

D.B.S. *Appellant*

v.

S.R.G. *Respondent***D.B.S.** *Appelant*

c.

S.R.G. *Intimée***T.A.R.** *Appellant*

v.

L.J.W. *Respondent***T.A.R.** *Appelant*

c.

L.J.W. *Intimée***Daryl Ross Henry** *Appellant*

v.

Celeste Rosanne Henry *Respondent***Daryl Ross Henry** *Appelant*

c.

Celeste Rosanne Henry *Intimée***Kenneth Hiemstra** *Appellant*

v.

Geraldine Hiemstra *Respondent***Kenneth Hiemstra** *Appelant*

c.

Geraldine Hiemstra *Intimée***INDEXED AS: D.B.S. v. S.R.G.; L.J.W. v. T.A.R.;
HENRY v. HENRY; HIEMSTRA v. HIEMSTRA****Neutral citation: 2006 SCC 37.**

File Nos.: 30808, 30809, 30807, 30837.

2006: February 13; 2006: July 31.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel,
Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA*Family law — Maintenance — Child support — Ret-
roactive support — Whether court can make retroactive
child support order — If so, in what circumstances is it***RÉPERTORIÉ : D.B.S. c. S.R.G.; L.J.W. c. T.A.R.;
HENRY c. HENRY; HIEMSTRA c. HIEMSTRA****Référence neutre : 2006 CSC 37.**N^{os} du greffe : 30808, 30809, 30807, 30837.

2006 : 13 février; 2006 : 31 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et
Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit de la famille — Pension alimentaire — Pen-
sions alimentaires pour enfants — Pension alimentaire
rétroactive — Un tribunal peut-il rendre une ordonnance*

appropriate to do so — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.1, 17, 25.1 — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 1 to 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, c. P-1.

These four appeals raise the issue of retroactive child support. In *D.B.S. v. S.R.G.*, the parents had three children in the course of their 10-year common law relationship. Following their separation in 1998, the father had sole interim custody, but the parties subsequently entered into an informal shared custody arrangement. Neither party paid support to the other, although the father's income substantially exceeded the mother's. In 2003, the mother brought proceedings under Alberta's *Parentage and Maintenance Act* for retroactive and ongoing support. The chambers judge awarded the mother prospective support but declined to make a retroactive award because their household incomes were at that time approximately the same and because the father had clearly contributed to the children's support since the separation. Further, he was not satisfied that it would benefit the children to make such an award, and stated that retroactive support would be inappropriate in the circumstances. The Court of Appeal allowed the mother's appeal, set out factors that a court should consider in deciding whether to make a retroactive award, and sent the matter back to the chambers judge for reconsideration.

In *T.A.R. v. L.J.W.*, the parents also had three children in the course of their common law relationship. Following the parents' separation in 1991, the children lived with the mother. Some months later, the father started paying support of \$150 per month pursuant to a maintenance agreement, which was increased to \$300 a month in April 2003 pursuant to a consent order. The mother is now married and her annual household income was approximately \$50,000. The father was living in a common law relationship with a new spouse and her two children. He was earning \$23,000 per annum. In June 2003, the court awarded child support in the amount of \$465 per month. In dismissing the mother's claim under Alberta's *Parentage and Maintenance Act* for support retroactive to 1999, representing the difference between the child support paid and the \$465 amount, the chambers judge considered the hardship such an award would cause, the father's meagre income, the fact that he had honoured his support obligations and that

alimentaire rétroactive au profit d'un enfant? — Dans l'affirmative, quelles circonstances s'y prêtent? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.1, 17, 25.1 — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 1 à 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, ch. P-1.

Les quatre pourvois soulèvent la question de la rétroactivité de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant. Dans l'affaire *D.B.S. c. S.R.G.*, les parents ont eu trois enfants pendant les dix années de leur union de fait. Après leur séparation en 1998, le père a obtenu la garde exclusive provisoire des enfants, mais les parties ont par la suite convenu informellement de se partager la garde des enfants. Aucune des parties ne versait une pension alimentaire à l'autre, même si le revenu du père était de beaucoup supérieur à celui de la mère. En 2003, sur le fondement de la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta, la mère a demandé une ordonnance alimentaire rétroactive et une autre pour l'avenir. Le juge en chambre a fait droit en partie à la demande, accordant une pension pour l'avenir, mais refusant de rendre une ordonnance rétroactive au motif que les revenus des ménages étaient alors à peu près équivalents et que, depuis la séparation, le père avait clairement fait sa part pour subvenir aux besoins des enfants. En outre, il n'était pas convaincu que les enfants auraient bénéficié d'une ordonnance rétroactive, ajoutant qu'elle aurait été inappropriée dans les circonstances. La Cour d'appel a accueilli le pourvoi de la mère et précisé les éléments dont le tribunal devait tenir compte pour statuer sur une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive, puis elle a renvoyé l'affaire au juge en chambre pour qu'il rende une nouvelle décision.

Dans l'affaire *T.A.R. c. L.J.W.*, trois enfants sont également issus de l'union de fait des parents. Après la séparation des parties en 1991, les enfants ont habité chez leur mère. Quelques mois plus tard, conformément à un accord, le père a commencé à verser une pension alimentaire de 150 \$ par mois. En avril 2003, une ordonnance sur consentement a porté ce montant à 300 \$ par mois. La mère s'est mariée, et le revenu annuel de son ménage s'élevait à environ 50 000 \$. Le père s'est engagé dans une nouvelle union de fait avec une femme, mère de deux enfants. Son revenu annuel était de 23 000 \$. En juin 2003, le tribunal a accordé une pension alimentaire de 465 \$ par mois pour les enfants. Le juge en chambre a rejeté la demande présentée par la mère sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta afin d'obtenir une ordonnance alimentaire rétroagissant en 1999 pour la différence entre ce que le père avait versé pour les enfants et la somme de 465 \$ accordée. Il a tenu compte des difficultés qu'une telle ordonnance

he had incurred substantial expenses in exercising his access rights. The Court of Appeal held that the matter should be returned to the chambers judge to consider whether the burden of a retroactive award could be alleviated by a creative award and on whom the burden of the unfulfilled obligation should fall.

In *Henry v. Henry*, the parents married in 1984 and were divorced in 1991. After they separated their two children resided with the mother, and the divorce judgment ordered the father to pay \$700 per month in child support. In February 2000, the mother signalled an intention to seek increased support. Although the father raised his support payments in 2000 and 2003, the amounts he paid were substantially below those set out in the *Federal Child Support Guidelines* (“*Guidelines*”). The mother was unaware that his income had increased dramatically since the divorce, while she was experiencing financial difficulties. The father had refused to provide financial assistance at various times when requested, responding to the mother with acrimony and intimidation. The mother applied to vary the child support payments in February 2003. The chambers judge granted her application for retroactive support, deciding that the award should be retroactive to July 1, 1997 and that it should be based on the father’s applicable *Guidelines* income. The majority of the Court of Appeal upheld the decision, but one judge dissented on the issue of the date to which the order should be made retroactive.

In *Hiemstra v. Hiemstra*, the parents were divorced in 1996. The two children of the marriage went to live with the father, and the mother paid child support. In November 2000, the son moved in with the mother and the child support payments ceased. Although the father had a substantial income, he did not comply with the mother’s April 2003 request that he contribute to their daughter’s college expenses. By February 2004, the mother was supporting both children; three months later, she applied for retroactive child support. The chambers judge held that this was an appropriate circumstance for a retroactive award, and he calculated it from January 1, 2003 onward, to be paid in the amount of \$500 per month, as a “reasonable compromise” that best fit the situation of the parties. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeals in *D.B.S.* and *T.A.R.* should be allowed and the decisions of the chambers judges restored. The appeals in *Henry* and *Hiemstra* should be dismissed.

aurait causées, du maigre revenu du père, du respect par ce dernier de ses obligations alimentaires et des dépenses importantes qu’il avait engagées dans l’exercice de ses droits de visite. La Cour d’appel a renvoyé l’affaire au juge en chambre pour qu’il détermine si une ordonnance empreinte de créativité pouvait alléger le fardeau infligé par une ordonnance rétroactive et à qui devait incomber l’exécution de l’obligation non remplie.

Dans l’affaire *Henry c. Henry*, les parents se sont mariés en 1984 et ont divorcé en 1991. Après la séparation, leurs deux enfants ont habité avec la mère. Au prononcé du divorce, le tribunal a ordonné au père de verser pour les enfants une pension alimentaire mensuelle de 700 \$. En février 2000, la mère a signalé son intention d’obtenir la majoration de la pension. Même si le père l’avait augmenté en 2000 et en 2003, le montant versé était demeuré sensiblement inférieur à celui prévu par les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (« *Lignes directrices* »). La mère — qui éprouvait des difficultés financières — ignorait que le revenu du père avait radicalement augmenté depuis le divorce. À différentes occasions, le père avait refusé son aide financière, répondant aux demandes de la mère de manière acrimonieuse et menaçante. En février 2003, la mère a demandé la modification de la pension alimentaire pour les enfants. Le juge en chambre a fait droit à la demande, la faisant rétroagir au 1^{er} juillet 1997 et statuant que son montant devait se fonder sur le revenu du père pour les besoins des *Lignes directrices*. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont confirmé la décision, sous réserve d’une dissidence quant à la date de rétroactivité de l’ordonnance.

Dans l’affaire *Hiemstra c. Hiemstra*, les parents ont divorcé en 1996. Les deux enfants issus du mariage ont habité chez leur père, et la mère a versé une pension alimentaire pour eux. En novembre 2000, après que le fils eût emménagé chez elle, la mère a cessé de payer la pension. En avril 2003, le père, dont le revenu était substantiel, a opposé un refus à la demande de la mère de contribuer aux frais d’études collégiales de leur fille. En février 2004, la mère subvenait aux besoins des deux enfants. Trois mois plus tard, elle a demandé une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants. Le juge en chambre a estimé que les circonstances se prêtaient à une telle ordonnance, qu’il a fait rétroagir au 1^{er} janvier 2003 à raison de 500 \$ par mois, estimant qu’il s’agissait du « compromis raisonnable » le mieux adapté à la situation des parties. La Cour d’appel a confirmé la décision.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis dans les dossiers *D.B.S.* et *T.A.R.* et les décisions des juges en chambre sont rétablies. Les pourvois sont rejetés dans les dossiers *Henry* et *Hiemstra*.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Deschamps JJ.: Parents have an obligation to support their children in a manner commensurate with their income, and this obligation and the children's concomitant right to support exist independently of any statute or court order. To determine whether a retroactive award would be appropriate, the court must first consider the prevailing legislation and child support scheme. To the extent that the federal scheme has eschewed a purely need-based analysis, this free-standing obligation implies that the total amount of child support owed will generally fluctuate based on the payor parent's income. Thus, under that scheme, payor parents who do not increase their child support payments to correspond with their incomes will not have fulfilled their obligations to their children. However, provinces remain free to espouse a different paradigm. When an application for retroactive support is made, therefore, it will be incumbent upon the court to analyze the statutory scheme pursuant to which the application was brought. [54]

The fact that the current child support scheme under both the *Divorce Act* and Alberta's *Parentage and Maintenance Act* are application-based does not preclude courts from considering retroactive awards. While child support orders should provide payor parents with the benefit of predictability, and a degree of certainty in managing their affairs, such an order does not absolve the payor parent — or the recipient parent — of the responsibility of continually ensuring that the children are receiving an appropriate amount of support. As the circumstances underlying the original award change, the value of that award in defining the parents' obligations necessarily diminishes. In situations where payor parents are found to be deficient in their support obligations to their children, it will be open for the courts, acting pursuant to the *Divorce Act* or the *Parentage and Maintenance Act*, to vary the existing orders retroactively. The consequence will be that amounts that should have been paid earlier will become immediately enforceable. Similarly, a court may award retroactive support where there has been a previous agreement between the parents. Although such agreements should be given considerable weight, where circumstances have changed and the actual support obligations of the payor parent have not been met, the court may order a retroactive award so long as the applicable statutory regime permits it. Under the *Divorce Act* or the *Parentage and Maintenance Act*, courts also have the power to order original retroactive child support awards in appropriate circumstances. Lastly, where support, including retroactive support, is requested pursuant to the *Parentage and*

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Deschamps : Les parents ont l'obligation de subvenir aux besoins de leur enfant à proportion de leurs revenus. Cette obligation, tout comme le droit corollaire de l'enfant aux aliments, existe indépendamment de toute loi ou ordonnance judiciaire. Pour décider de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive, le tribunal doit d'abord examiner les dispositions législatives et le régime de pensions alimentaires pour enfants applicables. Dans la mesure où le régime fédéral a écarté l'approche axée uniquement sur les besoins, cette obligation indépendante suppose que le montant total de la pension alimentaire pour l'enfant fluctuera généralement en fonction du revenu du parent débiteur. Sous ce régime, le parent débiteur qui n'accroît pas le montant de la pension à proportion de l'augmentation de son revenu manque donc à son obligation envers l'enfant. Les provinces demeurent toutefois libres d'adopter un autre modèle. Par conséquent, lorsqu'il est saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive, le tribunal doit analyser le régime législatif dans lequel la demande s'inscrit. [54]

Même si le régime actuel de pensions alimentaires pour enfants établi par la *Loi sur le divorce* et la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta exige la présentation d'une demande, rien n'empêche le tribunal d'examiner la possibilité de rendre une ordonnance rétroactive. L'ordonnance alimentaire doit offrir au parent débiteur prévisibilité et, dans une certaine mesure, certitude, pour la gestion de ses affaires. Toutefois, elle ne le dispense pas — non plus que le parent créancier — de l'obligation de faire en sorte que l'enfant bénéficie toujours d'une pension alimentaire appropriée. L'importance de l'ordonnance initiale dans la définition des obligations des parents décline nécessairement lorsque la situation qui la sous-tend n'est plus la même. Le tribunal qui conclut que le parent débiteur a manqué à son obligation alimentaire envers l'enfant pourra, sur le fondement de la *Loi sur le divorce* ou de la *Parentage and Maintenance Act*, modifier rétroactivement une ordonnance. Les sommes qui auraient dû être versées antérieurement seront alors recouvrables sans délai. De même, le tribunal peut rendre une ordonnance alimentaire rétroactive lorsqu'un accord est intervenu entre les parents. Même s'il doit accorder un poids considérable à l'accord, lorsque la situation a changé et que le parent débiteur ne s'est pas acquitté de son obligation alimentaire véritable, le tribunal peut rendre une ordonnance rétroactive pour autant que le régime législatif applicable le permette. Sous le régime de la *Loi sur le divorce* ou de la *Parentage and Maintenance Act*, le tribunal aura, dans les cas qui s'y prêtent, le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire initiale

Maintenance Act, a court will not have jurisdiction to order support if the child in question was over 18 at the time the application was made, or if certain expenses occurred more than two years in the past. Under the *Divorce Act*, a court will not be able to make a retroactive award if the child in question is no longer a “child of the marriage”, as defined in s. 2, when the application is made. [59] [74] [78] [84] [87-89]

