have passed between the date of effective notice and the date of formal notice, the court might consider declining to apply the three-year rule if the payor has made ongoing efforts to disclose, communicate and engage in dialogue with the recipient.

[103] The court may also consider whether the payor made voluntary payments against the arrears, continued to pay in accordance with their ability to pay, cooperated with enforcement agencies, and showed a willingness to support the child rather than evading child support obligations (see *DiFrancesco v. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363 (C.A.), at para. 25). It should go without saying that a person who is subject to a child support order must “comply with the order until it is no longer in effect”, and this principle is now expressly enshrined in the *Divorce Act* “[f]or greater certainty” (s. 7.5). Genuine efforts to continue paying as much as the payor can will show good faith and a willingness to support the child.

(iii) Circumstances of the Child

[104] The circumstances of the child are the third factor. If the child has experienced hardship or is

alimentaire » (*Goulding*, par. 44 (en italique dans l’original); voir aussi *D.B.S.*, par. 106). Les intentions subjectives du parent débiteur sont rarement pertinentes (*Goulding*, par. 44).

[102] Les efforts déployés par le parent débiteur pour communiquer seront souvent des considérations importantes dans l’appréciation du comportement de ce dernier dans le contexte d’une demande de réduction rétroactive de la pension alimentaire. Par exemple, s’il y a eu information réelle par le parent débiteur, mais que celui-ci omet de communiquer des renseignements sur une base continue après la date d’information réelle, le silence du parent débiteur peut militer en faveur d’une période de rétroactivité plus courte. Inversement, si plus de trois ans se sont écoulés entre la date d’information réelle et la date de l’avis formel, il se peut que le tribunal envisage de ne pas appliquer la règle des trois ans si le parent débiteur a fait des efforts continus pour communiquer avec le parent créancier et engager un dialogue avec lui.

[103] Le tribunal peut également se demander si le parent débiteur a fait des paiements volontaires applicables à l’arriéré, s’il a continué de payer en fonction de sa capacité, s’il a collaboré avec les organismes d’exécution et s’il s’est montré disposé à subvenir aux besoins de l’enfant plutôt que de se soustraire à ses obligations alimentaires envers lui (voir *DiFrancesco c. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363 (C.A.), par. 25). Il va sans dire qu’une personne assujettie à une ordonnance alimentaire au profit d’un enfant est tenue [TRADUCTION] « de s’y conformer jusqu’à ce que l’ordonnance cesse d’avoir effet », et ce principe est maintenant expressément consacré dans la *Loi sur le divorce*, comme l’indique l’expression introductive « [i]l est entendu que » (art. 7.5). Les efforts véritables déployés par le parent débiteur pour continuer à payer dans la mesure de ses moyens témoigneront de sa bonne foi et de sa volonté de subvenir aux besoins de l’enfant.

(iii) La situation de l’enfant

[104] La situation de l’enfant est le troisième facteur. Si l’enfant a connu des difficultés ou s’il est

currently in need, this factor militates in favour of a shorter period of retroactivity.

[105] Another relevant consideration is whether the retroactive decrease would result in an order requiring the recipient to repay support to remedy an overpayment. The framework under s. 17 of the *Divorce Act* should not penalize payors for having continued to pay the full amount of support under an order or agreement after they experience a drop in income. However, reimbursement or set-off may cause hardship for the child and recipient. As such, where repayment is a possibility, it is even more important for the payor to give the recipient prompt notice of the decrease in their income — complete with disclosure enabling the recipient to meaningfully assess the extent of any potential future repayment — and move with reasonable diligence to seek a formal variation (*Corcios*, at para. 55; *Gray*, at para. 60; see also *Fleury v. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92, at para. 32).

[106] In cases involving claims of overpayment, it will rarely be appropriate, given the recipient's absence of knowledge, to retroactively decrease support to a date before the recipient could have expected that child support payments received from the payor might need to be repaid at some future date. This approach protects the child's best interests and the recipient's certainty interest, while allowing payors who have overpaid to seek a retroactive decrease as long as the recipient has been given proper notice and disclosure.

(iv) Hardship

[107] The final factor is hardship to the payor if the period of retroactivity is not lengthened beyond the presumptive date. The payor must adduce evidence to “establish real facts” supporting a finding of hardship (*Goulding*, at para. 57). Bald assertions are not

dans le besoin, ce facteur milite en faveur d'une période de rétroactivité plus courte.

[105] Une autre considération pertinente est celle de savoir si la réduction rétroactive donnerait lieu à une ordonnance obligeant le parent créancier à rembourser des prestations alimentaires pour rectifier un trop-payé. Le cadre d'application de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* ne doit pas pénaliser les parents débiteurs qui ont continué de payer le plein montant de la pension alimentaire conformément à une ordonnance ou une entente après avoir connu une baisse de revenu. Toutefois, un remboursement ou une compensation est susceptible de causer des difficultés à l'enfant et au parent créancier. Par conséquent, lorsque le remboursement est une possibilité, il est encore plus important que le parent débiteur avise rapidement le parent créancier de la réduction de son revenu — en lui communiquant les renseignements qui lui permettent d'évaluer concrètement l'ampleur de tout remboursement futur éventuel — et procède avec diligence raisonnable pour solliciter une modification officielle (*Corcios*, par. 55; *Gray*, par. 60; voir aussi *Fleury c. Fleury*, 2009 ABCA 43, 448 A.R. 92, par. 32).

[106] Dans les cas où un trop-payé est allégué, il sera rarement approprié, en raison du fait que le parent créancier n'avait pas été informé, de réduire rétroactivement la pension alimentaire à partir d'une date antérieure à celle où le parent créancier aurait pu s'attendre à ce que les versements de la pension alimentaire pour enfants reçus du parent débiteur doivent être remboursés ultérieurement. Cette approche protège l'intérêt de l'enfant ainsi que l'intérêt du parent créancier à bénéficier de la certitude, tout en permettant au parent débiteur qui a trop payé de demander une réduction rétroactive, pourvu que le parent créancier en ait été dûment avisé et informé.

(iv) Les difficultés

[107] Le dernier facteur correspond aux difficultés causées au parent débiteur si la période de rétroactivité n'est pas allongée au-delà de la date présumée. Le parent débiteur doit présenter des éléments de preuve pour [TRADUCTION] « établir des faits

enough (*ibid.*). The payor must also provide a complete picture of their financial situation, including income, assets and debts. For example, in this case, an assessment of hardship requires consideration of not only Mr. Colucci's present income and future earning capacity, but also the funds he received from his mother's estate and any other assets.

[108] A showing of hardship will not automatically justify a departure from the presumed date of retroactivity. Hardship carries much less weight where brought on by the payor's own unreasonable failure to make proper disclosure and give notice to the recipient (*D.B.S.*, at para. 116). Hardship to the payor must also be viewed in the context of hardship to the recipient and child if the court were to extend the period of the retroactive decrease (*Goulding*, at para. 56). It is a holistic and relative assessment (*Michel*, at para. 100, per Martin J.).

(e) *Quantum and Terms of Variation Order*

[109] If retroactive variation is appropriate, quantum is governed by the statutory scheme that applies to the award (*D.B.S.*, at para. 126). In this case, the *Guidelines* apply in determining the quantum of support. The *Guidelines* leave some space for discretion, such as when there is undue hardship within the meaning of s. 10. As in the prospective context, the court may also impute income under s. 19 of the *Guidelines*, such as where the payor has been intentionally under-employed or has unreasonably deducted expenses from income. Blameworthy conduct by the payor may be considered in setting interest or costs (*Michel*, at para. 119, per Martin J.).

concrets » permettant de conclure qu'il subira des difficultés (*Goulding*, par. 57). De simples affirmations ne suffisent pas (*ibid.*). Le parent débiteur doit aussi broser un tableau complet de sa situation financière, ce qui comprend son revenu, son actif et ses dettes. Par exemple, en l'espèce, l'évaluation des difficultés exige l'examen non seulement du revenu actuel de M. Colucci et de sa capacité future de gain, mais aussi des sommes d'argent qu'il a reçues de la succession de sa mère et de tout autre actif, le cas échéant.