In determining whether to make a retroactive award, a court should strive for a holistic view of the matter and decide each case on the basis of its particular facts. The payor parent’s interest in certainty must be balanced with the need for fairness to the child and for flexibility. In doing this, the court should consider the reason for the recipient parent’s delay in seeking child support, the conduct of the payor parent, the past and present circumstances of the child, including the child’s needs at the time the support should have been paid, and whether the retroactive award might entail hardship. Once the court determines that a retroactive child support award should be ordered, the award should as a general rule be retroactive to the date of effective notice by the recipient parent that child support should be paid or increased, but to no more than three years in the past. Effective notice does not require the recipient parent to take legal action; all that is required is that the topic be broached. Once that has occurred, the payor parent can no longer assume that the status quo is fair. However, where the payor parent has engaged in blameworthy conduct, the date when the circumstances changed materially will be the presumptive start date of the award. Finally, the court must ensure not only that the quantum of a retroactive support award is consistent with the statutory scheme under which it is operating, but also that it fits the circumstances. [99-135]

In view of this analysis, the following dispositions should be made in the instant cases. In *D.B.S.*, retroactive support is not justified. The two household incomes were roughly equal and there was no blameworthy conduct on the part of the payor father. More importantly, the chambers judge held that a retroactive award would be “inappropriate and inequitable” and would not benefit the children. In these circumstances, deference is owed to the chambers judge’s order. Similarly, in *T.A.R.*, the chambers judge’s decision not to grant retroactive support also merits deference. He found that the father’s conduct was not deceitful or blameworthy and that he had honoured his obligation faithfully. Although the chambers judge did not consider all the factors, he took

rétroactive. Enfin, appelé à statuer sur une demande d’ordonnance alimentaire (rétroactive ou non) fondée sur la *Parentage and Maintenance Act*, le tribunal n’a pas le pouvoir d’ordonner le versement d’une pension alimentaire lorsque l’enfant a 18 ans ou plus au moment de la demande ou que plus de deux ans se sont écoulés depuis que les dépenses en cause ont été engagées. Suivant la *Loi sur le divorce*, il ne peut rendre une ordonnance rétroactive lorsque, au moment de la demande, l’enfant en cause n’est plus un « enfant à charge » au sens de l’art. 2. [59] [74] [78] [84] [87-89]

Le tribunal saisi d’une demande d’ordonnance rétroactive doit considérer l’affaire dans sa globalité et trancher en fonction des faits de l’espèce. La certitude du parent débiteur doit être mise en balance avec l’impératif de l’équité envers l’enfant et celui de la souplesse. Le tribunal doit donc tenir compte de la raison pour laquelle le parent créancier a tardé à demander l’ordonnance alimentaire, du comportement du parent débiteur, des situations antérieure et actuelle de l’enfant, y compris ses besoins au moment où la pension aurait dû être versée, et des difficultés que pourrait causer une ordonnance rétroactive. Lorsqu’il conclut qu’une ordonnance alimentaire rétroactive est indiquée, il doit généralement la faire rétroagir, jusqu’à concurrence de trois ans, à la date à laquelle le parent créancier a réellement informé le parent débiteur qu’une pension devait être payée ou que la pension versée devait être majorée. L’information réelle ne suppose pas l’exercice d’un recours judiciaire par le parent créancier; il suffit que le sujet ait été abordé. Une fois informé, le parent débiteur ne peut plus tenir le statu quo pour équitable. Toutefois, lorsqu’il s’est comporté de façon répréhensible, l’ordonnance est présumée prendre effet à la date à laquelle la situation a sensiblement changé. Enfin, le tribunal doit faire en sorte que le montant de la pension alimentaire rétroactive soit non seulement conforme au régime législatif applicable à l’ordonnance, mais également qu’il convienne à la situation. [99-135]

Vu l’analyse, il y a lieu de statuer comme suit sur les pourvois. Dans le dossier *D.B.S.*, l’ordonnance rétroactive n’est pas justifiée. Les revenus des deux ménages étaient à peu près équivalents et le père débiteur n’avait pas eu de comportement répréhensible. Mais surtout, le juge en chambre a estimé qu’une ordonnance rétroactive aurait été « inappropriée et inequitable » et n’aurait pas bénéficié aux enfants. La déférence s’impose donc à l’égard de son ordonnance. De même, dans le dossier *T.A.R.*, la décision de ne pas accorder une ordonnance alimentaire rétroactive doit être confirmée. Le juge en chambre a conclu que le père n’avait pas eu un comportement trompeur ou répréhensible et qu’il s’était acquitté fidèlement de son obligation. Même s’il n’a pas

a holistic view of the matter and arrived at the conclusion that this was not an appropriate case to grant retroactive support. [139-141] [144-145]

In *Henry*, the retroactive award is affirmed. There was no unreasonable delay by the mother in applying for an increase in support. She broached the topic of increasing the father's child support obligations to the best of her ability, given her ignorance of her ex-husband's actual income and the way he intimidated her. The father acted in a blameworthy manner: even though he was aware that his income had risen substantially since the original order was rendered and that his children were living at levels commensurate with his ex-wife's low income, he refused to raise his payments to levels appropriate to his income. The chambers judge's retroactive award would not impose too great a burden on the father, and the children should benefit from this award. The fact that the eldest child affected by the award was no longer a "child of the marriage" when the notice of motion for retroactive support was filed had no effect on the court's jurisdiction to make a retroactive child support order under the *Divorce Act*. Because the ex-husband did not disclose his increases in income to his ex-wife earlier, she was compelled to serve him with a notice to disclose in order to ascertain his income for the years relevant to this appeal. This procedure, contemplated in the *Guidelines*, sufficed to trigger the court's jurisdiction under the *Divorce Act*. Since the procedure was completed prior to the time the eldest child ceased being a child of the marriage, it was appropriate for the court to make a retroactive order for this child. [146-150]

Lastly, in *Hiemstra*, the chambers judge properly weighed the relevant considerations in deciding upon the award, and his retroactive order should be affirmed. Given the father's substantial income, he cannot be considered blameless in not paying child support. He did not have a reasonable belief that his support obligation was being fulfilled. The chambers judge chose to make the award retroactive only to January 1, 2003, despite the father's failure to provide child support for a longer period of time. As the date has not been cross-appealed by the mother, it should not be disturbed. [152-154]

Per Fish, Abella and Charron JJ.: Parents have a free-standing joint obligation to support their children based on their ability to do so, and this obligation creates a right in the child. Because the child's right to

pris en compte tous les éléments, il a considéré l'affaire dans sa globalité pour conclure qu'une ordonnance alimentaire rétroactive n'était pas indiquée en l'espèce. [139-141] [144-145]

Dans le dossier *Henry*, l'ordonnance rétroactive est confirmée. Le retard de la mère à demander la majoration de la pension alimentaire versée par le père pour les enfants n'était pas injustifié. Elle a abordé le sujet de son mieux, même si elle ne connaissait pas le revenu exact de son ex-époux et même si ce dernier l'intimidait. Le père a agi de manière répréhensible. Il savait que son revenu avait considérablement augmenté depuis l'ordonnance initiale. Il savait également que ses enfants jouissaient d'un niveau de vie proportionnel au faible revenu de son ex-épouse. Il a quand même refusé de relever le montant de la pension en fonction de son revenu. L'ordonnance rétroactive de la juge en chambre n'infligerait pas un fardeau excessif au père et les enfants en bénéficieraient. Le fait que la fille aînée visée par l'ordonnance n'était plus une « enfant à charge » lors du dépôt de l'avis de requête visant l'obtention d'une pension alimentaire rétroactive n'a pas eu d'incidence sur le pouvoir du tribunal de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants sous le régime de la *Loi sur le divorce*. Comme son ex-mari ne l'avait pas informée de l'augmentation de son revenu, l'ex-épouse n'a eu d'autre choix que de lui signifier une demande de communication afin de connaître son revenu pour les années en cause. Cette démarche prévue par les *Lignes directrices* a suffi à conférer sa compétence au tribunal sous le régime de la *Loi sur le divorce*. La démarche ayant été menée à bien avant que l'aînée ne cesse d'être un enfant à charge, il convenait que le tribunal rende une ordonnance rétroactive au profit de cet enfant. [146-150]

Enfin, dans le dossier *Hiemstra*, le juge en chambre a dûment tenu compte des considérations pertinentes pour statuer sur la demande, et son ordonnance rétroactive doit être confirmée. Étant donné son revenu substantiel, le père ne peut prétendre avoir eu un comportement irréprochable en refusant de payer une pension. Il n'avait aucune raison de croire qu'il s'acquittait de son obligation envers ses enfants. Le juge en chambre a décidé de ne faire rétroagir l'ordonnance qu'au 1^{er} janvier 2003, même si le père se dérobaît à ses obligations depuis bien plus longtemps. La mère n'ayant pas formé d'appel incident pour contester cette date, celle-ci ne doit pas être modifiée. [152-154]

Les juges Fish, Abella et Charron : Les parents ont l'obligation à la fois solidaire et indépendante de subvenir aux besoins de l'enfant selon leur capacité de le faire, et cette obligation confère un droit à l'enfant.

support varies with changes in income, the child's entitlement to a change in support should not be limited to the date of the recipient parent's notice of an intention to enforce it. So long as the change in income warrants different child support from what is being paid, the presumptive starting point for the child's entitlement is when the change occurred, not when it was disclosed or discovered. For payor parents, certainty and predictability are protected by the legal certainty that whenever their income changes materially, that is the moment their obligation changes automatically, even if enforcement of that increased obligation is not automatic. Since the existence of the increased support obligation depends on the existence of the increased income, there is no role for blameworthy conduct in determining the date at which children can recover the support to which they are entitled. The obligation fluctuates with parental income, not with parental misconduct. In the same way, the recipient parent need not demonstrate that the failure to pay child support has resulted in hardship for the child. A presumptive date of entitlement to a change in child support does not, however, eliminate the role of judicial discretion. It will be up to the court in each circumstance to determine whether the presumptive date has been rebutted. While undue hardship could militate against a retroactive order being made as of the date of the change of circumstances, there is no reason to deprive children of the support to which they are entitled by imposing an arbitrary three-year judicial limitation period on the amount of child support that can be recovered. Such a clear restriction of a child's entitlement is an unnecessary fettering of judicial discretion and requires an express statutory direction to that effect. Notwithstanding the differences in approach, there is agreement with the majority's disposition of the four appeals. [157-179]

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; **distinguished:** *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; **considered:** *M.C. v. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283; *Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577; *Marinangeli v.*

Comme l'objet du droit aux aliments varie en fonction du revenu, l'enfant n'acquiert pas le droit à la nouvelle pension qu'au moment où le parent créancier communique son intention d'obtenir le respect de ce droit. Dans la mesure où le changement survenu justifie le rajustement de la somme versée, le moment où l'enfant est présumé acquérir le droit à la nouvelle pension est celui du changement, et non celui de la communication ou de la découverte du changement. Pour le parent débiteur, la certitude et la prévisibilité sont assurées légalement par le fait que toute modification appréciable de son revenu emporte automatiquement le rajustement de son obligation alimentaire, même si l'obligation accrue n'est pas automatiquement exécutoire. Étant donné que l'obligation accrue découle de l'accroissement du revenu, le comportement répréhensible ne joue aucun rôle dans la détermination du moment auquel rétroagit l'ordonnance par laquelle l'enfant recouvre son dû. L'obligation alimentaire est fonction du revenu des parents, et non de leur comportement fautif. De même, le parent créancier n'a pas à prouver que l'omission du parent débiteur de s'acquitter de son obligation a été source de difficultés pour l'enfant. La présomption que l'enfant acquiert le droit à la nouvelle pension alimentaire à un moment précis n'écarte toutefois pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans chaque cas, il appartient au tribunal de décider si la présomption a été écartée. Les difficultés excessives peuvent militer contre une ordonnance rétroagissant à la date du changement, mais il n'y a aucune raison de limiter arbitrairement à trois ans la période pour laquelle peut être obtenu le rajustement de la pension alimentaire. Une restriction aussi manifeste du droit de l'enfant entrave inutilement l'exercice du pouvoir discrétionnaire et exige une indication expresse du législateur en ce sens. Malgré leur approche différente, les juges minoritaires adhèrent à la décision des juges majoritaires dans les quatre pourvois. [157-179]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; **distinction d'avec l'arrêt :** *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; **arrêts considérés :** *M.C. c. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283; *Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d)

Marinangeli (2003), 38 R.F.L. (5th) 307; *Andries v. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24; *Hartshorne v. Hartshorne*, [2004] 1 S.C.R. 550, 2004 SCC 22; *C. (S.E.) v. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896; *Hunt v. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229; *Tedham v. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R. (4th) 56, 2003 BCCA 600; *Chrintz v. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219; *Passero v. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL); *Hess v. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22; *Whitton v. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *Dahl v. Dahl* (1995), 178 A.R. 119; *A. (J.) v. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197; *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56; *MacNeal v. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235; *Steinhuebl v. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683; *Dickie v. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343; **referred to:** *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Poissant v. Barrette* (1879), 3 L.N. 12; *Childs v. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210; *McTaggart v. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL); *Malcolm v. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198, aff'd (1920), 46 O.L.R. 609; *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891; *T. (P.) v. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244; *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242.

By Abella J.

Referred to: *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56, leave to appeal dismissed, [1995] 3 S.C.R. vi; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, art. 169.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 587.1.
Constitution Act, 1867, s. 91(26).
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 209.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) [am. 1997, c. 1], ss. 2(1) “child of the marriage”, (5), 15.1, 17, 25.1, 26.1(2).
Family Law Act, S.A. 2003, c. F-4.5, s. 77(2).
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175 [am. SOR/97-563; am. SOR/2000-337], ss. 1 to 4, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 25.
Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, c. P-1 [rep. 2003, c. F-4.5, s. 129], ss. 7(1), 15, 16, 18 [am. 2003, c. I-0.5, s. 58(6)].

577; *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 38 R.F.L. (5th) 307; *Andries c. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24; *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550, 2004 CSC 22; *C. (S.E.) c. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896; *Hunt c. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229; *Tedham c. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R. (4th) 56, 2003 BCCA 600; *Chrintz c. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219; *Passero c. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL); *Hess c. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22; *Whitton c. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *Dahl c. Dahl* (1995), 178 A.R. 119; *A. (J.) c. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197; *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56; *MacNeal c. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235; *Steinhuebl c. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683; *Dickie c. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343; **arrêts mentionnés :** *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Poissant c. Barrette* (1879), 3 L.N. 12; *Childs c. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210; *McTaggart c. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL); *Malcolm c. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198, conf. par (1920), 46 O.L.R. 609; *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891; *T. (P.) c. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 169.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 587.1.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 209.
Family Law Act, S.A. 2003, ch. F-4.5, art. 77(2).
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175 [mod. DORS/97-563; mod. DORS/2000-337], art. 1 à 4, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 25.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(26).
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) [mod. 1997, ch. 1; mod. 1999, c. 31, art. 74], art. 2(1) « enfant à charge », (5), 15.1, 17, 25.1, 26.1(2).
Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, ch. P-1 [abr. 2003, ch. F-4.5, art. 129], art. 7(1), 15, 16, 18 [mod. 2003, ch. I-0.5, art. 58(6)].

Authors Cited

- Canada. Department of Justice. *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines*, vol. 1. Ottawa: Department of Justice Canada, 2002.
- Canada. Department of Justice. *Federal Child Support Guidelines Reference Manual*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1997.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., April 25, 1995, p. 11760.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., October 1, 1996, p. 4901.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada*. Toronto: Irwin Law, 2004.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Côté and Paperny J.J.A.) in *D.B.S. v. S.R.G. (sub nom. S. (D.B.) v. G. (S.R.))* (2005), 249 D.L.R. (4th) 72, [2005] 5 W.W.R. 229, 38 Alta. L.R. (4th) 199, 361 A.R. 60, 339 W.A.C. 60, 7 R.F.L. (6th) 373, [2005] A.J. No. 2 (QL), 2005 ABCA 2, setting aside a decision of Verville J. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Côté and Paperny J.J.A.) in *L.J.W. v. T.A.R. (sub nom. W. (L.J.) v. R. (T.A.))* (2005), 249 D.L.R. (4th) 136, 9 R.F.L. (6th) 232, [2005] A.J. No. 3 (QL), 2005 ABCA 3, setting aside a decision of Perras J., [2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Russell, Hunt and Paperny J.J.A.) in *Henry v. Henry* (2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 38 Alta. L.R. (4th) 1, 357 A.R. 388, 334 W.A.C. 388, 7 R.F.L. (6th) 275, [2005] A.J. No. 4 (QL), 2005 ABCA 5, affirming a decision of Rowbotham J. (2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 344 A.R. 377, 43 R.F.L. (5th) 357, [2003] A.J. No. 1056 (QL), 2003 ABQB 717. Appeal dismissed.

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 25 avril 1995, p. 11760.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2^e sess., 35^e lég., 1^{er} octobre 1996, p. 4901.
- Canada. Ministère de la Justice. *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 1. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 2002.
- Canada. Ministère de la Justice. *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1997.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal : Whiteford & Théoret, 1896.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada*. Toronto : Irwin Law, 2004.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G. (sub nom. S. (D.B.) c. G. (S.R.))* (2005), 249 D.L.R. (4th) 72, [2005] 5 W.W.R. 229, 38 Alta. L.R. (4th) 199, 361 A.R. 60, 339 W.A.C. 60, 7 R.F.L. (6th) 373, [2005] A.J. No. 2 (QL), 2005 ABCA 2, de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Côté et Paperny), qui a infirmé la décision du juge Verville. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre l'arrêt *L.J.W. c. T.A.R. (sub nom. W. (L.J.) c. R. (T.A.))* (2005), 249 D.L.R. (4th) 136, 9 R.F.L. (6th) 232, [2005] A.J. No. 3 (QL), 2005 ABCA 3, de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Côté et Paperny), qui a infirmé la décision du juge Perras, [2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre l'arrêt *Henry c. Henry* (2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 38 Alta. L.R. (4th) 1, 357 A.R. 388, 334 W.A.C. 388, 7 R.F.L. (6th) 275, [2005] A.J. No. 4 (QL), 2005 ABCA 5, de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Russell, Hunt et Paperny), qui a confirmé la décision de la juge Rowbotham (2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 344 A.R. 377, 43 R.F.L. (5th) 357, [2003] A.J. No. 1056 (QL), 2003 ABQB 717. Pourvoi rejeté.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté J.A. and Hembroff and Hughes JJ. (*ad hoc*)) in *Hiemstra v. Hiemstra* (2005), 363 A.R. 281, 343 W.A.C. 281, 13 R.F.L. (6th) 166, [2005] A.J. No. 27 (QL), 2005 ABCA 16, affirming a decision of Belzil J. Appeal dismissed.

D. Smith and *Susan E. Milne*, for the appellants.

Carole Curtis, *Valda Blenman* and *Victoria Starr*, for the respondents S.R.G. and L.J.W.

Daniel Colborne and *Roy W. Dawson*, for the respondent Celeste Rosanne Henry.

Gregory D. Turner, for the respondent Geraldine Hiemstra.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

¹ The present appeals involve the parental obligation to support one's children, and the question of whether this obligation compels parents to make child support payments for periods of time when the responsibility to do so was never identified, much less enforced. This question will arise when the parent receiving child support (the "recipient parent") determines that (s)he should have been paid greater amounts than (s)he actually received, despite the fact that no court order or separation agreement provided for these higher payments. These appeals do not concern the non-payment of arrears; they concern the enforceability and quantification of support that was neither paid nor claimed when it was supposedly due.

² The awards contemplated in the present appeals are often termed "retroactive awards" because they involve enforcing past obligations, not ensuring prospective support. Though misleading in the

POURVOI contre l'arrêt *Hiemstra c. Hiemstra* (2005), 363 A.R. 281, 343 W.A.C. 281, 13 R.F.L. (6th) 166, [2005] A.J. No. 27 (QL), 2005 ABCA 16, de la Cour d'appel de l'Alberta (le juge Côté et les juges Hembroff et Hughes (*ad hoc*)), qui a confirmé la décision du juge Belzil. Pourvoi rejeté.

D. Smith et *Susan E. Milne*, pour les appelants.

Carole Curtis, *Valda Blenman* et *Victoria Starr*, pour les intimées S.R.G. et L.J.W.

Daniel Colborne et *Roy W. Dawson*, pour l'intimée Celeste Rosanne Henry.

Gregory D. Turner, pour l'intimée Geraldine Hiemstra.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Les présents pourvois portent sur l'obligation des parents de subvenir aux besoins de l'enfant et sur la question de savoir si, du fait de cette obligation, ils sont tenus de verser une pension alimentaire pour une période à l'égard de laquelle cette obligation n'a jamais été établie, encore moins exécutée. Le problème se pose lorsque le parent touchant une pension alimentaire pour l'enfant (le « parent créancier ») estime qu'il aurait dû toucher une somme plus élevée alors que ni une ordonnance judiciaire ni un accord de séparation ne le prévoyaient. La présente espèce ne porte pas sur le paiement d'arriérés, mais bien sur le caractère exécutoire et la détermination du montant de l'obligation alimentaire qui n'a pas été exécutée et dont on n'a pas demandé l'exécution pendant la période où elle aurait existé.

Les ordonnances envisagées en l'espèce sont souvent qualifiées de « rétroactives » parce qu'elles ont pour objet l'exécution d'une obligation antérieure, et non le versement ultérieur d'une

technical sense, I will adopt this terminology in these reasons because it helps identify the tension that underlies such awards. Still, I must observe that these “retroactive” awards are not truly retroactive. They do not hold parents to a legal standard that did not exist at the relevant time: see *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.). But they are “retroactive” in the sense that they are not being made on a go-forward basis: the parents who owe support (the “payor parents”) are being ordered to pay what, in hindsight, should have been paid before: see *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, at paras. 55-57. Unlike prospective child support awards, then, retroactive awards implicate the delicate balance between certainty and flexibility in this area of the law.

The four appeals before this Court raise a broad cross-section of circumstances. Two appeals deal with retroactive awards claimed under the federal government’s jurisdiction over divorce, while two relate to Alberta’s provincial regime under the now-repealed *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, c. P-1. Two of them involve claims for retroactive awards where no support payments had ever been paid by the other parent, while the other two ask for original awards to be increased. As I will explain, differences like these will have important implications for how cases should be treated and, ultimately, decided.

At the same time, however, the similarities between the four appeals are unmistakable. Each case involves a recipient parent who failed to apply to a court for an increase in child support payments in a timely manner. Most unfortunate, each case involves children who lived prolonged periods without the support they were due. Whatever the outcome of these individual cases, 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.

pension alimentaire. Même si, techniquement, cette terminologie prête à confusion, je l’utilise parce qu’elle contribue à faire ressortir le caractère délicat de ces ordonnances. Je dois toutefois préciser qu’il ne s’agit pas d’ordonnances véritablement « rétroactives ». Elles ne soumettent pas les parents à une norme juridique qui n’existait pas à l’époque considérée : *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.). Elles sont néanmoins « rétroactives » dans la mesure où elles ne visent pas une période ultérieure : le parent tenu au versement d’une pension alimentaire (le « parent débiteur ») se voit ordonner de payer ce qui, rétrospectivement, aurait dû être versé auparavant : *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, par. 55-57. Contrairement à l’ordonnance pour l’avenir, l’ordonnance rétroactive suppose donc l’établissement d’un équilibre subtil entre la certitude et la souplesse dans ce domaine du droit.

Les faits à l’origine des quatre pourvois sont assez variés. Dans deux cas, une ordonnance rétroactive a été demandée sous le régime établi en vertu de la compétence fédérale en matière de divorce et, dans les deux autres, sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, ch. P-1, une loi albertaine désormais abrogée. Dans deux cas, la demande visait une ordonnance rétroactive alors qu’aucune pension alimentaire n’avait jamais été versée, et dans deux autres, l’augmentation du montant de la pension alimentaire initiale. Comme je vais l’expliquer, de telles différences ont d’importantes répercussions sur la manière d’aborder les dossiers et de trancher.

Toutefois, la ressemblance des quatre pourvois est indéniable. Dans chacun d’eux, le parent créancier ne s’est pas adressé au tribunal en temps opportun pour obtenir la majoration du montant de la pension. Plus regrettable encore, dans toutes ces affaires, des enfants ont été privés pendant de longues périodes des sommes auxquelles ils avaient droit. Quelle que soit l’issue de chacun des pourvois, 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.

3

4

5 Against this backdrop, it becomes clear that retroactive awards cannot simply be regarded as exceptional orders to be made in exceptional circumstances. A modern approach compels consideration of all relevant factors in order to determine whether a retroactive award is appropriate in the circumstances. Thus, while the propriety of a retroactive award should not be presumed, it will not only be found in rare cases either. Unreasonable delay by the recipient parent in seeking an increase in support will militate against a retroactive award, while blameworthy conduct by the payor parent will have the opposite effect. Where ordered, an award should generally be retroactive to the date when the recipient parent gave the payor parent effective notice of his/her intention to seek an increase in support payments; this date represents a fair balance between certainty and flexibility.

6 Given the different factual circumstances presented by the appeals before this Court, and the contextual approach endorsed by these reasons, it should not be surprising that the results of all four appeals are not identical. Courts must be open to ordering retroactive support where fairness to children dictates it, but should also be mindful of the certainty that fairness to payor parents often demands. It is only after a detailed examination of the facts in a particular case that the appropriateness of a retroactive award can be evaluated.

2. Facts and Judicial History

2.1 *D.B.S. v. S.R.G.*

7 D.B.S. (the father) and S.R.G. (the mother) had three children during the course of their ten-year common law relationship. The two parents separated in 1998; an *ex parte* order under the *Parentage and Maintenance Act* provided the father with sole interim custody. The parties then entered into a separation and property contract, which was confirmed by a consent order on March 1, 1999. The mother has stated that she had no input into the contract and she did not have counsel negotiate its content; however, she was represented at the time.

Dans ce contexte, l'ordonnance rétroactive ne peut donc simplement être considérée comme une ordonnance exceptionnelle rendue dans des circonstances exceptionnelles. L'approche moderne commande que tous les éléments pertinents soient pris en compte pour déterminer si une telle ordonnance est indiquée. Par conséquent, même si l'opportunité de l'ordonnance rétroactive ne doit pas être présumée, elle ne sera pas reconnue que dans de rares cas non plus. Le retard injustifié du parent créancier à demander l'augmentation de la pension milite contre une ordonnance rétroactive, alors que le comportement répréhensible du parent débiteur a l'effet contraire. Lorsqu'elle est prononcée, l'ordonnance prend généralement effet à compter du moment où le parent créancier a réellement informé le parent débiteur de son intention de demander la majoration de la pension, ce qui établit un juste équilibre entre la certitude et la souplesse.

Vu les différents contextes factuels à l'origine des pourvois et l'analyse contextuelle qui sous-tend les présents motifs, il ne faut pas s'étonner que l'issue ne soit pas la même dans les quatre affaires. Les tribunaux doivent être disposés à ordonner le paiement rétroactif d'une pension lorsque l'exige l'équité envers l'enfant, mais ils doivent également se soucier de la certitude que commande souvent l'équité envers le parent débiteur. Ce n'est qu'après un examen détaillé des faits que le tribunal pourra se prononcer sur l'opportunité d'une ordonnance rétroactive.

2. Faits et historique judiciaire

2.1 *D.B.S. c. S.R.G.*

Pendant les dix années de leur union de fait, D.B.S. (le père) et S.R.G. (la mère) ont eu trois enfants. Ils se sont séparés en 1998. Dans une ordonnance *ex parte* rendue sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act*, le père s'est vu accorder la garde exclusive provisoire de ses enfants. Les parties ont par la suite conclu, relativement à leur séparation et à leurs biens, un accord qu'une ordonnance sur consentement a confirmé le 1^{er} mars 1999. La mère a dit ne pas avoir participé à la rédaction de l'accord ni avoir demandé à

In fact, she signed the contract against the advice of counsel.

The agreement provided for joint custody, with the father having primary, day-to-day residence. However, the mother did not need to pay child support under the agreement; her income in 1999 was \$6,272. Later, the parents would enter into a shared custody relationship. Custody issues would arise again in November 2002, when the eldest child ran away from home.

The present dispute began when the mother sought joint custody with primary residence of all three children and specified access to the father. Before the commencement of court proceedings in April 2003, the parents participated in settlement and mediation sessions. Before the chambers judge, the mother also requested an award of retroactive support for 36 months, going back as far as the father's recent financial disclosure would allow. During the period in question, the income of the father was substantially higher than that of the mother. However, the mother had apparently been unaware she could have sought support during the years of shared custody.

Verville J., of the Court of Queen's Bench of Alberta, gave oral reasons for his decision. Noting that he believed both D.B.S. and S.R.G. — and their present partners — to be suitable parents, he concluded that the mother should have custody of the eldest child after considering the conflict between the latter and the father's partner. Generous access for the father was ordered, and shared custody was ordered to continue with respect to the other two children. The father was ordered to pay prospective child support.

Verville J. also considered the issue of retroactive support. Referring to the jurisprudence, he seemed to recognize that courts have a discretion, in appropriate circumstances, to order such support. However, he chose not to exercise that discretion. He noted that the present incomes of the

un avocat d'en négocier la teneur pour son compte, mais à cette époque, elle était représentée. En fait, elle a signé l'accord malgré la recommandation contraire de son avocat.

L'accord prévoyait la garde conjointe des enfants, ceux-ci ayant au quotidien leur résidence principale chez leur père. La mère n'avait toutefois pas à verser de pension alimentaire; en 1999, son revenu était de 6 272 \$. Par la suite, les parents ont partagé la garde des enfants. Des questions relatives à la garde se sont posées de nouveau en novembre 2002 lors de la fugue de l'aînée.

Le litige a pris naissance lorsque la mère a demandé la garde conjointe des trois enfants, avec résidence principale chez elle et droits de visite pour le père. Avant que ne soit engagée l'instance en avril 2003, les parents ont participé à des séances de médiation. Devant le juge en chambre, la mère a aussi sollicité une ordonnance alimentaire prenant effet 36 mois auparavant, ce qui correspondait à la période pour laquelle le père avait récemment communiqué des renseignements financiers. Pendant la période en question, le revenu du père avait été beaucoup plus élevé que celui de la mère. Toutefois, il semble que cette dernière ait ignoré qu'elle aurait pu demander une pension alimentaire pendant les années de garde partagée.

Le juge Verville, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, a motivé oralement sa décision. Même si, selon lui, tant D.B.S. que S.R.G. — ainsi que leurs nouveaux conjoints — étaient des parents convenables, il a conclu que la mère devait avoir la garde de l'aînée vu les rapports conflictuels entre celle-ci et la conjointe du père. De généreux droits de visite ont été accordés au père et la garde partagée a été maintenue pour les autres enfants. Le père s'est vu ordonner de payer dès lors une pension alimentaire.