[108] Une démonstration de l'existence de difficultés ne justifie pas automatiquement que l'on déroge à la date de rétroactivité présumée. Les difficultés revêtent une importance bien moindre lorsqu'elles sont causées par la propre omission déraisonnable du parent débiteur de communiquer adéquatement les renseignements au parent créancier et de l'aviser de sa situation (*D.B.S.*, par. 116). Les difficultés causées au parent débiteur doivent également être considérées dans le contexte de celles causées au parent créancier et à l'enfant si le tribunal allongeait la période de la réduction rétroactive (*Goulding*, par. 56). Il s'agit d'une évaluation holistique et relative (*Michel*, par. 100, la juge Martin).

e) *Le montant et les conditions de l'ordonnance modificative*

[109] Si une modification rétroactive est appropriée, le montant est régi par le régime législatif applicable à l'ordonnance (*D.B.S.*, par. 126). En l'espèce, ce sont les *Lignes directrices* qui s'appliquent pour la détermination du montant de la pension alimentaire. Les *Lignes directrices* confèrent une certaine latitude pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, par exemple lorsqu'il y a difficultés excessives au sens de l'art. 10. Comme dans le contexte prospectif, le tribunal peut aussi attribuer un revenu en application de l'art. 19 des *Lignes directrices*, par exemple lorsque le parent débiteur a choisi d'être sous-employé ou a déduit de façon déraisonnable des dépenses de son revenu. Le comportement répréhensible du parent débiteur peut être pris en compte dans le calcul des intérêts ou des dépens (*Michel*, par. 119, la juge Martin).

[110] Full and complete disclosure is required to quantify the appropriate amount of support for the period of retroactivity, just as it would be when quantifying prospective support (*Brown*, at para. 20). The onus is on the payor to show the extent to which their income decreased during the period of retroactivity (*Templeton*, at para. 65). If the payor fails to provide all relevant evidence required for the court to fully appreciate their true income during any part of the period of retroactivity, the court may draw an adverse inference against the payor (*Templeton*, at para. 67). The payor must also make complete disclosure of their current financial circumstances if seeking a periodic payment plan or temporary suspension on hardship grounds.

[111] Finally, while the above framework facilitates fair resolution of disputes after the fact, parties, counsel and the courts should be mindful of best practices designed to obviate the need to resort to the courts. Given the prevalence of fluctuating income, the preferred solution — absent family violence — is a yearly recalculation of child support based on disclosure of updated income. Some provinces offer an administrative recalculation service (see, e.g., *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 39.1(2)) and/or free family mediation services if the parties cannot agree on a change in support following a change in the payor's income (see, e.g., family justice counsellors in British Columbia: *Family Law Act*, s. 10).

[112] Where an application under s. 17 of the *Divorce Act* has become necessary because the parties have not recalculated support regularly, courts should consider including a term in the order to obviate the need for future retroactive applications. The court might include an order requiring parties whose income is necessary to determine the amount of support to advise each other promptly of changes

[110] Une communication franche et complète est nécessaire en vue de quantifier le montant approprié de la pension alimentaire pour la période de rétroactivité, tout comme elle le serait lorsqu'on quantifie le soutien alimentaire pour l'avenir (*Brown*, par. 20). Il appartient au parent débiteur de démontrer la mesure dans laquelle son revenu a diminué au cours de la période de rétroactivité (*Templeton*, par. 65). Si le parent débiteur ne fournit pas tous les éléments de preuve pertinents dont le tribunal a besoin pour apprécier pleinement son revenu véritable au cours d'une partie de la période de rétroactivité, le tribunal peut tirer une inférence défavorable à celui-ci (*Templeton*, par. 67). Le parent débiteur doit en outre faire la communication complète de sa situation financière actuelle s'il sollicite un plan de versements périodiques ou une suspension temporaire en raison de difficultés.

[111] Enfin, bien que le cadre mentionné plus tôt facilite le règlement équitable des différends après le fait, les parties, les avocats et les tribunaux doivent garder à l'esprit les pratiques exemplaires conçues pour écarter la nécessité d'avoir recours aux tribunaux. Compte tenu de la fréquence des fluctuations de revenu, la solution à privilégier — en l'absence de violence familiale — est un nouveau calcul annuel de la pension alimentaire pour enfants en fonction des renseignements à jour communiqués sur le revenu. Certaines provinces offrent un service administratif de nouveau calcul (voir, p. ex., la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, par. 39.1(2)) ou des services gratuits de médiation familiale si les parties ne s'entendent pas sur une modification de la pension alimentaire à la suite d'un changement de revenu du parent débiteur (voir, p. ex., les conseillers en justice familiale en Colombie-Britannique : *Family Law Act*, art. 10).

[112] Lorsqu'une demande fondée sur l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* devient nécessaire parce que les parties n'ont pas recalculé régulièrement la pension alimentaire, les tribunaux devraient envisager d'inclure une modalité dans l'ordonnance pour écarter la nécessité de futures demandes rétroactives. Le tribunal pourrait inclure une modalité obligeant les parties dont les renseignements sur le revenu sont

in income and to exchange the information listed in s. 21(1) of the *Guidelines* on an annual basis (see, e.g., *Corcios*, at para. 76; *Burchill*, at para. 64). The court might also consider a term providing that parties are to recalculate support on an annual basis and, if unable to agree, may apply to the court for a determination of the amount payable (*D.B.S. (C.A.)*, at para. 94; N. Bakht et al., “*D.B.S. v. S.G.R.: Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support*” (2006), 18 *C.J.W.L.* 535, at p. 556).

(f) *Summary*

[113] To summarize, where the payor applies under s. 17 of the *Divorce Act* to retroactively decrease child support, the following analysis applies:

- (1) The payor must meet the threshold of establishing a past material change in circumstances. The onus is on the payor to show a material decrease in income that has some degree of continuity, and that is real and not one of choice.
- (2) Once a material change in circumstances is established, a presumption arises in favour of retroactively decreasing child support to the date the payor gave the recipient effective notice, up to three years before formal notice of the application to vary. In the decrease context, effective notice requires clear communication of the change in circumstances accompanied by the disclosure of any available documentation necessary to substantiate the change and allow the recipient parent to meaningfully assess the situation.
- (3) Where no effective notice is given by the payor parent, child support should generally be varied back to the date of formal notice, or a later date

nécessaires pour établir le montant de la pension alimentaire à s’informer rapidement l’une l’autre de changements de revenu et à s’échanger annuellement les renseignements indiqués au par. 21(1) des *Lignes directrices* (voir, p. ex., *Corcios*, par. 76; *Burchill*, par. 64). Le tribunal pourrait en outre envisager une modalité prévoyant que les parties devront recalculer annuellement la pension alimentaire et que, si elles sont incapables de s’entendre, elles pourront s’adresser au tribunal pour la détermination du montant payable (*D.B.S. (C.A.)*, par. 94; N. Bakht et autres, « *D.B.S. v. S.G.R. : Promoting Women’s Equality through the Automatic Recalculation of Child Support* » (2006), 18 *R.F.D.* 535, p. 556).

f) *Résumé*

[113] En résumé, lorsque le parent débiteur présente une demande fondée sur l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* sollicitant la réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants, l’analyse qui suit s’applique :

- (1) Le parent débiteur doit satisfaire à la condition préliminaire qui consiste à établir qu’il y a eu un changement important antérieur à sa situation. Il appartient au parent débiteur de démontrer une baisse substantielle de revenu qui a une certaine continuité, et qui est réelle et ne procède pas d’un choix.
- (2) Dès qu’un changement de situation important est établi, une présomption prend naissance en faveur d’une réduction rétroactive de la pension alimentaire pour enfants remontant à la date à laquelle le parent débiteur a réellement informé le parent créancier, jusqu’à trois ans avant l’avis formel de la demande de modification. Dans le contexte d’une réduction, l’information réelle exige une communication claire du changement de situation, accompagnée de tous les documents disponibles nécessaires pour corroborer le changement et permettre au parent créancier de bien évaluer la situation.
- (3) Lorsque le parent débiteur n’a pas réellement informé le parent créancier, la pension alimentaire pour enfants doit généralement être modifiée à

where the payor has delayed making complete disclosure in the course of the proceedings.

- (4) The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair. The *D.B.S.* factors (adapted to the decrease context) guide this exercise of discretion. Those factors are: (i) whether the payor had an understandable reason for the delay in seeking a decrease; (ii) the payor's conduct; (iii) the child's circumstances; and (iv) hardship to the payor if support is not decreased (viewed in context of hardship to the child and recipient if support *is* decreased). The payor's efforts to pay what they can and to communicate and disclose income information on an ongoing basis will often be a key consideration under the factor of payor conduct.
- (5) Finally, once the court has determined that support should be retroactively decreased to a particular date, the decrease must be quantified. The proper amount of support for each year since the date of retroactivity must be calculated in accordance with the *Guidelines*.