Le juge Verville a également examiné la question de la rétroactivité de l'ordonnance alimentaire. Se fondant sur la jurisprudence, il a apparemment reconnu que le tribunal avait, dans les cas qui s'y prêtaient, le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance rétroactive. Il a toutefois choisi de ne

8

9

10

11

respective family units were approximately the same and that, while there was no clear evidence as to what the parents had paid in past support, the father “clearly made a contribution”. He also mentioned that the father allowed the mother shared custody after the consent order providing him with primary residence. Most important, he declared, “I am not satisfied it would benefit the children” to make such an award. He therefore concluded that it would be “inappropriate and inequitable” to award retroactive child support.

pas exercer ce pouvoir. Il a fait remarquer que les revenus des deux familles étaient alors à peu près équivalents et que même si la preuve n’était pas claire quant aux aliments versés jusqu’alors par les parents, le père [TRADUCTION] « avait de toute évidence apporté une contribution ». Il a en outre signalé qu’après le prononcé de l’ordonnance sur consentement prévoyant que les enfants auraient leur résidence principale chez lui, le père avait accepté de partager la garde des enfants avec leur mère. Mais surtout, le juge Verville a déclaré : [TRADUCTION] « Je ne suis pas convaincu que les enfants bénéficieraient » du prononcé d’une telle ordonnance. Il a donc conclu qu’il serait « inapproprié et inéquitable » de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive.

12 The Alberta Court of Appeal used this case as its lead in the trilogy of *D.B.S., T.A.R. and Henry*. (The *Hiemstra* decision was released separately.) The unanimous decision, written by Paperny J.A., provides a thorough examination of the issue of retroactive child support ((2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2).

Dans la trilogie *D.B.S., T.A.R. et Henry*, la Cour d’appel de l’Alberta a fait de *D.B.S.* une affaire type. (La décision *Hiemstra* n’a pas été rendue le même jour.) Dans son arrêt unanime, la Cour d’appel, sous la plume de la juge Paperny, a examiné en profondeur la question de la rétroactivité de l’ordonnance alimentaire au profit d’un enfant ((2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2).

13 Tracing the historical foundations of child support in Canada, Paperny J.A. observed that parents have a mutual obligation to support their children, and this obligation translates into the legal basis for child support. She also noted that child support is the right of the child, that courts are always free to intervene to determine the proper level of support, and that incidental benefits to the custodial parent cannot diminish the quantum of child support due. Paperny J.A. emphasized that these conclusions apply with equal force to original and variation applications.

Après avoir fait état des fondements historiques de la pension alimentaire pour l’enfant au Canada, la juge Paperny a fait observer que les parents avaient l’obligation commune de subvenir aux besoins de l’enfant et que cette obligation se traduisait par le droit à une pension alimentaire. Elle a en outre signalé que le titulaire de ce droit est l’enfant, que le tribunal peut toujours intervenir pour déterminer le juste montant de la pension alimentaire et que les avantages accessoires de la garde ne peuvent justifier la diminution du montant de la pension alimentaire exigible. Elle a précisé que ces conclusions s’appliquaient tout autant à une demande initiale qu’à une demande de modification.

14 In her view, the obligation to support a child exists independent of any court action taken. Paperny J.A. wrote that this idea was accepted even before the advent of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 (“*Guidelines*”). Yet, she also recognized that the *Guidelines* did alter the child support landscape: most notably, focus was

La juge Paperny a ajouté que l’obligation de subvenir aux besoins de l’enfant existait indépendamment de toute action en justice, ce qui avait été reconnu avant même l’adoption des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« *Lignes directrices* »). Par contre, elle a concédé que ces dernières avaient

placed on the means of the payor parent instead of the need of the recipient.

Holding that courts have a discretion, both under the *Parentage and Maintenance Act* and the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), to make retroactive child support awards, Paperny J.A. concentrated on the factors a court should consider in exercising its discretion. She summarized her conclusions in eight points:

1. A child is entitled to child support. Need is presumed.
2. The *Guidelines* presume an ability to pay on the part of the payor in accordance with his or her income as established in accordance with s. 16 of the *Guidelines*.
3. Blameworthy conduct on the part of the payor is not required.
4. The payee does not need to demonstrate an encroachment on his or her capital.
5. Notice of an intention to pursue child support is not a prerequisite to a retroactive award.
6. Whether there is an unreasonable burden placed on the payor should not be assumed, but must be established; it must be incapable of alleviation by creative payment options. Further, the reason for or the cause of the inability to pay must be considered and any burden must be balanced against the corresponding deprivation to the payee and the child.
7. A lump sum payment is not precluded merely because it involves a transfer of capital.
8. The date of the increased income as defined by the *Guidelines* is the presumptive date for the commencement of a retroactive award unless the payor has satisfied the additional financial obligation in some other manner, has taken all reasonable steps to fulfill the obligation, has a previous arrangement for child support that contemplates the provisions of the *Guidelines*, or the payee fails to act diligently without reasonable excuse. [para. 153]

modifié les données en matière de pensions alimentaire pour enfants, surtout en mettant l'accent sur les ressources du parent débiteur plutôt que sur les besoins du bénéficiaire.

Après avoir conclu que tant la *Parentage and Maintenance Act* que la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), conféraient au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'accorder rétroactivement une pension alimentaire, la juge Paperny s'est penchée tout particulièrement sur les éléments qu'il doit prendre en compte dans l'exercice de ce pouvoir. Elle a résumé ses conclusions en huit points :

[TRADUCTION]

1. L'enfant a droit à des aliments. Le besoin est présumé.
2. Les *Lignes directrices* présument du montant que le parent débiteur est en mesure de verser selon son revenu établi conformément à l'art. 16.
3. Il n'est pas nécessaire d'établir le comportement répréhensible du parent débiteur.
4. Le parent créancier n'a pas à démontrer l'atteinte à son actif immobilisé.
5. La communication de l'intention de demander une pension alimentaire pour l'enfant n'est pas une condition préalable au prononcé d'une ordonnance rétroactive.
6. L'imposition d'un fardeau déraisonnable au parent débiteur ne doit pas être présumée, mais prouvée; ce fardeau doit être insusceptible d'allègement par des modalités de paiement adaptées. De plus, la raison pour laquelle le débiteur est incapable de s'acquitter de son obligation doit être prise en compte et mise en balance avec l'appauvrissement corrélatif du parent créancier et de l'enfant.
7. Le paiement forfaitaire n'est pas exclu du seul fait qu'il implique un transfert d'actif immobilisé.
8. L'ordonnance rétroactive s'applique à compter de la majoration du revenu du débiteur au sens des *Lignes directrices*, sauf lorsque le débiteur s'est acquitté autrement de l'obligation financière supplémentaire, qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour satisfaire à l'obligation, qu'il a déjà conclu un accord tenant compte des *Lignes directrices* ou que, sans motifs valables, le parent créancier n'a pas fait preuve de diligence. [par. 153]

16 In reaching her conclusions, Paperny J.A. deliberately chose not to attach importance to the fact that the present appeal fell under the jurisdiction of provincial family law, and not federal divorce law. She noted that, in Alberta, courts have applied the *Guidelines* in circumstances of unmarried as well as married parents. Paperny J.A. also held that the same law should apply to interim, trial and variation orders. Accordingly, the principles elaborated in this case were applied without distinction to all the appeals heard by her court.

17 With respect to *D.B.S.*, Paperny J.A. allowed the appeal. Specifically, she felt that Verville J. failed to consider when the obligation to pay support arose, whether the father satisfied his obligation in another manner, whether the previous arrangement between the parents contemplated the *Guidelines*, whether the mother was aware of the father's increased income and, on the whole, whether there were indeed circumstances that militated against a retroactive award. Paperny J.A. also stated that Verville J. should have considered whether the father had established that a retroactive award would cause hardship, whether such hardship could have been alleviated by a creative award and, if not, on whom the burden of the unfulfilled obligation should fall. Finally, she remarked that even if the award might not have helped the children, the potential it had to compensate the mother for her past sacrifices should have been considered.

18 Paperny J.A. returned the matter to a chambers judge to decide the case on the basis of her reasons and the additional considerations listed in s. 9 of the *Guidelines*, which apply to shared custody situations.

2.2 *T.A.R. v. L.J.W.*

19 As in *D.B.S.*, the two parents in this appeal also had three children during the course of a common law relationship. Following their parents' separation in 1991, the children lived with the mother, L.J.W. Some months later, the father started paying

En tirant ses conclusions, la juge Paperny a délibérément omis d'accorder de l'importance au fait que l'appel relevait de la compétence provinciale en matière de droit de la famille, et non de la compétence fédérale sur le divorce. Elle a fait remarquer qu'en Alberta les tribunaux avaient appliqué les *Lignes directrices* à des parents mariés et à des parents qui ne l'étaient pas. Elle a par ailleurs conclu que les mêmes règles devaient s'appliquer à l'ordonnance provisoire, définitive ou modificative. Par conséquent, les principes dégagés dans ce dossier ont été appliqués sans distinction à tous les appels dont la Cour d'appel était saisie.

La juge Paperny a accueilli l'appel dans *D.B.S.* Plus précisément, elle a estimé que le juge Verville ne s'était pas demandé à quel moment avait pris naissance l'obligation de payer une pension alimentaire, si le père s'était acquitté par ailleurs de son obligation, si l'accord intervenu entre les parents tenait compte des *Lignes directrices*, si la mère savait que le revenu du père avait augmenté et si, dans l'ensemble, des circonstances militaient contre une ordonnance rétroactive. La juge Paperny a ajouté que le juge Verville aurait dû se demander si le père avait démontré qu'une ordonnance rétroactive lui aurait causé des difficultés, si une ordonnance empreinte de créativité aurait pu atténuer ces difficultés et, dans la négative, à qui devait incomber l'exécution de l'obligation non remplie. Enfin, elle a fait remarquer que même si l'ordonnance aurait pu ne pas bénéficier aux enfants, il aurait fallu tenir compte de la possibilité qu'elle indemnise la mère pour les sacrifices consentis dans le passé.

La juge Paperny a renvoyé l'affaire à un juge en chambre pour qu'il rende une décision fondée sur ses motifs et sur les autres éléments énumérés à l'art. 9 des *Lignes directrices*, qui s'appliquent en matière de garde partagée.

2.2 *T.A.R. c. L.J.W.*

Comme dans l'affaire *D.B.S.*, trois enfants sont issus de l'union de fait des parties. Après la séparation de leurs parents en 1991, les enfants ont vécu avec leur mère, L.J.W. Quelques mois plus tard, conformément à un accord, le père a commencé

support at the rate of \$50 per month per child pursuant to a maintenance agreement. The formal child custody order, which came in the summer of 1991, granted custody to the mother but did not mention child support.

Through the years, both parents began new relationships; the mother is now married and the father resides in a common law relationship. Since their separation, the mother has asked the father for more financial help, but he has refused on the basis that he could not afford to pay more. Nonetheless, an April 22, 2003 consent order increased the father's child support obligation to \$300 per month. Some months later, on June 11, 2003, in a part of the order that is not being appealed, Perras J. awarded child support in the amount of \$465 per month ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569).

In this appeal, the mother seeks retroactive child support for the difference between the amount she was paid in child support and the *Guidelines* amount she claims was due. She has applied for this award to be retroactive to January 1, 1999.

Though he increased the amount of child support on a go-forward basis, Perras J. refused to grant retroactive child support. He recognized that such an award may be ordered in appropriate circumstances, but he decided that this was not an appropriate case. In coming to this conclusion, Perras J. considered that the father earns a “meagre” gross income, that the father had honoured the obligation agreed upon by both parents, that the father advanced a claim of hardship (though he was unsuccessful, based on the criteria listed in the *Guidelines*), that the father incurs substantial expense already in exercising his access rights, and, finally, that the father has not tried to avoid his obligation and has not failed to disclose a greatly increased income.

On appeal, Paperny J.A. reviewed the Alberta Court of Appeal's decision in *D.B.S.* Applying those reasons to this appeal, she held, for a unanimous court, that the matter should be returned to a chambers judge ((2005), 249 D.L.R. (4th) 136, 2005

à verser une pension alimentaire de 50 \$ par mois par enfant. Dans le jugement formel rendu à l'été 1991, le tribunal a accordé la garde des enfants à la mère, mais n'a fait nulle mention d'une pension alimentaire pour les enfants.

Au fil des ans, les parents ont refait leur vie, la mère convolant en justes noces, et le père vivant de nouveau en union de fait. Depuis leur séparation, la mère a demandé en vain au père d'augmenter sa contribution financière, ce dernier affirmant ne pas en avoir les moyens. Le 22 avril 2003, une ordonnance sur consentement a néanmoins porté à 300 \$ par mois le montant de la pension alimentaire pour les enfants. Quelques mois plus tard, le 11 juin 2003, le juge Perras a accordé une pension alimentaire de 465 \$ par mois pour les enfants ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569); ce volet de l'ordonnance ne fait pas l'objet du pourvoi.

La mère demande une ordonnance rétroactive pour combler la différence entre le montant de la pension alimentaire qui lui a été versée pour les enfants et le montant auquel elle aurait eu droit selon les *Lignes directrices*. Elle demande que l'ordonnance rétroagisse au 1^{er} janvier 1999.

Le juge Perras a majoré le montant de la pension, mais refusé de rendre une ordonnance rétroactive. Il a reconnu qu'une telle ordonnance pouvait être prononcée lorsque cela était indiqué, mais il a estimé que ce n'était pas le cas en l'espèce. Pour tirer cette conclusion, il a tenu compte du fait que le père gagnait un « maigre » revenu brut, qu'il avait respecté l'obligation découlant de l'accord conclu avec la mère, qu'il avait dit éprouver des difficultés (en vain, étant donné les critères énumérés dans les *Lignes directrices*), qu'il engageait déjà des dépenses importantes dans l'exercice de ses droits de visite et, enfin, qu'il n'avait ni tenté de se soustraire à son obligation ni omis de signaler la hausse substantielle de son revenu.

En appel, la juge Paperny a examiné l'arrêt *D.B.S.* de la Cour d'appel de l'Alberta. Reprenant les motifs de cet arrêt, elle a rendu un jugement unanime selon lequel l'affaire devait être renvoyée à un juge en chambre ((2005), 249 D.L.R. (4th) 136,

20

21

22

23

ABCA 3). Paperny J.A. emphasized that, while Perras J. concluded a retroactive award would place an unfair burden on the father, he did not consider whether that burden could have been alleviated by a creative award and, if not, on whom the burden of the unfulfilled obligation should fall.

2.3 *Henry v. Henry*

24 In the other appeal in the trilogy, the parents married in 1984, separated in 1990, and divorced in 1991. They had two children. Upon separation, the father paid \$1,200 per month in child support. However, the divorce judgment directed child support of only \$700, an amount that “shocked” the mother; she had had difficulties finding competent legal assistance both before and after this judgment.

25 There were some increases of child support over the years. In February 2000, the father increased support to \$1,050. In March 2003, he started paying \$1,186 in support. Despite these increases, however, the amount of support paid by the father remained dramatically below what he would have been ordered to pay under the *Guidelines*. Unknown to Ms. Henry, her ex-husband’s income had increased dramatically since the divorce. Though his income at the time of the divorce petition was \$73,500, by the mid-1990s, it was firmly above \$180,000, peaking at \$235,034 in 2001.

26 In the meantime, Ms. Henry “struggled to provide the two girls with the basic necessities”, according to Rowbotham J. ((2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 2003 ABQB 717, at para. 8). Her income around the time of divorce was \$1,500 per month. Accordingly, the children did not enjoy a lifestyle commensurate with the income of their father. Evidence reviewed at trial confirmed that the father was well aware of the financial difficulties suffered by the mother. Still, he had refused to provide financial assistance at various times upon request. To the contrary, he had responded with acrimony and intimidation, generally blaming Ms. Henry for her predicament. On one occasion, Mr. Henry even

2005 ABCA 3). Elle a précisé que même si le juge Perras avait conclu qu’une ordonnance rétroactive aurait imposé un trop lourd fardeau au père, il ne s’était pas demandé si ce fardeau aurait pu être allégé par une ordonnance empreinte de créativité et, dans la négative, à qui devait incomber l’exécution de l’obligation non remplie.

2.3 *Henry c. Henry*

Dans cet autre volet de la trilogie, les parents se sont mariés en 1984, se sont séparés en 1990 et ont divorcé en 1991. Ils ont eu deux enfants. À compter de la séparation, le père a versé pour les enfants une pension alimentaire de 1 200 \$ par mois. Toutefois, au prononcé du divorce, le tribunal n’a accordé qu’un montant de 700 \$ au titre de la pension alimentaire pour les enfants, ce qui a « consterné » la mère; elle avait eu du mal à trouver un bon avocat avant et après ce jugement.

La pension alimentaire a été majorée au fil des ans. En février 2000, le père a porté son montant à 1 050 \$ puis, en mars 2003, à 1 186 \$. Cependant, le montant de la pension est demeuré sensiblement inférieur à celui dont le paiement aurait été ordonné suivant les *Lignes directrices*. M^{me} Henry ignorait que le revenu de son ex-mari avait radicalement augmenté. Lors du divorce, il était de 73 500 \$; il s’était maintenu à plus de 180 000 \$ au milieu des années 1990 et avait atteint 235 034 \$ en 2001.

La juge Rowbotham a estimé que, dans l’interval, M^{me} Henry [TRADUCTION] « s’était efforcée tant bien que mal de subvenir aux besoins essentiels de ses deux filles » ((2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 2003 ABQB 717, par. 8). Au moment du divorce, son revenu se chiffrait à 1 500 \$ par mois. Le niveau de vie des enfants n’était donc pas proportionnel au revenu de leur père. Suivant la preuve entendue au procès, le père était bien au courant des difficultés financières de la mère, mais il lui avait refusé son aide à différentes occasions. Il lui avait même répondu de manière acrimonieuse et menaçante, lui reprochant généralement d’être responsable de sa situation. Une fois, M. Henry a même

asked *her* to pay for their daughter's bus ticket and some expenses when the latter went to visit him. (She did.)

This appeal arises out of Ms. Henry's motion to vary child support, notice of which was served in February 2003. In her judgment, Rowbotham J. stopped just shy of finding that the father engaged in blameworthy conduct, but nevertheless ordered that he pay a retroactive award. Mindful of the potential hardship that could be caused by a retroactive order, she nonetheless decided that the award should be retroactive to July 1, 1997 based on the father's applicable *Guidelines* income.

For the majority at the Court of Appeal, Paperny J.A. applied the *ratio* of *D.B.S.* to the facts and dismissed the appeal ((2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 2005 ABCA 5). Hunt J.A. dissented, however, on the date to which the order was retroactive. In her view, Parliament did not intend that support arrangements be varied automatically; fairness demanded that support orders be valid until notice of a claim was given, and respect for the legal system would be undermined if court orders were varied retroactively. Given that Rowbotham J. did not find Mr. Henry to have engaged in blameworthy conduct, she would have awarded child support retroactive only to the date when Ms. Henry signalled an intention to seek increased support, i.e., February 2000.

2.4 *Hiemstra v. Hiemstra*

The parents in this appeal were divorced in 1996. Upon divorce, both children of the marriage went to live with the father; therefore, it was the mother who had the initial child support obligation. In November 2000, the son moved in with the mother and the child support payments ceased. In March 2001, a court ordered that the parents divide certain expenses and froze the child support situation (with no payments being made) until November of that year. The parents did not return to court to

demandé à *la mère* de payer le ticket de bus et certaines des dépenses de leur fille pendant qu'elle séjournait chez lui. (M^{me} Henry a accepté.)

Le pourvoi découle de la requête de M^{me} Henry, signifiée en février 2003, visant la modification de la pension alimentaire pour les enfants. Dans son jugement, la juge Rowbotham n'est pas allée jusqu'à dire que le père s'était comporté de façon répréhensible, mais elle lui a quand même ordonné de verser une pension rétroactive. Même si elle était consciente des difficultés financières que cela pouvait occasionner, elle a fait rétroagir l'ordonnance au 1^{er} juillet 1997, compte tenu du revenu du père pour les besoins des *Lignes directrices*.

Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Paperny a appliqué la *ratio decidendi* de l'arrêt *D.B.S.* aux faits de l'espèce et rejeté l'appel ((2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 2005 ABCA 5). Dissidente, la juge Hunt a toutefois divergé d'opinion quant à la date à laquelle devait rétroagir l'ordonnance. Selon elle, le législateur n'avait pas voulu la modification automatique des accords relatifs aux aliments; l'équité commandait qu'une ordonnance alimentaire demeure valable jusqu'à la signification d'un avis de demande et la modification rétroactive d'une ordonnance était de nature à miner le respect du système judiciaire. Comme la juge Rowbotham n'avait pas conclu que M. Henry s'était comporté de façon répréhensible, la juge Hunt aurait rendu une ordonnance alimentaire rétroagissant seulement au mois de février 2000, soit à la date à laquelle M^{me} Henry avait communiqué son intention de demander la majoration de la pension alimentaire.

2.4 *Hiemstra c. Hiemstra*

Dans cette affaire, les parents ont divorcé en 1996. Dès lors, les deux enfants issus du mariage ont vécu avec leur père, et c'est la mère qui, initialement, a dû verser une pension alimentaire pour les enfants. En novembre 2000, après que le fils eut emménagé chez elle, elle a cessé de verser la pension. En mars 2001, un tribunal a ordonné aux parents de partager certaines dépenses et maintenu le statu quo quant à la pension alimentaire (absence de versement) jusqu'au mois de novembre

27

28

29

resolve the support issue and no further payments were made.

de la même année. Les parents ne sont pas retournés devant le tribunal pour régler la question de la pension alimentaire, et aucun autre versement n'a été effectué.

30 In September 2002, the daughter began to attend college. On April 3, 2003, the mother sent the father an e-mail that broached the topic of “financial responsibilities”; the reply from the father suggested, essentially, that the mother knew what she was getting into when she took in the son. He did not start paying support. By February 2004, the daughter had moved out as well, with the consequence that the father supported neither child. The mother supported both.

En septembre 2002, la fille des parties a commencé à fréquenter le collège. Le 3 avril 2003, la mère a fait parvenir au père un courriel abordant la question de ses « obligations financières ». Dans sa réponse, le père a essentiellement laissé entendre que la mère savait ce qui l'attendait lorsque son fils avait emménagé chez elle. Il n'a pas versé de pension. Au mois de février 2004, la fille a cessé d'habiter chez le père, si bien que seule la mère subvenait désormais aux besoins des deux enfants.

31 Ms. Hiemstra filed a notice of motion on May 28, 2004 seeking retroactive child support. In deciding this issue, Belzil J. asked whether this was an “appropriate” circumstance for an award. He concluded that it was. He chose to calculate the retroactive award from January 1, 2003 onward, to be paid in the amount of \$500 per month, as a “reasonable compromise” that best fits the situation of the parties. He also awarded prospective support for both children in amounts that are not in dispute.

Le 28 mai 2004, M^{me} Hiemstra a déposé un avis de requête visant l'obtention d'une pension alimentaire rétroactive. Appelé à statuer sur la demande, le juge Belzil s'est demandé si les circonstances « s'y prêtaient », c'est-à-dire si elles justifiaient le prononcé d'une ordonnance rétroactive (motifs oraux). Il a répondu par l'affirmative. Il a ordonné le paiement — rétroactivement au 1^{er} janvier 2003 — d'une pension alimentaire mensuelle de 500 \$, estimant qu'il s'agissait du « compromis raisonnable » le mieux adapté à la situation des parties. Il a également ordonné le versement pour l'avenir, au bénéfice des deux enfants, d'une pension alimentaire dont le montant n'est pas contesté.

32 On appeal, the Court of Appeal again referred to the principles established in *D.B.S.* Remarking that any error in the date of retroactivity chosen could not have harmed the father, the court dismissed the appeal ((2005), 363 A.R. 281, 2005 ABCA 16).

Se fondant encore une fois sur les principes dégagés dans l'arrêt *D.B.S.*, la Cour d'appel a fait observer que toute erreur dans la détermination de la date à laquelle rétroagissait l'ordonnance ne pouvait avoir causé un préjudice au père, et elle a rejeté l'appel ((2005), 363 A.R. 281, 2005 ABCA 16).

3. Issues

3. Questions en litige

33 Can a court make an order for retroactive child support? If so, in what circumstances is it appropriate to do so?

Un tribunal peut-il rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant? Dans l'affirmative, quelles circonstances s'y prêtent?

4. Relevant Statutory Provisions

4. Dispositions législatives pertinentes

34 See Appendix.

Voir l'annexe.

5. Analysis

In my analysis, I first explain some basic principles of child support that are relevant to the question of retroactive awards. While not purporting to supply an exhaustive review, I endeavour to show how the principles found in the federal child support regime are complementary to the ordering of retroactive awards in suitable cases. I then turn to focus more specifically on the question of enforcement, as I elaborate the legal basis for enforcing the unmet child support obligations in these appeals. Finally, I consider the factors that will help determine whether a retroactive award should be ordered, and the content of a retroactive award order.

5.1 *Basic Principles Applicable to the Issue of Retroactive Child Support*

It is trite to declare that the mere fact of parentage places great responsibility upon parents. Upon the birth of a child, parents are immediately placed in the roles of guardians and providers. As La Forest J. wrote in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 62, it is “[f]or obvious reasons [that] society has imposed upon parents the obligation to care for, protect and rear their children.”

The parent-child relationship engages not only moral obligations, but legal ones as well. Canadians will be familiar with these legal obligations as they have come to be refined, quantified and amplified through contemporary legislative enactments. But the notion of child support, as a basic obligation of parents, is in no way a recent concept. In 1896, P. B. Mignault wrote that [TRANSLATION] “[t]he principal effect of the recognition, whether voluntary or forced, of illegitimate children is the claim to maintenance it gives the children against their fathers and mothers” (*Le droit civil canadien*, t. 2, 1896, at p. 138). The obligation of support was thus seen to arise automatically, upon birth; in one

5. Analyse

Dans mon analyse, j’explique d’abord certains principes fondamentaux en matière de pensions alimentaires pour enfants qui sont pertinents pour statuer sur la question de la rétroactivité d’une ordonnance. Sans prétendre à l’exhaustivité, je m’emploie à montrer que les principes qui sous-tendent le régime fédéral des pensions alimentaires pour enfants jouent un rôle complémentaire lorsqu’il s’agit de prononcer une ordonnance rétroactive dans un cas qui s’y prête. Je me penche ensuite sur la question de l’exécution de l’ordonnance, en développant le fondement juridique de l’exécution d’une obligation alimentaire non remplie dans les cas considérés en l’espèce. En dernier lieu, j’examine les éléments en fonction desquels le tribunal décidera de l’opportunité d’une ordonnance rétroactive et déterminera sa teneur.

5.1 *Principes fondamentaux applicables à la rétroactivité d’une pension alimentaire pour l’enfant*

Il va sans dire que le simple fait d’avoir un enfant confère une grande responsabilité aux parents. Dès la naissance de l’enfant, ces derniers sont appelés à en être les gardiens et à subvenir à ses besoins. Comme l’a dit le juge La Forest dans l’arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 62, c’est « [p]our des motifs évidents [que] la société a imposé aux parents l’obligation de s’occuper de leurs enfants, de les protéger et de les élever. »

La relation parent-enfant comporte des obligations non seulement morales, mais aussi légales. Les Canadiens connaissent ces obligations légales. Des textes législatifs modernes les ont précisées, quantifiées et étendues. La notion de soutien de l’enfant, en tant qu’obligation fondamentale des parents, n’est toutefois pas récente. En 1896, P. B. Mignault écrivait : « Le principal effet de la reconnaissance tant volontaire que forcée des enfants naturels, c’est la créance alimentaire qu’elle donne aux enfants contre leurs père et mère » (*Le droit civil canadien*, t. 2, 1896, p. 138). On considérerait donc que l’obligation alimentaire naissait en même temps que son bénéficiaire; ainsi, en 1879, on a

35

36

37

1879 case, this meant that a child support award that included a period pre-dating the institution of the mother's action was confirmed on appeal: see *Poissant v. Barrette* (1879), 3 L.N. 12. And in one Ontario case, where the legal foundation for compensating someone who took care of another person's child was questioned, the moral obligation to support the child was still given legal recognition: *Childs v. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210 (S.C., App. Div.). Middleton J. explained his reasoning in these terms:

While it is the law that there is no civil obligation on the part of a parent to maintain his infant child (*Bazeley v. Forder*, L.R. 3 Q.B. 559), his undoubted moral obligation to do so makes it very easy to find an implied promise to remunerate any person who, at his request or with his knowledge, undertakes to discharge this moral obligation for him: *Latimer v. Hill*, 35 O.L.R. 36, 26 D.L.R. 800, 36 O.L.R. 321, 30 D.L.R. 660. [p. 217]

38

The contemporary approach to child support was delineated by Kelly J.A. in *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130. In that case, the Ontario Court of Appeal established a set of core principles that has been endorsed by this Court in the past and continues to apply to the child support regime today: see *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670. These core principles animate the support obligations that parents have towards their children. They include: child support is the right of the child; the right to support survives the breakdown of a child's parents' marriage; child support should, as much as possible, provide children with the same standard of living they enjoyed when their parents were together; and finally, the specific amounts of child support owed will vary based upon the income of the payor parent.

39

This last principle is of particular importance to the present appeals and merits some further elaboration. The appellants have argued that their obligation at common law is merely to provide the "necessities of life". And it is true that the provision of necessities has traditionally demarcated the border between criminal and non-criminal conduct: see

confirmé en appel une ordonnance alimentaire qui rétroagissait à une date antérieure à celle de l'introduction du recours par la mère : *Poissant c. Barrette* (1879), 3 L.N. 12. Dans une affaire ontarienne où était en cause le fondement juridique de l'indemnisation d'une personne ayant pris soin de l'enfant d'une autre, l'obligation morale de subvenir aux besoins de l'enfant a tout de même été reconnue judiciairement : *Childs c. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210 (C.S., Div. app.). Le juge Middleton a fourni les explications suivantes :

[TRADUCTION] Bien que, en droit civil, un parent n'ait pas l'obligation de subvenir aux besoins de son jeune enfant (*Bazeley c. Forder*, L.R. 3 Q.B. 559), l'obligation morale qui lui incombe indubitablement à cet égard permet de conclure très aisément à l'existence d'un engagement tacite à rémunérer la personne qui, à sa demande ou à sa connaissance, s'acquitte de cette obligation à sa place : *Latimer c. Hill*, 35 O.L.R. 36, 26 D.L.R. 800, 36 O.L.R. 321, 30 D.L.R. 660. [p. 217]

L'approche moderne en matière d'obligation alimentaire des parents a été établie par le juge Kelly dans l'arrêt *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130. La Cour d'appel de l'Ontario a alors formulé un ensemble de principes fondamentaux que notre Cour a appliqués dans le passé et qui demeurent applicables dans le cadre du régime actuel de pensions alimentaires pour enfants : voir *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Ces principes fondamentaux sous-tendent l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants. Au nombre de ces principes, mentionnons que les aliments sont un droit de l'enfant et que ce droit continue d'exister après la rupture du mariage, que les aliments doivent autant que possible permettre à l'enfant de conserver le niveau de vie qu'il avait avant la séparation de ses parents et que le montant de la pension alimentaire est fonction du revenu du parent débiteur.