[114] It is also helpful to summarize the principles which now apply to cases in which the recipient applies under s. 17 to retroactively increase child support:

- a) The recipient must meet the threshold of establishing a past material change in circumstances. While the onus is on the recipient to show a material increase in income, any failure by the payor to disclose relevant financial information allows the court to impute income, strike pleadings, draw adverse inferences, and award costs. There is no need for the recipient to make

compter de la date de l'avis formel, ou d'une date subséquente lorsque le parent débiteur a tardé à faire une communication complète au cours de l'instance.

- (4) Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait par ailleurs injuste. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *D.B.S.* (adaptés au contexte de la réduction) orientent cet exercice du pouvoir discrétionnaire. Ces facteurs sont les suivants : (i) le retard du parent débiteur à solliciter une réduction s'explique par une raison compréhensible; (ii) le comportement du parent débiteur; (iii) la situation de l'enfant; (iv) les difficultés causées au parent débiteur si la pension alimentaire n'est pas réduite (considérées dans le contexte des difficultés causées à l'enfant et au parent créancier si la pension alimentaire *est* réduite). Les efforts du parent débiteur pour payer ce qu'il peut et pour communiquer les renseignements sur son revenu de manière continue seront souvent une considération essentielle en ce qui concerne le facteur du comportement du parent débiteur.
- (5) Enfin, lorsque le tribunal a conclu qu'il y a lieu de réduire rétroactivement la pension alimentaire à compter d'une date donnée, la réduction doit être quantifiée. Le juste montant de pension alimentaire pour chaque année depuis la date de rétroactivité doit être calculé conformément aux *Lignes directrices*.

[114] Il est aussi utile de résumer les principes qui s'appliquent maintenant aux affaires où le parent créancier présente une demande fondée sur l'art. 17 sollicitant l'augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants :

- a) Le parent créancier doit satisfaire à la condition préliminaire qui consiste à établir qu'il y a eu un changement important antérieur à sa situation. Bien qu'il incombe à celui-ci de démontrer qu'il y a eu augmentation substantielle de revenu, le défaut du parent débiteur de communiquer les renseignements financiers pertinents autorise le tribunal à attribuer un revenu, radier des actes

multiple court applications for disclosure before a court has these powers.

- b) Once a material change in circumstances is established, a presumption arises in favour of retroactively increasing child support to the date the recipient gave the payor effective notice of the request for an increase, up to three years before formal notice of the application to vary. In the increase context, because of informational asymmetry, effective notice requires only that the recipient broached the subject of an increase with the payor.
- c) Where no effective notice is given by the recipient parent, child support should generally be increased back to the date of formal notice.
- d) The court retains discretion to depart from the presumptive date of retroactivity where the result would otherwise be unfair. The *D.B.S.* factors continue to guide this exercise of discretion, as described in *Michel*. If the payor has failed to disclose a material increase in income, that failure qualifies as blameworthy conduct and the date of retroactivity will generally be the date of the increase in income.
- e) Once the court has determined that support should be retroactively increased to a particular date, the increase must be quantified. The proper amount of support for each year since the date of retroactivity must be calculated in accordance with the *Guidelines*.

(g) *Application to the Present Case*

[115] Support orders attract deference on appeal. Absent an error or an extricable question of law,

de procédure, tirer des inférences défavorables et condamner aux dépens. Il n'est pas nécessaire que le parent créancier présente de multiples demandes de communication au tribunal pour que celui-ci ait ces pouvoirs.

- b) Dès qu'un changement de situation important est établi, une présomption s'applique en faveur d'une augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants remontant à la date à laquelle le parent créancier a réellement informé le parent débiteur de la demande d'augmentation, jusqu'à trois ans avant l'avis formel de la demande de modification. Dans le contexte d'une augmentation, en raison de l'asymétrie au titre de l'information entre les parties, l'information réelle exige seulement que le parent créancier ait abordé le sujet d'une augmentation avec le parent débiteur.
- c) Lorsque le parent créancier n'a pas réellement informé le parent débiteur, la pension alimentaire pour enfants doit généralement être augmentée à compter de la date de l'avis formel.
- d) Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déroger à la date de rétroactivité présumée lorsque le résultat serait par ailleurs injuste. Les facteurs de l'arrêt *D.B.S.* continuent d'orienter cet exercice du pouvoir discrétionnaire, comme il est décrit dans l'arrêt *Michel*. Si le parent débiteur a omis de communiquer une augmentation importante de revenu, cette omission constitue un comportement répréhensible et la date de rétroactivité sera généralement la date de l'augmentation du revenu.
- e) Lorsque le tribunal a conclu que la pension alimentaire doit être augmentée rétroactivement à compter d'une date donnée, l'augmentation doit être quantifiée. Le juste montant de pension alimentaire pour chaque année depuis la date de rétroactivité doit être calculé conformément aux *Lignes directrices*.

(g) *Application à la présente affaire*

[115] Les ordonnances alimentaires commandent la déférence en appel. Sauf s'il y a une erreur ou

a palpable and overriding error, or a fundamental mischaracterization or misapprehension of the evidence, an appellate court should not interfere with the trial judge's exercise of discretion (*Brandsema*, at para. 30).

[116] In this case, I agree with the Court of Appeal that the motion judge erred in principle. Instead of balancing the payor's interest in flexibility against the interests of the child and recipient, the motion judge concluded that the coming into force of the *Guidelines* was a change in circumstances that "entitled [Mr. Colucci] as of right to a variation and a calculation based on table amounts and his drop in income" (reasons of motion judge, at para. 15 (emphasis added)). While the motion judge did not have the benefit of these reasons, that conclusion was inconsistent with the principles underlying the *Guidelines* and the framework set out above.

[117] The motion judge was correct in concluding that the coming into force of the *Guidelines* constituted a change in circumstances under s. 14(c). While this legal change opens the door at the threshold step, it does not obviate the need for evidence of Mr. Colucci's earnings in the years since the *Guidelines* came into force. Without reliable and complete income information, the court cannot recalculate support for the intervening years in accordance with the *Guidelines*. Thus, Mr. Colucci's failure to adduce adequate evidence of his income since 2000 is fatal to his application. Even if he adduced sufficient evidence of his income from 1997 to 2000, the three-year rule applies, as discussed below.

[118] Aside from the coming into force of the *Guidelines*, Mr. Colucci also relied on material decreases in his income after the *Guidelines* came into force as a justification for retroactively decreasing the amount of support. To the extent he relies on drops

une question de droit isolable, une erreur manifeste et déterminante, ou une erreur fondamentale dans la qualification ou l'interprétation de la preuve, une cour d'appel ne doit pas s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance (*Brandsema*, par. 30).

[116] En l'espèce, je suis du même avis que la Cour d'appel, c'est-à-dire que le juge de la motion a commis une erreur de principe. Au lieu de soupeser l'intérêt du parent débiteur à bénéficier de la souplesse par rapport aux intérêts de l'enfant et du parent créancier, le juge de la motion a conclu que l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constituait un changement de situation qui [TRADUCTION] « conférait de plein droit à [M. Colucci] le droit à une modification et au calcul en fonction des montants figurant dans les tables et de sa baisse de revenu » (motifs du juge de la motion, par. 15 (je souligne)). Même si le juge de la motion ne disposait pas des présents motifs, cette conclusion était incompatible avec les principes qui sous-tendent les *Lignes directrices* et le cadre décrit ci-dessus.

[117] Le juge de la motion a eu raison de conclure que l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constituait un changement de situation visé à l'al. 14c). Bien que ce changement juridique permette de franchir l'étape de la condition préliminaire, il n'écarte pas la nécessité d'obtenir la preuve des gains de M. Colucci dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur des *Lignes directrices*. Sans renseignements fiables et complets sur le revenu, le tribunal ne peut recalculer la pension alimentaire pour les années qui ont suivi conformément aux *Lignes directrices*. En conséquence, l'omission de M. Colucci de présenter une preuve adéquate de son revenu depuis 2000 porte un coup fatal à sa demande. Même s'il présentait une preuve suffisante de son revenu de 1997 à 2000, la règle des trois ans s'applique, comme nous le verrons plus loin.