Ce dernier principe revêt une importance particulière dans les présents pourvois et mérite qu'on s'y attarde. Les appelants ont soutenu qu'en common law, leur obligation consiste simplement à subvenir aux besoins essentiels de leurs enfants. Il est vrai que, par le passé, on a distingué le comportement criminel du comportement non criminel

s. 209 of the *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, and *Childs*, for a statement on the common law. But this low level of support cannot define where a parent's full legal obligation ends.

It is not novel — now, or when *Paras* was decided 35 years ago — for courts to recognize a support obligation that goes well beyond the obligation to provide mere necessities. Specifically, the income of the payor parent has often been considered in the calculation of support, with the amount due varying depending on the income of the payor parent. For instance, in one 1941 case, an award for the maintenance of a recipient parent and child was explicitly premised on the payor parent's income; when that income was shown to have increased, the amount of support was ordered to be increased as well (though not retroactively): see *McTaggart v. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL) (H.C.J.). That decision cited *Malcolm v. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198 (H.C.J.), *aff'd* (1920), 46 O.L.R. 609 (S.C., App. Div.), which connected the general principle that a husband is to provide maintenance for his wife “in proportion to his ability so to do” (p. 200) back to the laws of England. Quebec Civil Law has espoused this principle at least since the *Civil Code of Lower Canada* was enacted in 1866, stating that maintenance is to be granted “in proportion to the wants [*du besoin*] of the party claiming it and the fortune of the party by whom it is due”: art. 169.

In rendering his decision in *Paras*, Kelly J.A. followed this tradition. He wrote that the amount of child support should be ascertained based on the care, support and educational needs of the child, and that this sum should then be divided according to the respective incomes and resources of the parents: see pp. 134-35. In this Court's decision in *Richardson*, Kelly J.A.'s comments were related as follows, at p. 869:

The legal basis of child maintenance is the parents' mutual obligation to support their children according to their need. That obligation should be borne by the

selon que les besoins essentiels avaient ou non été comblés : voir l'art. 209 du *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, et l'arrêt *Childs* concernant les principes applicables en common law. Or, ce seuil minimal ne saurait définir l'obligation légale de l'un ou l'autre des parents.

Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps — et bien avant l'arrêt *Paras* rendu il y a 35 ans — l'existence d'une obligation alimentaire qui va bien au-delà de la satisfaction des besoins essentiels. Plus précisément, le revenu du parent débiteur a souvent été pris en compte pour établir la pension alimentaire, le montant exigible variant en fonction de ce revenu. Par exemple, dans une affaire datant de 1941, le montant de l'ordonnance alimentaire en faveur du parent créancier et de l'enfant a expressément été déterminé en fonction du revenu du parent débiteur : sur preuve de l'augmentation de ce revenu, le montant de la pension alimentaire augmentait également (mais sans effet rétroactif) : *McTaggart c. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL) (H.C.J.), citant *Malcolm c. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198 (H.C.J.), *conf. par* (1920), 46 O.L.R. 609 (C.S., Div. app.), qui a situé dans les lois d'Angleterre l'origine du principe général selon lequel l'époux doit subvenir aux besoins de son épouse [TRADUCTION] « à proportion de ses ressources » (p. 200). Le droit civil québécois a adhéré au principe au moins dès l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866, qui disposait que les aliments n'étaient accordés que « dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit » : art. 169.

Pour rendre sa décision dans *Paras*, le juge Kelly, de la Cour d'appel, s'est fondé sur ce principe ancien. Il a écrit que le montant de la pension alimentaire devait être fonction de ce qui est nécessaire pour élever et éduquer l'enfant, lequel montant devrait être réparti entre les parents à proportion de leurs ressources et de leurs revenus respectifs : voir p. 134-135. Dans l'arrêt *Richardson*, notre Cour a renvoyé aux propos du juge Kelly (p. 869) :

Le fondement juridique de la pension alimentaire de l'enfant est l'obligation mutuelle qu'ont les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants. Cette obligation

parents in proportion to their respective incomes and ability to pay: *Paras v. Paras, supra*.

42 Both the *Paras* and *Richardson* decisions were decided at a time when need-based support was the paradigm being followed. In other words, while the amount of child support due was *divided* according to parents' incomes, it was still *determined* primarily on the basis of the child's needs. With the introduction of the *Guidelines*, which came into force on May 1, 1997, Parliament announced an important change to that regime.

43 The *Guidelines* provide a simplified way for parents — and courts — to quantify child support obligations. They respond to the desire to “take the mystery out” of the process (Department of Justice, *Federal Child Support Guidelines Reference Manual* (July 1997), at p. i). This desire was a response to the need-based system, whereby costly — and unpredictable — litigation was often necessary to define what amount of support was due. Not surprisingly, this fact had preoccupied legislators prior to the *Guidelines*: see Hon. Allan Rock (Minister of Justice and Attorney General of Canada), *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., April 25, 1995, at p. 11760. But while they seek to instill efficiency and consistency in child support matters, the *Guidelines* are also attentive to concerns of fairness and flexibility, adopting a “children first” perspective: see *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, at para. 39; *Guidelines*, s. 1.

44 In order to accomplish its goals, the *Guidelines* generally make only two numbers relevant in computing the amount of child support owed: the number of children being supported, and the income of the payor parent. Thus, under the *Guidelines*, not only is the amount of child support divided according to parents' incomes, but it is determined on that basis as well:

The guidelines will establish without the need for trial the levels of child support to be paid according to the

devrait être assumée par les parents proportionnellement à leurs revenus et moyens financiers respectifs : *Paras v. Paras*, précité.

Les arrêts *Paras* et *Richardson* ont tous deux été rendus à une époque où le montant de la pension alimentaire était fonction des besoins de l'enfant. Autrement dit, même si ce montant était réparti entre les parents selon leurs revenus respectifs, il était avant tout fixé au regard des besoins de l'enfant. Entrées en vigueur le 1^{er} mai 1997, les *Lignes directrices* ont modifié substantiellement ce régime.

Offrant aux parents — et aux tribunaux — une méthode simplifiée de chiffrer l'obligation alimentaire envers l'enfant, les *Lignes directrices* traduisaient la volonté de « clarifier » le processus (Ministère de la Justice, *Pensions alimentaires pour enfants, Manuel concernant les Lignes directrices fédérales* (juillet 1997), p. i). Elles se veulent une solution de rechange au régime axé sur les besoins dans le cadre duquel la détermination du montant de la pension alimentaire donnait souvent lieu à des procès coûteux dont l'issue était imprévisible. Bien entendu, ce fait avait préoccupé les législateurs avant l'adoption des *Lignes directrices* : voir l'hon. Allan Rock (ministre de la Justice et procureur général du Canada), *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 25 avril 1995, p. 11760. Mais bien qu'elles visent à incorporer les notions d'efficacité et d'uniformité dans les instances de pensions alimentaires pour enfants, les *Lignes directrices* se soucient également d'équité et de souplesse, faisant « passer les enfants en premier lieu » : voir *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, par. 39; *Lignes directrices*, art. 1.

Pour atteindre leurs objectifs, les *Lignes directrices* ne retiennent généralement que deux données pour le calcul du montant de la pension alimentaire pour enfants : le nombre d'enfants à charge et le revenu du parent débiteur. De la sorte, le montant de la pension est à la fois réparti et fixé en fonction du revenu des parents :

Les lignes directrices établiront, sans qu'il soit nécessaire de recourir au tribunal, le montant de la pension

income of the person paying. The amounts are calculated by a formula that takes into account average expenditures on children at various income levels. As income levels increase or decrease so will the parents' contributions to the needs of the children, just as they would if the family had remained together.

(Mr. Gordon Kirkby (Parliamentary Secretary to Minister of Justice and Attorney General of Canada), *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., October 1, 1996, at p. 4901)

The implications of this approach are profound. Except for situations of shared custody, where additional considerations apply, a parent's increase in income will not only increase his/her *share* of the child support burden; it will increase the *total amount* of support owed. Under a pure need-based regime, the underlying theory is that both parents should provide enough support to their children to meet their needs, and that they should share this obligation proportionate to their incomes. But under the general *Guidelines* regime, the underlying theory is that the support obligation itself should fluctuate with the payor parent's income. Under a pure need-based regime, when a payor parent does not increase the amount of his/her support when his/her income increases, it is the *recipient parent* who loses: the recipient parent is the one entitled to receive greater help in meeting the child's needs. But under the general *Guidelines* regime, when a payor parent does not increase the amount of his/her support when his/her income increases, it is the *child* who loses: the child is the one who is entitled to a greater quantum of support in absolute terms.

That said, however, it would be wrong to think that the *Guidelines* represent a complete break from the past. Even before the *Guidelines* came into force, this Court endorsed a more nuanced need-based approach by recognizing that "a significant increase in the means of the payor parent may require that the needs of the child

alimentaire à payer en fonction du revenu de la personne qui paie. Les montants sont calculés d'après une formule qui tient compte des dépenses moyennes consacrées aux enfants selon divers niveaux de revenu. Les contributions des parents pour subvenir aux besoins des enfants augmenteront ou diminueront dans la même mesure que leurs revenus, tout comme cela se ferait si la famille était demeurée unie.

(M. Gordon Kirkby (secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada), *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2^e sess., 35^e lég., 1^{er} octobre 1996, p. 4901)

Cette approche a d'importantes répercussions car, sauf dans le cas de la garde partagée, où d'autres considérations s'appliquent, l'augmentation du revenu de l'un des parents modifiera à la hausse non seulement sa *part* de l'obligation alimentaire envers les enfants, mais également le *montant total* de celle-ci. La thèse qui sous-tend un régime axé uniquement sur les besoins de l'enfant est que les deux parents doivent verser un montant suffisant pour subvenir à ces besoins et qu'ils doivent satisfaire à cette obligation proportionnellement à leurs revenus. Celle qui sous-tend le régime général des *Lignes directrices* est différente : l'obligation alimentaire comme telle fluctue en fonction du revenu du parent débiteur. Dans le cadre d'un régime axé uniquement sur les besoins, le *parent créancier* est désavantagé dès lors que le parent débiteur n'augmente pas le montant de la pension alimentaire malgré la majoration de son revenu : dans ce cas, le parent créancier a droit à une somme plus élevée pour subvenir aux besoins de l'enfant. Suivant le régime général des *Lignes directrices*, l'enfant est désavantagé lorsque le parent débiteur n'augmente pas le montant de la pension à proportion de la majoration de son revenu : dans ce cas, l'enfant a droit, en chiffres absolus, à une pension alimentaire plus élevée.

Cela dit, il serait toutefois erroné de penser que les *Lignes directrices* rompent radicalement avec le passé. Avant qu'elles n'entrent en vigueur, notre Cour avait déjà adopté une démarche plus nuancée axée sur les besoins en reconnaissant qu'« une augmentation appréciable des ressources du parent débiteur pourrait obliger à inclure dans les besoins

45

46

include benefits that previously were not available”: *Willick*, at p. 691. By the same token, the *Guidelines* do not impose a regime where the needs of the child are regarded as completely irrelevant. As I wrote in *Francis*, presumptively applicable Table amounts listed for payor parents earning over \$150,000 may be altered when they “are so in excess of the children’s reasonable needs so as no longer to qualify as child support” (para. 41). Parliament also allows the court to consider “the condition, means, needs and other circumstances of the child” in other situations when the court exercises its discretion in calculating support amounts: ss. 3(2)(b) and 9(c) of the *Guidelines*.

47

The *Guidelines* therefore adopt a paradigm that moves away from pure need-based criteria without representing a complete departure from the principles of child support that existed in the past. While the *Guidelines* regime differs from the regime discussed in *Paras* and *Richardson* in important ways, the obligations recognized in the latter have not disappeared. The *Guidelines* do not purport to replace — much less eliminate — the previously recognized system of support obligations. In fact, both the *Divorce Act* and the *Guidelines* seek to apply a new structure to these obligations, building on the premise that they already exist.

48

This interpretation is supported by language in the *Divorce Act*. For instance, s. 26.1(2) provides:

The guidelines shall be based 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.

This wording suggests that the principle being discussed — “that spouses have a joint financial obligation” — exists prior to the enactment of the provision itself. Further, this principle is not said to be

de l’enfant des avantages auxquels il n’avait pas accès auparavant » : *Willick*, p. 691. De même, les *Lignes directrices* n’établissent pas un régime faisant totalement abstraction des besoins de l’enfant. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *Francis*, les montants prévus dans les tables pour le parent débiteur dont le revenu est supérieur à 150 000 \$ pourront être modifiés dans les cas où ils « sont tellement supérieurs aux besoins raisonnables des enfants qu’ils ne peuvent plus être considérés comme une pension alimentaire pour enfants » (par. 41). Le législateur permet également au tribunal de tenir compte « des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de l’enfant » dans d’autres situations lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire pour déterminer le montant de la pension alimentaire : al. 3(2)b) et 9c) des *Lignes directrices*.

Par conséquent, les *Lignes directrices* adoptent un modèle qui s’éloigne des critères axés uniquement sur les besoins sans pour autant rompre entièrement avec les principes applicables par le passé en matière de pension alimentaire pour enfants. Alors que, sous d’importants rapports, le régime établi par les *Lignes directrices* diffère de celui considéré dans les arrêts *Paras* et *Richardson*, les obligations reconnues dans ceux-ci n’ont pas disparu. Les *Lignes directrices* ne visent pas à remplacer les règles antérieures en matière d’obligations alimentaires, encore moins à les supplanter. En fait, tant dans la *Loi sur le divorce* que dans les *Lignes directrices*, le législateur a voulu établir un nouveau cadre, partant du principe que les obligations existaient déjà.

Cette interprétation est confirmée par le libellé de la *Loi sur le divorce*. Par exemple, le par. 26.1(2) prévoit :

Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l’obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu’elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

Cette formulation donne à entendre que le principe dont il est question — « que l’obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux » — est antérieur à la

dependent on a court order or on any other kind of action by the recipient parent, consistent with pre-*Guidelines* jurisprudence: see *MacMinn*, at para. 15. The *Divorce Act* in the *Guidelines* era thus confirms that there still exists a free-standing obligation for parents to support their children commensurate with their income. Its payor parent income-based approach then shapes this obligation, with the result that the total amount of child support is determined — and not merely divided — according to the income of the payor parent. A parent who fails to do this will have failed to fulfill his/her obligation to his/her children.