[118] En plus de l'entrée en vigueur des *Lignes directrices*, M. Colucci a aussi invoqué des baisses substantielles de son revenu après l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* comme justification d'une réduction rétroactive du montant de la pension

in income, however, his deficient communication, inadequate evidence and insufficient disclosure are fatal to his application: not only has he not proven a decrease in income, he can point to no actions which qualify as effective notice. The Court of Appeal properly rejected the submission that his child support obligations should be retroactively varied to April 1998, when he asked Ms. Colucci through counsel for a reduction in the amount of child support payable because of an alleged decrease in his income.

[119] It is not enough for a payor in Mr. Colucci's shoes to advise the recipient that their income has fallen without taking any further steps. Following Ms. Colucci's refusal to vary support in 1998, Mr. Colucci "produced no proof of his changed financial circumstances, nor, after his initial request for a reduction in 1998, did he instigate any further negotiations, mediation or court proceedings" (C.A. reasons, at para. 34). Rather, he cut off communication and did nothing until commencing this proceeding in 2016. Since Mr. Colucci did not provide reasonable proof to allow the recipient to meaningfully assess the situation, his request fell short of effective notice. Further, the request in 1998 could not constitute notice of the more dramatic drops in his income after the initial request was made. A payor who experiences this kind of fluctuation in income must continue to communicate subsequent changes with proper disclosure to allow the recipient to plan accordingly.

[120] As Mr. Colucci gave no effective notice before arrears stopped accumulating in 2012, the presumption set out above leads to the conclusion that he is not entitled to any retroactive decrease in his child support obligations. Even if Mr. Colucci had given effective notice in 1998, the presumptive three-year limit would apply. The application of the three-year rule would preclude any retroactive

alimentaire. Cependant, dans la mesure où il invoque des baisses de revenu, sa communication déficiente, la preuve inadéquate et l'insuffisance des renseignements communiqués portent un coup fatal à sa demande : non seulement il n'a pas prouvé une baisse de revenu, mais il ne peut faire état d'aucune mesure qui constitue une information réelle. La Cour d'appel a rejeté à juste titre l'argument selon lequel ses obligations alimentaires envers ses enfants devaient être modifiées rétroactivement à compter d'avril 1998, alors qu'il avait demandé à M^{me} Colucci, par l'entremise de son avocat, une réduction de la pension alimentaire payable pour enfants en raison d'une diminution alléguée de son revenu.

[119] Il ne suffit pas qu'un parent débiteur se trouvant dans la situation de M. Colucci informe le parent créancier que son revenu a baissé sans prendre d'autres mesures. Après que M^{me} Colucci a refusé de modifier la pension alimentaire en 1998, M. Colucci [TRADUCTION] « n'a produit aucun élément de preuve de sa nouvelle situation financière et il n'a pas, après sa demande initiale de réduction en 1998, entrepris d'autres négociations ni démarches de médiation ou instance judiciaire » (motifs de la C.A., par. 34). Il a plutôt coupé la communication et n'a rien fait jusqu'à ce qu'il introduise la présente instance en 2016. Puisque M. Colucci n'a pas fourni de preuve raisonnable pour permettre au parent créancier de bien évaluer la situation, sa demande n'équivalait pas à une information réelle. Qui plus est, la demande formulée en 1998 ne pouvait pas constituer un avis des baisses plus considérables de son revenu après que la demande initiale ait été faite. Le parent débiteur qui connaît de telles fluctuations de revenu doit continuer à dûment communiquer les changements subséquents pour permettre au parent créancier de planifier en conséquence.

[120] Étant donné que M. Colucci n'a pas réellement informé le parent créancier avant que l'arriéré cesse de s'accumuler en 2012, la présomption énoncée ci-dessus mène à la conclusion qu'il n'a pas droit à une réduction rétroactive de ses obligations alimentaires envers ses enfants. Même si M. Colucci avait réellement informé M^{me} Colucci en 1998, la limite présumée de trois ans s'appliquerait.

decrease, given that his children were no longer eligible for child support beginning in 2012 and he gave formal notice in 2016. Nor would the application of the *D.B.S.* factors support a longer period of retroactivity. Indeed, had it been necessary to decide this point, all factors, particularly that of payor conduct, would support a shorter period of retroactivity. It is not enough for the payor to give notice and then disappear. The Court of Appeal correctly noted that, when the parties were unable to reach an agreement on a reduced amount of support, “it was incumbent on [Mr. Colucci] to initiate proceedings in a timely manner” (para. 34). Instead, he “unreasonably failed to do anything for 18 years” (*ibid.*).

[121] Mr. Colucci claimed that he did not commence a motion in 1998 because he lacked the financial resources to do so. However, lack of funds cannot justify his failure to produce reasonable proof of the change in income he claimed at the time of his request, or his subsequent failure to communicate, negotiate or seek a change for 18 years.

[122] Mr. Colucci also made few, if any, voluntary payments during that time and showed no willingness to support the children, who suffered hardship as a result of his failure to fulfill his obligations. His conduct shows bad faith efforts to evade the enforcement of a court order. He did not notify the recipient or the FRO when he left Canada or advise them of his whereabouts or income for the duration of his absence (C.A. reasons, at para. 8). The FRO took a number of steps that failed to spur Mr. Colucci to comply with his obligations voluntarily, including garnishing benefits and suspending his passport and driver’s license. The FRO was only able to collect limited sums through these enforcement mechanisms. Ms. Colucci was thus left to shoulder the financial burden of raising and supporting the children on her own (para. 30). The daughters also incurred

L’application de cette règle ferait obstacle à toute réduction rétroactive, étant donné que ses enfants n’avaient plus droit à une pension alimentaire à compter de 2012 et qu’il avait donné un avis formel en 2016. L’application des facteurs de l’arrêt *D.B.S.* ne permettrait pas non plus d’établir une période de rétroactivité plus longue. De fait, s’il avait été nécessaire de trancher cette question, tous les facteurs, en particulier celui du comportement du parent débiteur, militeraient en faveur d’une période de rétroactivité plus courte. Le parent débiteur ne peut aviser l’autre parent et ensuite disparaître. La Cour d’appel a fait remarquer avec justesse que lorsque les parties étaient incapables d’arriver à une entente sur un montant réduit de soutien alimentaire, [TRADUCTION] « il incombait à [M. Colucci] d’introduire une instance en temps utile » (par. 34). Au lieu de cela, il a « déraisonnablement omis de faire quoi que ce soit pendant 18 ans » (*ibid.*).

[121] Monsieur Colucci a fait valoir qu’il n’avait pas introduit de motion en 1998 parce qu’il n’avait pas les moyens financiers de le faire. Toutefois, le manque d’argent ne saurait justifier son omission de produire une preuve raisonnable du changement de revenu qu’il a invoqué au moment de sa demande, ou son omission subséquente de communiquer, de négocier ou de solliciter un changement pendant 18 ans.

[122] De plus, M. Colucci n’a fait que peu de versements volontaires pendant cette période, voire aucun, et n’a fait montre d’aucune volonté de subvenir aux besoins des enfants, qui ont connu des difficultés en raison de son défaut de satisfaire à ses obligations. Son comportement témoigne d’efforts de mauvaise foi visant à se soustraire à l’exécution d’une ordonnance judiciaire. Il n’a pas informé le parent créancier ou le BOF lorsqu’il a quitté le Canada et ne les a pas informés des endroits où il se trouvait ou de son revenu pendant la durée de son absence (motifs de la C.A., par. 8). Le BOF a pris un certain nombre de mesures qui n’ont pas réussi à amener M. Colucci à respecter ses obligations volontairement, notamment une saisie-arrêt sur des prestations et la suspension de son passeport et de son permis de conduire. Le BOF n’a pu recouvrer que des sommes limitées au

considerable debt in pursuing post-secondary education (*ibid.*).

[123] Mr. Colucci turned his back on his support obligations and a court order when he cut off communication and “absconded without a trace to the United States and Italy” (C.A. reasons, at para. 31). He only came out of hiding when he had returned to Canada and was facing enforcement action by the FRO, including potential garnishment of his wages. Mr. Colucci cannot now seek to avoid the consequences of his actions. To depart from the presumptive date of retroactivity and grant a retroactive decrease in these circumstances would give tacit approval to this kind of conduct, contrary to the best interests of children. As Carey J. stated, Mr. Colucci’s “success at getting to the age of 62 without paying a dollar voluntarily should not be rewarded” (2018 ONSC 4868, at para. 4, reproduced in R.R., at p. 9; see also paras. 2-3).

[124] Moreover, Mr. Colucci has continued to evade his child support obligations by misrepresenting his financial circumstances and breaching his ongoing obligation to make full documentary and financial disclosure, even in the course of these proceedings (C.A. reasons, at para. 32). As such, this case provides an example of the kind of inadequate disclosure that would justify a refusal to vary back to the date of formal notice. Mr. Colucci did not provide his tax returns or any other documentary evidence of income for the years 2000 to 2015, and most of the little disclosure he made was provided well after he commenced the motion to change. Documentation regarding his mother’s estate was not produced until over a year later, and even then, the document was in Italian only. His income information for 2016 and 2017 was not provided until July 2018. In addition, Mr. Colucci redacted his employer’s name from his T4 and filed no tax return in 2017 to avoid

moyen de ces mécanismes d’exécution. Madame Colucci a donc dû assumer seule le fardeau financier d’élever les enfants et de subvenir à leurs besoins (par. 30). En outre, les filles ont contracté une dette considérable en raison de leurs études postsecondaires (*ibid.*).

[123] Monsieur Colucci a tourné le dos à ses obligations alimentaires et à une ordonnance du tribunal lorsqu’il a rompu la communication et [TRADUCTION] « a pris la fuite aux États-Unis et en Italie sans laisser de trace » (motifs de la C.A., par. 31). Il n’est sorti de l’ombre qu’une fois rentré au Canada et a fait l’objet de mesures d’exécution prises par le BOF, notamment la saisie-arrêt éventuelle de son salaire. Monsieur Colucci ne peut pas maintenant chercher à éviter les conséquences de ses gestes. S’écarter de la date de rétroactivité présumée et accorder une réduction rétroactive dans ces circonstances reviendrait à approuver tacitement ce type de comportement, ce qui est contraire à l’intérêt de l’enfant. Comme l’a affirmé le juge Carey, [TRADUCTION] « le fait que [M. Colucci] se soit rendu à l’âge de 62 ans sans avoir payé un dollar volontairement ne doit pas être récompensé » (*Colucci c. Colucci*, 2018 ONSC 4868, par. 4, reproduit dans d.i., p. 9; voir aussi par. 2-3).

[124] Par ailleurs, M. Colucci a continué d’éviter ses obligations alimentaires envers ses enfants en présentant de manière inexacte sa situation financière et en manquant à son obligation continue de faire la communication complète des documents et des renseignements financiers, même au cours de la présente instance (motifs de la C.A., par. 32). Ainsi, la présente affaire fournit un exemple du type de communication inadéquate qui justifierait un refus de faire remonter la modification à la date de l’avis formel. Monsieur Colucci n’a pas fourni ses déclarations fiscales ni aucune autre preuve documentaire de son revenu pour les années 2000 à 2015, et la plupart des quelques communications qu’il a faites ont été fournies bien après qu’il eut introduit la motion en modification. La documentation concernant la succession de sa mère n’a été produite que plus d’un an plus tard et, même alors, elle était en italien seulement. L’information sur son revenu pour 2016

garnishment of his wages and tax refund, preferring to forfeit the refund altogether than have it go toward his child support obligations. He also failed to pay Ms. Colucci the €15,000 that he was ordered to pay by the motion judge despite being in receipt of the earmarked funds from his mother's estate.

[125] A few words on the recalculation of support and imputation of income. Mr. Colucci argued that the motion judge must have been satisfied with the financial information before him, as he relied on this information in recalculating Mr. Colucci's support obligation and in concluding that minimum wage should be imputed to Mr. Colucci in certain years due to under-employment.

[126] I agree with Ms. Colucci that it was problematic for the motion judge to rely on Mr. Colucci's limited financial disclosure to recalculate support and exercise his discretion to impute income. Apart from Mr. Colucci's own assertions about when he worked and how much he was paid, there was no objective or cogent evidence supporting his alleged income from 2000 to 2015. The motion judge essentially took Mr. Colucci's word for it, imputing income based on Mr. Colucci's assertion that he made substantially less than minimum wage in certain years and recalculating support based on the income he claimed to have made in other years.

[127] This case highlights one of the mischiefs of delayed applications to retroactively decrease support: as the years go by, it becomes more difficult to produce reliable income information, such as tax returns. For example, Mr. Colucci claims he was unable to obtain tax returns from the Internal Revenue

et 2017 n'a été fournie qu'en juillet 2018. De plus, M. Colucci a caviardé le nom de son employeur de son feuillet T4 et n'a pas produit de déclaration fiscale en 2017 afin d'éviter la saisie-arrêt de son salaire et de son remboursement d'impôt, préférant renoncer entièrement au remboursement plutôt que celui-ci soit imputé à ses obligations alimentaires envers ses enfants. Il a également omis de payer à M^{me} Colucci la somme de 15 000 € que le juge de la motion lui avait ordonné de payer, même s'il avait reçu les fonds réservés provenant de la succession de sa mère.

[125] Quelques mots sur le recalcul de la pension alimentaire et l'attribution du revenu. Monsieur Colucci a soutenu que le juge de la motion devait être satisfait des renseignements financiers qui lui avaient été présentés, puisqu'il s'est appuyé sur ces renseignements en recalculant l'obligation alimentaire de M. Colucci et en concluant qu'il convenait d'attribuer le salaire minimum à M. Colucci pour certaines années en raison de son sous-emploi.

[126] Je suis d'accord avec M^{me} Colucci pour dire qu'il était problématique que le juge de la motion s'appuie sur la communication limitée de renseignements financiers de M. Colucci pour recalculer la pension alimentaire et exercer son pouvoir discrétionnaire d'attribuer un revenu. Mis à part les affirmations qu'a faites M. Colucci lui-même en ce qui concerne les époques où il a travaillé et le montant de sa rémunération, il n'y avait aucune preuve objective ou convaincante à l'appui de son revenu allégué pour 2000 à 2015. Le juge de la motion a essentiellement cru sur parole M. Colucci, lui attribuant un revenu sur le fondement de son affirmation selon laquelle il avait touché une rémunération nettement inférieure au salaire minimum pendant certaines années et en recalculant la pension alimentaire en fonction du revenu qu'il prétendait avoir touché pour les autres années.

[127] La présente affaire met en évidence un des problèmes qu'engendrent les demandes tardives de réduction rétroactive de pensions alimentaires : avec le passage des années, il devient plus difficile de produire des renseignements fiables sur le revenu, comme des déclarations fiscales. Par exemple,

Service for the years he worked in the United States. The payor cannot rely on the passage of time as an excuse for incomplete disclosure upon finally seeking retroactive variation. It would be unfair to the recipient and children to bridge gaps in the payor's disclosure with guesswork that works to their disadvantage. Such an approach would also incentivize payors to provide inadequate disclosure in the hopes that the court will either accept their assertions or impute income that is lower than the income actually earned.

[128] Vague or incomplete information is also difficult to challenge on cross-examination. As Mr. Colucci had not produced documentation supporting his asserted income from 2000 to 2015, there would have been no documents to cross-examine him on with respect to those years, rendering the exercise futile. Recipients should not be expected to hire forensic accountants or investigators to uncover the financial information needed to effectively cross-examine the payor or challenge the payor's submission that only minimum wage should be imputed where a finding of under-employment is made. Such an expectation is particularly unrealistic where, as here, the payor has left the country and stopped making payments, leaving the recipient to struggle to care and provide for the children on her own.

[129] Payors are reminded that the onus is on them to establish that a retroactive decrease is warranted based on reliable evidence, and that parties to litigation are subject to a general obligation to disclose all information that is relevant and material to the case (*Kinsella v. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1, at para. 166). In this case, the obligation to disclose material information was breached and the payor fell short of his burden of proof. Mr. Colucci cannot expect a court to award relief that prejudices

M. Colucci affirme avoir été incapable d'obtenir ses déclarations fiscales de l'Internal Revenue Service pour les années où il a travaillé aux États-Unis. Le parent débiteur ne peut pas invoquer le passage du temps pour excuser une communication incomplète lorsqu'il demande enfin une modification rétroactive. Il serait injuste que le parent créancier et les enfants aient à combler les lacunes de la communication du parent débiteur par des hypothèses qui jouent contre eux. De plus, une telle approche encouragerait le parent débiteur à fournir une communication inadéquate dans l'espoir que le tribunal accepte ses affirmations ou attribue un revenu inférieur à celui qu'il a effectivement touché.