Of course, this federal regime does not apply to all child support situations in Canada. The federal government's jurisdiction over child support is located in its power over divorce: s. 91(26) of the *Constitution Act, 1867*. Where the child support order cannot be seen as an incident of divorce, it is the provinces that have jurisdiction over the matter: see *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205, at p. 211; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891, at p. 912.

In exercising their own power to legislate matters concerning child support, the provinces need not conform to the paradigm espoused by the *Divorce Act* and the *Guidelines*. Two of the present appeals proceed under Alberta's now-repealed *Parentage and Maintenance Act*. Following Alberta jurisprudence encouraging the province's courts to exercise their statutory discretion under the *Parentage and Maintenance Act* consistent with the federal *Guidelines* regime, the parties in those appeals accepted that their cases would be decided substantially as if they fell under the federal system: see *M.C. v. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283 (C.A.); *T. (P.) v. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244. The Alberta Court of Appeal endorsed this approach in the context of these appeals: see para. 43 of the *D.B.S.* decision.

disposition elle-même. De plus, conformément à la jurisprudence antérieure aux *Lignes directrices*, il n'est pas précisé que son applicabilité découle d'une ordonnance judiciaire ou de quelque mesure du parent créancier : voir *MacMinn*, par. 15. La *Loi sur le divorce* sous l'ère des *Lignes directrices* confirme donc que les parents ont toujours l'obligation indépendante de subvenir aux besoins de leurs enfants proportionnellement à leurs ressources financières. L'accent mis sur le revenu du parent débiteur façonne ensuite cette obligation, de sorte que le montant total de la pension alimentaire est déterminé — et non simplement réparti — en fonction du revenu du parent débiteur. Le parent qui ne se conforme pas à ce principe manque à son obligation envers l'enfant.

Évidemment, le régime fédéral ne s'applique pas à toutes les demandes de pensions alimentaires pour l'enfant présentées au Canada. La compétence de l'État fédéral en la matière découle de sa compétence sur le divorce : par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsque l'ordonnance alimentaire pour l'enfant ne peut être considérée comme une mesure accessoire à un divorce, elle ressortit à la compétence provinciale : voir *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205, p. 211; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891, p. 912.

Dans l'exercice de leur propre pouvoir de légiférer en matière de soutien alimentaire des enfants, les provinces ne sont pas tenues d'appliquer les paramètres de la *Loi sur le divorce* et des *Lignes directrices*. Deux des décisions contestées en l'espèce ont été rendues en application d'une loi albertaine désormais abrogée, la *Parentage and Maintenance Act*. Étant donné que la jurisprudence de l'Alberta incite les tribunaux de la province à exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère cette loi de manière compatible avec le régime fédéral établi par les *Lignes directrices*, les parties ont accepté que les litiges soient essentiellement tranchés comme s'ils relevaient du régime fédéral : *M.C. c. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283 (C.A.); *T. (P.) c. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244. Dans ces affaires, la Cour d'appel de l'Alberta a approuvé cette démarche : voir le par. 43 de l'arrêt *D.B.S.*

49

50

51 I will reluctantly accept this proposition for the purposes of deciding these appeals. The parties do not dispute that Alberta courts, under the *Parentage and Maintenance Act*, have the discretion to adopt the paradigm espoused by the federal regime. However, I cannot support a general approach that purports to follow the *Guidelines* whenever a court's discretion under applicable provincial law is invoked. A provincial legislature that affords its courts discretion in determining child support matters is not offering them *carte blanche* to render support orders pursuant to another legislature's will. To read a grant of discretion in this way would offend principles of statutory interpretation as well as the division of powers enshrined in the Constitution.

52 The provincial power to regulate child support matters in contexts not involving divorce must therefore remain unfettered. While it is desirable that the federal and provincial governments treat children of married and unmarried parents the same, this does not mean that the *Guidelines* should trump the legislative will of the provinces. To the contrary, symmetry for married and unmarried parents can be achieved both ways: provinces may choose to adopt the federal regime, but Parliament may also decide to accept provincial solutions. Accordingly, the *Divorce Act* presently ensures consistency within the province by allowing certain provincial regimes to apply to divorces within the province: s. 2(5). It is not for courts to take it upon themselves to create a single, national system of child support.

53 Thus, within constitutional limits, provincial governments are free to adopt a different approach than the one found in the *Divorce Act* and in the *Guidelines*. For instance, a province may choose to implement a regime wherein both parents have joint and several responsibility to support their children according to their needs. In such a situation, any deficit in payment from the payor parent would

C'est à regret que j'accepte ce point de vue pour statuer sur les deux pourvois. Les parties ne contestent pas que sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act*, les tribunaux albertains ont le pouvoir discrétionnaire d'appliquer le modèle inhérent au régime fédéral. Toutefois, je ne peux appuyer une démarche préconisant l'application des *Lignes directrices* chaque fois qu'est invoqué le pouvoir discrétionnaire qu'une loi provinciale confère à un tribunal. Le législateur provincial qui accorde à ses tribunaux un pouvoir discrétionnaire en matière de pensions alimentaires pour enfants ne leur donne pas *carte blanche*, c'est-à-dire qu'il ne leur permet pas de rendre à leur gré des ordonnances fondées sur la volonté d'un autre législateur. Exercer ainsi le pouvoir discrétionnaire va à l'encontre des principes d'interprétation législative et du partage des compétences prévu par la Constitution.

Il ne doit donc pas y avoir d'empiétement sur le pouvoir des provinces de légiférer en matière de pensions alimentaires pour enfants dans un autre contexte que le divorce. S'il est souhaitable que les gouvernements fédéral et provinciaux appliquent les mêmes règles à tous les enfants, que leurs parents soient mariés ou non, cela ne veut pas dire que les *Lignes directrices* doivent faire échec à la volonté des corps législatifs provinciaux. Au contraire, l'objectif de l'égalité de traitement peut être atteint de deux façons : les provinces peuvent opter pour le régime fédéral ou le Parlement peut retenir la solution privilégiée à l'échelon provincial. Ainsi, à l'heure actuelle, la *Loi sur le divorce* assure la cohérence au sein d'une province en permettant l'application de certaines dispositions provinciales aux divorces qui y sont prononcés : par. 2(5). Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de leur propre chef un système national unique de pensions alimentaires pour enfants.

Par conséquent, dans la mesure où il respecte les limites fixées par la Constitution, un gouvernement provincial peut opter pour une autre approche que celle de la *Loi sur le divorce* et des *Lignes directrices*. Une province peut, par exemple, mettre en œuvre un régime qui reconnaît que les deux parents ont envers leur enfant une obligation financière solidaire proportionnée aux besoins de ce dernier.

need to be made up by the recipient parent, such that the child would never be left with an unfulfilled entitlement. To the extent the recipient parent picks up this deficit, then, the child could not seek further compensation from the deficient payor parent. In such a case, the difference between the federal and provincial regimes could mean the difference between finding that the payor parent has an unfulfilled obligation towards his/her children, and finding that no such unfulfilled obligation exists. In the present appeals, having accepted that the general federal paradigm of child support applies equally under the *Parentage and Maintenance Act*, no such difference arises.

In summary, then, parents have an obligation to support their children in a way that is commensurate with their income. This parental obligation, like the children's concomitant right to support, exists independently of any statute or court order. To the extent the federal regime has eschewed a purely need-based analysis, this free-standing obligation has come to imply that the total amount of child support owed will generally fluctuate based on the payor parent's income. Thus, under the federal scheme, a payor parent who does not increase his/her child support payments to correspond with his/her income will not have fulfilled his/her obligation to his/her children. However, provinces remain free to espouse a different paradigm. When an application for retroactive support is made, therefore, it will be incumbent upon the court to analyze the statutory scheme in which the application was brought.

5.2 *The Legal Basis for Enforcing the Child Support Obligation Retroactively*

In the previous section, I established that a payor parent under the federal regime has the obligation to increase his/her child support payments when his/her income rises. Yet, this conclusion says nothing about the enforcement of this unfulfilled obligation. If retroactive child support awards are to be ordered, the legal basis for making such an order must be found in the applicable law. Again,

Dans un tel cas, si le parent débiteur ne s'acquitte pas en totalité de son obligation, le parent créancier est tenu de combler le déficit, de façon que l'enfant ne soit jamais lésé. Dans la mesure où le parent créancier comble le déficit, l'enfant ne peut tenter d'obtenir davantage du parent débiteur. Dans une telle situation, les différences entre le régime fédéral et le régime provincial pourraient faire en sorte que l'on conclue, sous un régime, à l'inexécution de l'obligation du parent débiteur envers l'enfant et, sous l'autre régime, à l'inexistence d'une obligation inexécutée. Les parties aux présents pourvois ayant consenti à l'application des règles fédérales pour les besoins de la *Parentage and Maintenance Act*, de telles différences ne se présentent pas.

En résumé, les parents ont l'obligation de subvenir aux besoins de leur enfant à proportion de leurs revenus. Cette obligation parentale, tout comme le droit corollaire de l'enfant à des aliments, existe indépendamment de toute loi ou ordonnance judiciaire. Dans la mesure où le régime fédéral a écarté l'approche axée uniquement sur les besoins, cette obligation indépendante suppose désormais que le montant total de la pension alimentaire pour l'enfant fluctuera généralement en fonction du revenu du parent débiteur. Par conséquent, sous le régime fédéral, le parent débiteur qui n'accroît pas le montant de la pension à proportion de l'augmentation de son revenu manque à son obligation alimentaire. Les provinces demeurent toutefois libres d'adopter un autre modèle. Par conséquent, lorsqu'une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive est présentée, il incombe au tribunal d'analyser le régime législatif dans lequel elle s'inscrit.

5.2 *Le fondement juridique de la rétroactivité de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant*

Dans la partie précédente, j'ai établi que sous le régime fédéral, le parent débiteur a l'obligation d'augmenter le montant de la pension alimentaire pour l'enfant lorsque s'accroît son revenu. Cela ne règle toutefois pas la question de savoir comment obtenir le respect de cette obligation en cas de manquement. Le droit applicable doit être le fondement juridique de toute ordonnance alimentaire

different policy choices made by the federal and provincial governments must be respected.

5.2.1 Application-Based Regimes

56

The above description of the child support system in Canada is replete with notions of free-standing obligations and parental responsibility. However, one must not forget that the regimes enacted by Parliament and the province of Alberta are application-based regimes. Except where a court is already seized of a divorce or separation matter, the court's jurisdiction over child support payments will arise only upon application by a person authorized pursuant to the legislation: see s. 15.1(1) of the *Divorce Act* and s. 7(1) of the *Parentage and Maintenance Act* (the latter provision uses the more permissive language of "an application may be made"). Accordingly, a parent's child support obligation will only be *enforceable* once an application to a court has been made. This policy choice means that the responsibility of ensuring that the proper amount of support is being paid, in practice, does not lie uniquely with the payor parent.

57

There is no doubt, of course, that the federal or provincial government could have chosen a different course. For instance, at s. 25.1, the *Divorce Act* contemplates a federal-provincial agreement through which provincial child support services would be created to recalculate the amount of child support at regular intervals. Such a service would respond to research suggesting that inadequate child support payments are linked to the infrequent updating of child support amounts (see Department of Justice, *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines* (2002), vol. 1, at p. 36). Indeed there may be beneficial outcomes associated with an approach that envisions the automatic tailoring of child support payments to new circumstances, at least in simple situations where the Table amounts in the

rétroactive. Encore une fois, il faut respecter les différents choix de politique générale des gouvernements fédéral et provinciaux.

5.2.1 Régimes fondés sur la présentation d'une demande

La description qui précède du régime canadien de pensions alimentaires pour enfants renvoie abondamment aux notions d'obligation indépendante et d'obligation parentale. Toutefois, il faut se rappeler que l'application des régimes adoptés par le Canada et l'Alberta supposent la présentation d'une demande. Ainsi, à moins qu'il ne soit déjà saisi d'une demande de divorce ou de séparation, le tribunal ne pourra rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant que sur présentation d'une demande par une personne légalement autorisée : voir les par. 15.1(1) de la *Loi sur le divorce* et 7(1) de la *Parentage and Maintenance Act* (cette dernière disposition est moins impérative : [TRADUCTION] « une demande peut être présentée »). Par conséquent, l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant n'est *susceptible d'exécution* qu'une fois le tribunal saisi d'une demande. Ce choix de politique générale implique que l'obligation de faire en sorte que soit versé le juste montant au titre des aliments n'incombe pas, dans les faits, au seul parent débiteur.

Bien sûr, il ne fait pas de doute que les gouvernements fédéral et provinciaux auraient pu choisir une voie différente. L'article 25.1 de la *Loi sur le divorce*, par exemple, prévoit la possibilité d'un accord fédéral-provincial suivant lequel, à intervalles réguliers, un service provincial rajuste le montant de l'ordonnance alimentaire prononcée au profit de l'enfant. Un tel accord donnerait suite aux conclusions de certaines recherches selon lesquelles le caractère inadéquat des pensions alimentaires pour enfants est lié au fait que le montant de celles-ci est rarement réévalué (voir Ministère de la Justice, *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (2002), vol. 1, p. 39). Un moyen permettant de rajuster automatiquement le montant de la pension alimentaire en

Guidelines clearly apply. But this path has not yet been chosen and it is not for this Court to force the legislatures' hands in this matter.

The same could be said about automatic disclosure requirements. The *Guidelines* provide, at s. 25, that a payor parent must disclose his/her income not more than once per year upon request by the recipient parent. (Though I assume a single custody situation in my discussion here, I should note that this rule will apply to both parents in a shared custody context, as both of their incomes are relevant in determining the amount of child support due: s. 9 of the *Guidelines*.) Thus the scheme in the *Guidelines* does not burden a payor parent with an automatic disclosure obligation every time his/her income increases: *Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), at paras. 24-25. In crafting this system, Parliament was obviously concerned with the balance between the privacy of payor parents and the expectation of recipient parents that they will be paid the appropriate *Guidelines* amount based on the true income of the payor parent. This is not to suggest that court orders or separation agreements cannot themselves provide for automatic disclosure; to the contrary, if the circumstances so demand, courts may even find disclosure obligations *implicit* in separation agreements: see *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 38 R.F.L. (5th) 307 (Ont. C.A.). But it is not for this Court to second-guess Parliament's policy choice, absent indication that a court ordered, or the parties agreed, otherwise.

Still, the fact that the current child care regime is application-based does not preclude courts from considering retroactive awards. Parliament and the Government of Alberta have placed responsibility on *both* parents to ensure that their children are receiving a proper amount of support. While the payor parent does not shoulder the burden of automatically adjusting payments, or automatically disclosing income increases, this does not mean that

fonction de nouvelles données pourrait effectivement avoir des effets bénéfiques, du moins dans les cas simples où les montants figurant dans les tables des *Lignes directrices* s'appliquent clairement. Or, à ce jour, cette solution n'a pas été retenue, et il n'appartient pas à notre Cour de forcer la main aux législateurs.