[128] En outre, il est difficile de contester des renseignements vagues ou incomplets lors d'un contre-interrogatoire. Comme M. Colucci n'avait pas produit de documents justifiant le revenu qu'il allègue avoir gagné de 2000 à 2015, il n'y aurait eu aucun document à l'égard duquel il aurait pu être contre-interrogé au sujet de ces années, rendant la démarche futile. On ne peut s'attendre à ce que le parent créancier engage un juricomptable ou un enquêteur pour mettre à jour les renseignements financiers nécessaires afin de contre-interroger efficacement le parent débiteur, ou de contester la prétention de celui-ci portant qu'il ne faudrait lui attribuer que le salaire minimum lorsqu'on conclut au sous-emploi. Une telle attente est d'autant plus irréaliste dans une situation où, comme en l'espèce, le parent débiteur a quitté le pays et a cessé de faire des versements, le parent créancier se retrouvant à peiner à s'occuper des enfants et à subvenir à leurs besoins.

[129] On rappelle aux parents débiteurs que c'est à eux qu'appartient le fardeau d'établir qu'une réduction rétroactive est justifiée sur le fondement d'une preuve fiable, et que les parties au litige sont soumises à une obligation générale de communiquer tous les renseignements qui sont pertinents et importants quant à l'affaire (*Kinsella c. Mills*, 2020 ONSC 4785, 44 R.F.L. (8th) 1, par. 166). En l'espèce, il y a eu manquement à l'obligation de communiquer des renseignements importants et le parent débiteur ne

the recipient and his children while shielding material information and documentation from the view of the court and recipient.

[130] Finally, although he did not pursue a claim for reimbursement before the motion judge, Mr. Colucci claimed he overpaid \$2,310.90 in child support based on his asserted income and the table amounts. Even if he had supported this calculation with proper disclosure of financial information, the absence of any communication of his alleged changes in circumstances would be a strong factor militating against any claim for reimbursement from Ms. Colucci.

[131] In conclusion, Mr. Colucci is not entitled to relief on the basis of a decrease in income. He gave no effective notice of his intention to seek a reduction in support, either in 1998 or at any point before his daughters had ceased to be children of the marriage in 2012. Even if he had given effective notice in 1998, the presumptive three-year limit applies. The *D.B.S.* factors do not support a longer period of retroactivity. Since Mr. Colucci commenced his motion to change in 2016, four years after his support obligation had terminated and arrears stopped accumulating, the application of the three-year limit precludes retroactive variation of the amount of support owing under the prior order.

[132] I will now consider the scenario in which a payor who has fallen behind on payments seeks full or partial rescission of arrears under s. 17 on the basis of a current and ongoing inability to pay. Mr. Colucci relied on inability to pay as an alternative ground of relief in his motion to change, this ground was briefly addressed at the Court of Appeal (at paras. 9, 28 and 31) and it was discussed in Ms. Colucci's written submissions before this Court. The question

s'est pas acquitté de son fardeau de preuve. Monsieur Colucci ne peut s'attendre à ce qu'un tribunal accorde une réparation qui est préjudiciable au parent créancier et à ses enfants alors qu'il tient des renseignements et des documents importants à l'abri du regard du tribunal et du parent créancier.

[130] Enfin, bien qu'il n'ait pas présenté de demande de remboursement au juge de la motion, M. Colucci a soutenu avoir payé en trop la somme de 2 310,90 \$ au titre de la pension alimentaire pour enfants en fonction du revenu qu'il déclare avoir touché et des montants figurant dans les tables. Même s'il avait fourni une communication appropriée des renseignements financiers à l'appui de ce calcul, l'absence de toute communication des changements de situation qu'il allègue serait un élément militant fortement contre tout remboursement de la part de M^{me} Colucci.

[131] En conclusion, M. Colucci n'a pas droit à une réparation fondée sur une réduction de revenu. Il n'a pas réellement informé M^{me} Colucci de son intention de solliciter une réduction de la pension alimentaire, ni en 1998 ni en aucun temps avant que ses filles cessent d'être des enfants à charge en 2012. Même s'il avait réellement informé M^{me} Colucci en 1998, la limite présumée de trois ans s'applique. Les facteurs de l'arrêt *D.B.S.* ne justifient pas une période de rétroactivité plus longue. Puisque M. Colucci a présenté sa motion en modification en 2016, quatre ans après la cessation de son obligation alimentaire et de l'accumulation de l'arriéré, l'application de la limite de trois ans empêche la modification rétroactive du montant de la pension alimentaire exigible au titre de l'ordonnance antérieure.

[132] Je vais maintenant examiner le scénario où un parent débiteur qui a pris du retard dans ses paiements sollicite l'annulation complète ou partielle de l'arriéré au titre de l'art. 17 en raison d'une incapacité actuelle et continue de payer. Monsieur Colucci a invoqué l'incapacité de payer comme moyen subsidiaire d'obtenir réparation dans sa motion en modification, et ce moyen a été brièvement abordé par la Cour d'appel (par. 9, 28 et 31) et il a été analysé

of whether the courts have authority under s. 17 to order the rescission of arrears based on present inability to pay, as discussed in *Brown*, was not raised before us and we will not address it.

(2) Rescission Of Arrears Where The Prior Order Corresponds With Payor's Income

- (a) *The Presumption: No Rescission Unless Payor Shows Current and Future Inability to Pay*

[133] Although applications for rescission raise different considerations than those for a retroactive decrease of support based on a change in circumstances, in practice, both will frequently arise together. While a payor may simply ask for accumulated arrears to be forgiven on the basis of a current and ongoing inability to pay without challenging the accuracy of the underlying order, rescission applications will normally arise when the request to retroactively decrease arrears is unsuccessful or results in only a partial reduction of the arrears (see, e.g., *Templeton*, at para. 39; *H.G.S.*, at para. 113).

[134] In this category of cases, the prior child support order or agreement corresponds with the payor's income. The arrears accurately reflect the amount of support that the payor should have paid under the *Guidelines*, after all considerations, including any claim of hardship under s. 10, have been determined. In other words, the arrears represent sums that could have been paid at the time payments came due, but were not. The payor parent's claim for rescission is thus a form of "hardship" application, in which there has been no past change in circumstances justifying a retroactive decrease in the support obligation (*Barber*, at paras. 15-16; *Brown*, at para. 43).

dans les observations écrites que M^{me} Colucci a présentées à notre Cour. La question de savoir si les tribunaux peuvent ordonner, en vertu de l'art. 17, une annulation de l'arriéré en raison d'une incapacité actuelle de payer, comme il était question dans l'arrêt *Brown*, n'a pas été soulevée devant nous et nous ne l'aborderons pas.

(2) Annulation de l'arriéré lorsque l'ordonnance antérieure correspond au revenu du parent débiteur

- a) *La présomption : aucune annulation à moins que le parent débiteur établisse une incapacité actuelle et future de payer*

[133] Bien que les demandes d'annulation soulèvent des considérations différentes de celles que soulèvent les demandes de réduction rétroactive de la pension alimentaire fondées sur un changement de situation, en pratique, les deux se présentent souvent ensemble. Alors qu'un parent débiteur peut simplement demander la remise de l'arriéré sur le fondement d'une incapacité actuelle et continue de payer, sans contester la justesse de l'ordonnance sous-jacente, les demandes d'annulation se présenteront normalement lorsque la demande de réduction rétroactive de l'arriéré est rejetée ou ne donne lieu qu'à une réduction partielle de l'arriéré (voir, p. ex., *Templeton*, par. 39; *H.G.S.*, par. 113).

[134] Dans cette catégorie de cas, l'ordonnance ou l'entente alimentaire antérieure au profit d'un enfant correspond au revenu du parent débiteur. L'arriéré reflète avec exactitude le montant de la pension alimentaire qu'aurait dû payer le parent débiteur en application des *Lignes directrices*, une fois que toutes les considérations, y compris toute demande fondée sur les difficultés occasionnées présentée en vertu de l'art. 10, ont été établies. Autrement dit, l'arriéré représente des sommes qui auraient pu être payées au moment où les paiements devenaient exigibles, mais qui ne l'ont pas été. La demande d'annulation du parent débiteur est donc une forme de demande « pour difficultés », qui ne repose sur aucun changement de situation justifiant une réduction rétroactive de l'obligation alimentaire (*Barber*, par. 15-16; *Brown*, par. 43).

[135] It follows that, under this third category of cases, the payor’s ongoing financial capacity is the only relevant factor. The payor must therefore provide sufficient reliable evidence to enable the court to assess their current and prospective financial circumstances, including their employment prospects and any assets, pensions, inheritances or other potential sources of future capacity to pay.

[136] Courts have taken a highly restrictive approach to the availability of rescission or suspension of child support based solely on current and ongoing inability to pay (see, e.g., *Haisman*, at paras. 26-27; *Gray*, at para. 58; *C.L.W. v. S.V.W.*, 2017 ABCA 121, at para. 30 (CanLII); *Punzo*, at para. 46; *Blanchard v. Blanchard*, 2019 ABCA 53, at para. 32 (CanLII); *S.A.L. v. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299, at para. 12; *Semancik v. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219, at para. 25; *Mayotte v. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38 (Alta. C.A.), at para. 2; *Heiden v. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48 (C.A.), at paras. 10 and 13). These cases demonstrate that any discretion to grant relief in this context is narrow.

[137] This strict approach to rescission and suspension of arrears based on current inability to pay is justified. The interests of the recipient and child in certainty and predictability are paramount, as the payor has failed to comply with a court order or agreement without any “excuse for non-payment of support when it came due” (*Templeton*, at para. 47). The child’s interest in a fair standard of support is subverted when the payor directs support elsewhere; in such circumstances, “the child effectively subsidizes the payor’s improved standard of living” (*Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), at para. 25, with additional reasons (2004), 6 R.F.L. (6th) 432). The payor parent, on the other hand, “cannot argue that the amounts claimed disrupt his/her interest in certainty and predictability” (*D.B.S.*, at para. 98).

[135] Il s’ensuit que, dans cette troisième catégorie de cas, la capacité financière continue du parent débiteur est le seul facteur pertinent. Le parent débiteur doit donc fournir suffisamment d’éléments de preuve fiables pour permettre au tribunal d’évaluer sa situation financière actuelle et prospective, y compris ses perspectives d’emploi, et ses actifs, pensions, héritages ou autres sources potentielles de sa capacité future de payer.

[136] Les tribunaux ont adopté une approche très restrictive quant à la possibilité d’accorder l’annulation ou la suspension de la pension alimentaire pour enfants fondée seulement sur l’incapacité actuelle et continue de payer (voir, p. ex., *Haisman*, par. 26-27; *Gray*, par. 58; *C.L.W. c. S.V.W.*, 2017 ABCA 121, par. 30 (CanLII); *Punzo*, par. 46; *Blanchard c. Blanchard*, 2019 ABCA 53, par. 32 (CanLII); *S.A.L. c. B.J.L.*, 2019 ABCA 350, 31 R.F.L. (8th) 299, par. 12; *Semancik c. Saunders*, 2011 BCCA 264, 19 B.C.L.R. (5th) 219, par. 25; *Mayotte c. Salthouse* (1997), 29 R.F.L. (4th) 38 (C.A. Alb.), par. 2; *Heiden c. British Columbia (Director of Maintenance Enforcement)* (1995), 16 B.C.L.R. (3d) 48 (C.A.), par. 10 et 13). Ces décisions mettent en évidence que le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’accorder une réparation dans ce contexte est limité.

[137] Une telle approche stricte quant à l’annulation et la suspension de l’arriéré fondée sur l’incapacité actuelle de payer est justifiée. Les intérêts du parent créancier et de l’enfant à bénéficier de la certitude et de la prévisibilité sont primordiaux, puisque le parent débiteur a fait défaut de respecter une ordonnance du tribunal ou une entente sans [TRADUCTION] « excuse justifiant le non-paiement de la pension alimentaire à son échéance » (*Templeton*, par. 47). L’intérêt de l’enfant à bénéficier de normes équitables en matière de soutien alimentaire est miné lorsque le parent débiteur détourne la pension alimentaire; dans de telles situations, [TRADUCTION] « l’enfant se trouve en fait à subventionner le niveau de vie bonifié du parent débiteur » (*Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), par. 25, motifs supplémentaires dans (2004), 6 R.F.L. (6th) 432). Le parent débiteur, en revanche « ne peut prétendre que la mesure demandée irait à l’encontre de la certitude et de la prévisibilité dont il est censé bénéficier » (*D.B.S.*, par. 98).

[138] Accordingly, in this third category of cases, the payor must overcome a presumption against rescinding any part of the arrears. The presumption will only be rebutted where the payor parent establishes on a balance of probabilities that — even with a flexible payment plan — they cannot and will not ever be able to pay the arrears (*Earle*, at para. 26; *Corcios*, at para. 55; *Gray*, at para. 58). Present inability to pay does not, in itself, foreclose the prospect of future ability to pay, although it may justify a temporary suspension of arrears (*Haisman*, at para. 26). This presumption ensures rescission is a last resort available only where suspension or other creative payment options are inadequate to address the prejudice to the payor. It also encourages payors to keep up with their support obligations rather than allowing arrears to accumulate in the hopes that the courts will grant relief if the amount becomes sufficiently large. Arrears are a “valid debt that must be paid, similar to any other financial obligation”, regardless of whether the quantum is significant (Bakht et al., at p. 550).

[139] While we speak of rescinding arrears, the wording of s. 17 of the *Divorce Act* makes clear that what it authorizes is rescission of the underlying court order or a term of the order which gave rise to the unmet obligations. Thus a claim to cancel arrears asks the court to set aside an existing and accurate court order, replace it with another, and forgive what is otherwise a legally enforceable debt. That child support should not attract more leniency than other debts is reinforced by the range of maintenance enforcement regimes which exist across the country to enforce compliance with child support obligations. Governments in each province and territory have established administrative Maintenance Enforcement Programs (“MEPs”) (such as Ontario’s FRO) to administer child support orders and help ensure children receive the support owed to them under court orders, including by taking enforcement action such as garnishing wages and suspending drivers’ licenses (see, e.g., *Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act, 1996*, S.O. 1996, c. 31). Further, child support arrears are not released by an order of

[138] Par conséquent, dans cette troisième catégorie de cas, le parent débiteur doit renverser la présomption contre l’annulation de quelque partie que ce soit de l’arriéré. La présomption ne sera repoussée que lorsque le parent débiteur établit, selon la prépondérance des probabilités, que — même avec des modalités de paiement souples — il ne peut pas, et ne pourra jamais, payer l’arriéré (*Earle*, par. 26; *Corcios*, par. 55; *Gray*, par. 58). L’incapacité actuelle de payer n’écarte pas, en soi, l’éventualité d’une capacité future de payer, bien qu’elle puisse justifier une suspension temporaire de l’arriéré (*Haisman*, par. 26). Cette présomption fait en sorte que l’annulation est utilisée en dernier recours seulement lorsque la suspension ou d’autres options de paiement novatrices ne conviennent pas pour réparer le préjudice que subit le parent débiteur. Elle incite aussi les parents débiteurs à respecter leurs obligations alimentaires, plutôt que de laisser l’arriéré s’accumuler dans l’espoir que les tribunaux accorderont une réparation si le montant devient suffisamment important. L’arriéré constitue [TRADUCTION] « une dette valable qui doit être acquittée, au même titre que toute autre obligation financière », que le montant de cette obligation soit élevé ou non (Bakht et al., p. 550).

[139] Tandis qu’il est question de l’annulation des arriérés, mentionnons que le libellé de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* indique clairement que ce qu’il autorise est l’annulation de l’ordonnance judiciaire sous-jacente ou d’une modalité de l’ordonnance qui a donné lieu aux obligations non respectées. En conséquence, une demande d’annulation de l’arriéré revient à demander au tribunal d’annuler une ordonnance judiciaire existante et juste, de la remplacer par une autre et de remettre ce qui est par ailleurs une dette légalement exigible. L’idée que la pension alimentaire pour enfants ne doit pas attirer une plus grande indulgence que les autres dettes est renforcée par l’éventail de régimes d’exécution des ordonnances de pensions alimentaires qui existent partout au pays pour faire respecter les obligations alimentaires envers les enfants. Les gouvernements de chaque province et territoire ont établi des programmes administratifs d’exécution des ordonnances de pensions alimentaires (comme le BOF de l’Ontario) pour gérer les ordonnances alimentaires au profit des enfants et aider à faire en sorte que les enfants reçoivent la pension

discharge under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 178(1)(c); these debts are prioritized even where providing a clean slate is a competing policy consideration (see *Brown*, at para. 42; *St-Jules v. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133, at para. 50). Thus, s. 17 of the *Divorce Act* is not to be used to reduce or vacate arrears too readily, as this would undermine the recognition and enforcement of serious legal obligations.

[140] The court has a range of available options when faced with proven payor hardship. A court's refusal to rescind arrears does not mean the payor must pay the entire amount immediately (*Earle*, at para. 24). If the court concludes that the payor's financial circumstances will give rise to difficulties paying down arrears, the court ought to first consider whether hardship can be mitigated by ordering a temporary suspension, periodic payments, or other creative payment options (*Haisman v. Haisman* (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157 (Q.B.) ("*Haisman* (Q.B.)"), at paras. 32-33, rev'd on other grounds (1994), 157 A.R. 47 (C.A.); *Templeton*, at para. 47; *Brown*, at para. 44). MEPs may also allow the debtor to enter into a reasonable payment plan where the debtor has fallen into arrears and is struggling to keep up with payments (see, e.g., *The Family Maintenance Act*, C.C.S.M., c. F20, s. 56.2(2) and (3); J. D. Payne and M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada, 2020* (2020), at p. 476). After all, blood cannot be drawn from a stone — where the payor is truly unable to make payments toward the arrears, "any enforcement options available to the support recipient and the court are of no practical benefit" (*Brown*, at para. 44).

alimentaire qui leur est due au titre d'ordonnances judiciaires, notamment au moyen de la prise de mesures d'exécution comme la saisie-arrêt de salaires et la suspension de permis de conduire (voir, p. ex., la *Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments*, L.O. 1996, c. 31). De plus, une ordonnance de libération rendue sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, al. 178(1)c), ne libère pas le failli de l'arriéré de pension alimentaire pour enfants; ces dettes se voient accorder un rang prioritaire, et ce, même lorsque la possibilité de répartir à zéro est une considération de principe opposée (voir *Brown*, par. 42; *St-Jules c. St-Jules*, 2012 NSCA 97, 321 N.S.R. (2d) 133, par. 50). Par conséquent, l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* ne doit pas servir à réduire ou à annuler l'arriéré trop facilement, puisque cela minerait la reconnaissance et l'exécution d'obligations juridiques sérieuses.

[140] Le tribunal dispose d'un éventail d'options lorsqu'il fait face à une situation où il est établi que le parent débiteur éprouve des difficultés. Le refus du tribunal d'annuler l'arriéré ne signifie pas que le parent débiteur doit payer sur-le-champ la totalité de l'arriéré (*Earle*, par. 24). Si le tribunal conclut que la situation financière du parent débiteur engendrera des difficultés à rembourser l'arriéré, il doit d'abord se demander si la difficulté peut être atténuée par une ordonnance prévoyant la suspension temporaire, des versements périodiques ou d'autres options de paiement novatrices (*Haisman c. Haisman* (1993), 7 Alta. L.R. (3d) 157 (B.R.) (« *Haisman* (B.R.) »), par. 32-33, inf. pour d'autres motifs par (1994), 157 A.R. 47 (C.A.); *Templeton*, par. 47; *Brown*, par. 44). Les programmes d'exécution des ordonnances de pensions alimentaires peuvent en outre permettre au parent débiteur d'adopter un plan de paiement raisonnable lorsqu'il a accumulé un arriéré et qu'il a de la difficulté à faire les paiements à échéance (voir, p. ex., la *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., c. F20, par. 56.2(2) et (3); J. D. Payne et M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada, 2020* (2020), p. 476). Après tout, on ne peut pas demander l'impossible — lorsque le parent débiteur est véritablement incapable de faire des versements imputables à l'arriéré, [TRADUCTION] « les modalités d'exécution que pourraient établir le parent créancier et le tribunal ne sont d'aucune utilité pratique » (*Brown*, par. 44).

[141] While the presumption in favour of enforcing arrears may be rebutted in “unusual circumstances” (*Gray*, at para. 53), the standard should remain a stringent one. Rescission of arrears based solely on current financial incapacity should not be ordered lightly. It is a last resort in exceptional cases, such as where the payor suffers a “catastrophic injury” (*Gray*, at para. 53, citing *Tremblay v. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91). I agree with Ms. Colucci that the availability of rescission would otherwise become an “open invitation to intentionally avoid one’s legal obligations” (*Haisman* (Q.B.), at para. 18, citing *Schmidt v. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71 (Man. Q.B.), at p. 73; R.F., at para. 57). Simply stated, how many payors would pay in full when the amounts come due if they can expect to pay less later? The rule should not allow or encourage debtors to wait out their obligations or subvert statutory enforcement regimes that recognize child support arrears as debts to be taken seriously.

(b) *Application to the Present Case*

[142] To the extent that Mr. Colucci relies on current inability to pay in this case, his failure to adduce adequate evidence of his financial circumstances would be fatal to any application to rescind arrears. As stated by the Court of Appeal, Mr. Colucci has not provided complete and accurate disclosure of his income and assets and continued to misrepresent his financial circumstances in the course of the proceedings, including with respect to his inheritance from his mother’s estate (paras. 28 and 31-32). As such, he has not discharged his onus of showing that he will be unable to pay now or in the future even with a flexible payment plan.

VI. Disposition

[143] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

[141] Bien que la présomption en faveur de l’exécution de l’arriéré puisse être repoussée dans ces [TRADUCTION] « circonstances inhabituelles » (*Gray*, par. 53), la norme doit demeurer rigoureuse. L’annulation de l’arriéré sur le seul fondement de l’incapacité financière actuelle ne doit pas être ordonnée à la légère. Elle doit être utilisée en dernier recours dans des cas exceptionnels, comme lorsque le parent débiteur subit une [TRADUCTION] « blessure catastrophique » (*Gray*, par. 53, citant *Tremblay c. Daley*, 2012 ONCA 780, 23 R.F.L. (7th) 91). Je partage l’opinion de M^{me} Colucci portant que la possibilité d’obtenir l’annulation deviendrait autrement une [TRADUCTION] « invitation ouverte à éviter intentionnellement ses obligations légales » (*Haisman* (B.R.), par. 18, citant *Schmidt c. Schmidt* (1985), 46 R.F.L. (2d) 71 (B.R. Man.), p. 73; m.i., par. 57). En termes simples, combien de parents débiteurs paieraient intégralement les montants à échéance s’ils peuvent s’attendre à payer moins plus tard? La règle ne doit pas permettre aux parents débiteurs de laisser courir leurs obligations ou de contourner les régimes légaux d’exécution qui reconnaissent l’arriéré de pensions alimentaires pour enfants comme une dette à prendre au sérieux, ni les inciter à le faire.

b) *Application au présent pourvoi*

[142] Dans la mesure où M. Colucci invoque son incapacité actuelle de payer en l’espèce, son omission de présenter une preuve adéquate de sa situation financière porterait un coup fatal à toute demande d’annulation de l’arriéré. Comme l’a affirmé la Cour d’appel, M. Colucci n’a pas fourni une communication complète et exacte de son revenu et de son actif et il a continué à présenter de façon inexacte sa situation financière au cours de l’instance, notamment à l’égard de son héritage provenant de la succession de sa mère (par. 28 et 31-32). Par conséquent, il ne s’est pas acquitté de son fardeau d’établir qu’il était incapable de payer actuellement ou à l’avenir, même avec des modalités de paiement souples.

VI. Dispositif

[143] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gordner Law Firm, Windsor.

Solicitors for the respondent: Goldhart & Associates, Toronto.

Solicitors for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Power Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener Canada Without Poverty: Teshebaeva Henderson, Ottawa.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Gordner Law Firm, Windsor.

Procureurs de l'intimée : Goldhart & Associates, Toronto.

Procureurs des intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Juristes Power, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Canada sans pauvreté : Teshebaeva Henderson, Ottawa.