Il en va de même de l'obligation continue de fournir des renseignements. L'article 25 des *Lignes directrices* prévoit que le parent débiteur doit, sur demande et au plus une fois par année, fournir des renseignements sur son revenu au parent créancier. (Bien que, pour les besoins de mon analyse, je suppose que la garde est exclusive, dans le cas d'une garde partagée, cette règle s'applique aux deux parents puisque leurs deux revenus sont pris en compte pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour l'enfant : art. 9 des *Lignes directrices*.) Par conséquent, le régime des *Lignes directrices* n'impose pas au parent débiteur l'obligation de signaler sans délai toute augmentation de revenu : *Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), par. 24-25. Le Parlement a manifestement voulu préserver un équilibre entre le droit à la vie privée du parent débiteur et le droit du parent créancier au montant prévu dans les *Lignes directrices*, établi en fonction du véritable revenu du parent débiteur. Je ne veux pas dire qu'une ordonnance alimentaire ou un accord de séparation ne peut prévoir une telle obligation; au contraire, lorsque les circonstances l'exigent, le tribunal peut même voir dans un accord de séparation une obligation *implicite* en ce sens : voir *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 38 R.F.L. (5th) 307 (C.A. Ont.). Mais il n'appartient pas à notre Cour de remettre en question le choix du législateur à défaut d'une indication contraire dans l'ordonnance du tribunal ou l'accord des parties.

Néanmoins, même si le régime actuel exige la présentation d'une demande, rien n'empêche le tribunal d'examiner la possibilité de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive. Le Parlement et le gouvernement de l'Alberta ont attribué aux *deux* parents l'obligation de veiller à ce que leurs enfants touchent un juste montant de pension alimentaire. Il n'incombe pas au parent débiteur de rajuster automatiquement les versements ou, lorsque son revenu

(s)he will satisfy his/her child support obligation by doing nothing. If his/her income rises and the amount of child support paid does not, there will remain an unfulfilled obligation that could later merit enforcement by a court.

60

No child support analysis should ever lose sight of the fact that support is the right of the child: *Richardson*, at p. 869. Where one or both parents fail to vigilantly monitor child support payment amounts, the child should not be left to suffer without a remedy. The fact that Parliament and the Alberta legislature have not compelled payor parents to automatically disclose changes in income, so that the amount of child support they owe could be varied accordingly, says nothing about a court's jurisdiction to make retroactive awards once the parties are properly in front of it. In fact, a policy that is permissive of retroactive awards would be perfectly consistent with the rest of the child support system: parents are to be trusted with the responsibility of caring for their children, but courts are not to be discouraged from defending the rights of children when they have the opportunity to do so. Thus, while an application is a necessary trigger to the court's jurisdiction, the court may still retain the power to make a retroactive order once it is properly seized of a matter.

5.2.2 Situations Where Retroactive Awards May Be Ordered

61

There are three separate situations in which it may be appropriate for a court to order that a retroactive award be paid.

5.2.2.1 *Awarding Retroactive Support Where There Has Already Been a Court Order for Child Support to Be Paid*

62

A first situation where a recipient parent may claim retroactive support is where there has already

augmenté, de le signaler sans délai, mais il ne s'acquitte pas pour autant de son obligation envers l'enfant en ne faisant rien. Lorsque son revenu augmente et que le montant de la pension alimentaire pour enfants demeure le même, l'obligation n'est pas remplie, ce qui peut justifier une mesure ultérieure d'exécution judiciaire.

Toute analyse de l'obligation alimentaire doit tenir pour acquis que le droit aux aliments appartient à l'enfant : *Richardson*, p. 869. Lorsque les deux parents ou l'un d'eux ne veillent pas à ce que le montant de la pension alimentaire soit approprié, l'enfant ne saurait en subir les conséquences sans qu'un recours ne puisse être exercé. Le fait que le Parlement et le législateur albertain n'ont pas obligé le parent débiteur à signaler sans délai toute modification de son revenu, de manière que le montant de la pension alimentaire soit modifié en conséquence, ne résout pas la question de savoir si un tribunal peut rendre une ordonnance rétroactive lorsque les parties engagent une instance. En fait, une politique permettant la rétroactivité d'une ordonnance serait tout à fait compatible avec les autres caractéristiques du régime de pensions alimentaires pour enfants : on doit supposer que les parents s'acquittent au mieux de leur obligation de prendre soin de l'enfant, mais les tribunaux ne doivent pas être dissuadés de défendre les droits de celui-ci lorsqu'ils ont l'occasion de le faire. Par conséquent, bien que la présentation d'une demande soit une condition préalable à l'exercice de sa compétence, le tribunal peut conserver le pouvoir de rendre une ordonnance rétroactive une fois qu'il a été régulièrement saisi d'une affaire.

5.2.2 Cas dans lesquels une ordonnance rétroactive peut être indiquée

Il existe trois cas distincts où il peut être indiqué de rendre rétroactive une ordonnance alimentaire pour l'enfant.

5.2.2.1 *Un tribunal a déjà ordonné le versement d'une pension alimentaire pour l'enfant*

La première situation dans laquelle le parent créancier peut demander une ordonnance

been a court order for child support, but this amount has been inadequate for some time. The most common cause for an application of this variety would be an increase in the payor parent's income that is not reflected by an increase in the amount of child support paid. In addition to a request for prospective variation, a parent in this situation would ask for a retroactive award representing an additional amount due.

The immediate concern with such retroactive awards is that they disturb the certainty that a payor parent has come to expect: see *Andries v. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189 (C.A.), at para. 48. A payor parent who diligently follows the instructions of a court order may expect that (s)he would not be confronted with a claim that (s)he was deficient in meeting his/her obligations. After all, until it is varied, a court order is legally binding. It provides comfort and security to the recipient parent, but it also provides predictability to the payor parent. Put most simply, the payor parent's interest in certainty appears to be most compelling where (s)he has been following a court order.

On the other hand, parents should not have the impression that child support orders are set in stone. Even where an order does not provide for automatic disclosure, variation or review, parents must understand that it is based upon a specific snapshot of circumstances which existed at the time the order was made. For this reason, there is always the possibility that orders may be varied when these underlying circumstances change: see s. 17 of the *Divorce Act*; s. 18(2) of the *Parentage and Maintenance Act*. But even if the parents choose not to seek variation of an order, depending on why (and how freely) this choice was made, the child may still have the right to receive support in the amount that should have been payable. The certainty offered by a court order does not absolve parents of their responsibility to continually ensure that their children receive the appropriate amount of support.

In my view, a court order awarding a certain amount of child support must be considered

rétroactive est celle où un tribunal a ordonné le versement d'une pension alimentaire dont le montant n'est plus approprié depuis un certain temps. L'augmentation du revenu du parent débiteur qui ne s'est pas reflétée dans le montant de la pension alimentaire est généralement à l'origine d'une telle demande. Le parent créancier sollicite alors une ordonnance modificative pour l'avenir et une ordonnance rétroactive pour l'arriéré.

Un premier sujet de préoccupation est que la rétroactivité de l'ordonnance va à l'encontre des attentes légitimes du parent débiteur : voir *Andries c. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189 (C.A.), par. 48. Le parent débiteur qui suit avec diligence les directives du tribunal peut s'attendre à ne pas faire l'objet d'allégations de manquement à ses obligations. Après tout, jusqu'à ce qu'elle soit modifiée, l'ordonnance du tribunal a force exécutoire. Elle offre non seulement le bien-être et la sécurité au parent créancier, mais également la prévisibilité au parent débiteur. Dit simplement, les attentes du parent débiteur paraissent plus légitimes lorsque ce dernier a observé une ordonnance judiciaire.

En revanche, les parents ne devraient pas avoir l'impression que l'ordonnance alimentaire pour l'enfant est coulée dans le béton. Ils doivent comprendre qu'elle tient compte de la situation précise existant au moment où elle est rendue, même lorsqu'elle ne prévoit pas de communication, de modification ou de révision automatique. C'est pourquoi il est toujours possible qu'elle soit modifiée lorsque le contexte factuel change : voir l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* et le par. 18(2) de la *Parentage and Maintenance Act*. Mais même lorsque les parents renoncent à demander la modification de l'ordonnance, sous réserves de raisons à l'origine de ce choix (et de la possibilité qu'ils y aient été contraints), l'enfant peut quand même avoir droit à la prestation qui aurait dû être versée. La certitude qu'offre l'ordonnance judiciaire ne dispense pas les parents de leur obligation de toujours veiller à ce que l'enfant bénéficie d'une pension alimentaire dont le montant est approprié.

Selon moi, on doit présumer de la validité de l'ordonnance fixant le montant de la pension

63

64

65

presumptively valid. This presumption is necessary not only to maintain the certainty promised by a court order, but also to maintain respect for the legal system itself. It is inappropriate for a court, just as it is inappropriate for a parent, to assume that a previously ordered award is invalid.

66 The presumption that a court order is valid, however, is not absolute. As noted above, the applicable legislation recognizes that a previously ordered award may merit being altered. This power will be triggered by a material change in circumstances. Notably, the coming into force of the *Guidelines* themselves constitutes such a change under the federal regime: s. 14(c) of the *Guidelines*. An increase in income that would alter the amount payable by a payor parent is also a material change in circumstances: s. 14 of the *Guidelines*; *Willick*, at p. 688; see also s. 18(2) of the *Parentage and Maintenance Act*. Thus, where the situations of the parents have changed materially since the original order was handed down, that original order may not be as helpful as it once was in defining the parents' obligations.

67 But the question relevant to the present appeals is not merely whether a child support order can be varied prospectively; it is whether it can be varied retroactively. And if so, how can this be reconciled with the presumption against the retroactive application of legislative provisions? To resolve this dilemma, I must refer to the comment I made earlier in these reasons: that the awards contemplated in the present appeals are not truly retroactive. Let me explain.

68 The concern associated with retroactivity is that, from the perspective of the person on whom a retroactive obligation is imposed, the order is arbitrary and unfair: see R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 553-54. Yet a retroactive child support order, as considered in the present appeals, does not involve imposing an obligation on a payor parent that did not exist at the time for which support is being claimed: compare *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279. As I concluded above, a payor parent

alimentaire. Il le faut pour préserver non seulement la certitude que confère une décision de justice, mais aussi le respect du système judiciaire lui-même. Il ne saurait convenir que le tribunal ou les parents présument de la non-validité d'une ordonnance antérieure.

La présomption de validité n'est toutefois pas absolue. Je l'ai déjà dit, le droit applicable reconnaît qu'il peut être justifié de la modifier. Le tribunal est investi de ce pouvoir lorsque survient un changement de situation important. Ainsi, sous le régime fédéral, l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constitue un tel changement : al. 14c) des *Lignes directrices*. Constitue également un changement de situation important l'augmentation de revenu qui modifie le montant exigible du parent débiteur : art. 14 des *Lignes directrices*; *Willick*, p. 688; voir également le par. 18(2) de la *Parentage and Maintenance Act*. Ainsi, lorsque la situation des parents a changé sensiblement depuis l'ordonnance initiale, celle-ci ne définit peut-être plus correctement les obligations des parents.

Or, en l'espèce, il ne s'agit pas simplement de savoir si une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant peut être modifiée pour l'avenir, mais si elle peut l'être rétroactivement. Dans l'affirmative, comment concilier cette conclusion avec la présomption de non-rétroactivité des dispositions législatives? Pour résoudre ce dilemme, je dois rappeler que les ordonnances considérées dans les présents pourvois ne sont pas vraiment rétroactives. Je m'explique.

Le problème de la rétroactivité est que, du point de vue du débiteur de l'obligation rétroactive, l'ordonnance est arbitraire et injuste : voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 553-554. Toutefois, l'ordonnance alimentaire rétroactive considérée dans les présents pourvois n'impose pas au parent débiteur une obligation qui n'existait pas pendant la période pour laquelle la pension alimentaire est demandée : comparer avec l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279. Comme je l'ai dit, un parent

always has the obligation to pay — and the dependent child always has the right to receive — child support in an amount that is commensurate to his/her income. This obligation is independent of any court order that may have been previously awarded. Accordingly, even where the payor parent has made payments consistent with an existing court order, (s)he would not have been fulfilling his/her obligation to his/her children if those payments did not increase when they should have, according to the applicable law at the time. Thus, the support obligation of a payor parent, while *presumed* to be the amount ordered by a court, will not necessarily be *frozen* to the amount ordered by a court. It is the responsibility of both parents to ensure that the payor parent fulfills his/her actual obligation, tailored to the circumstances at the relevant time. Where they fail in this obligation, a court may order an award that recognizes and corrects this failure. Such an award is in no way arbitrary for the payor parent. To the contrary, it serves to enforce an obligation that should have been fulfilled already.

In ordering that an award be calculated retroactive to a certain date, a court would therefore be acting consistently with the law that existed at the relevant time. While the order itself would be varied with retroactive effect, the obligation that formed the basis of the court's decision would not be imposed after the fact. Because the recipient parent could have arrived at the same result had (s)he applied for an increase in child support earlier, it cannot be said that the court is subjecting the payor parent to legal rules different from those that applied at the relevant time.

Having resolved that the support requested is not truly retroactive, the presumption against retroactive application cannot apply. On application of the regular principles of statutory interpretation, it remains to determine whether courts have the power to vary the original child support awards in the way the respondents request.

Parliament has left no doubt on this issue in the *Divorce Act*. Section 17 unambiguously states that an award may be varied “prospectively or retroactively”. Whether the reference to retroactivity

débiteur a toujours l'obligation de verser une pension alimentaire proportionnelle à son revenu, et l'enfant à charge a toujours droit à une telle pension alimentaire. Cette obligation existe indépendamment de toute ordonnance judiciaire antérieure. Par conséquent, le parent débiteur qui verse la somme prévue dans une ordonnance judiciaire ne s'acquitte pas pour autant de son obligation envers l'enfant si cette somme n'a pas été majorée lorsqu'elle aurait dû l'être, suivant le droit alors applicable. Le montant déterminé par le tribunal n'est pas nécessairement *bloqué* même s'il est *présumé* correspondre à l'obligation alimentaire du parent débiteur. Il incombe aux deux parents de faire en sorte que le parent débiteur s'acquitte en temps utile de son obligation réelle, compte tenu des circonstances. S'ils ne le font pas, le tribunal peut constater le manquement et y remédier. L'ordonnance ne soumet nullement le parent débiteur à l'arbitraire. Au contraire, elle fait respecter une obligation dont le parent débiteur aurait dû s'acquitter.

En faisant rétroagir une ordonnance alimentaire à une date donnée, le tribunal agirait donc conformément au droit applicable à l'époque considérée. Certes, l'ordonnance serait modifiée de façon rétroactive, mais l'obligation à l'origine de la décision du tribunal ne serait pas imposée après coup. Étant donné que le parent créancier aurait pu obtenir le même résultat en demandant l'augmentation de la pension alimentaire auparavant, on ne peut dire que le tribunal soumet le parent débiteur à des règles juridiques différentes de celles qui s'appliquaient à l'époque en cause.

Ayant établi que la pension alimentaire demandée n'est pas vraiment rétroactive, la présomption de non-rétroactivité ne saurait s'appliquer. Reste donc à déterminer si, au regard des principes habituels d'interprétation législative, les tribunaux ont le pouvoir de modifier l'ordonnance alimentaire initiale de la manière souhaitée par les parties intimées.

Le Parlement a dissipé tout doute à cet égard à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, qui prévoit clairement qu'une ordonnance peut être modifiée « rétroactivement ou pour l'avenir ». La question de

69

70

71

merely contemplates the situations brought forth in the present appeals, or whether it might even go further and allow courts to make truly retroactive orders (i.e., orders that enforce obligations that payor parents did not have at the relevant time), is not a matter to be settled in these reasons. It suffices to hold that a court hearing a child support dispute pursuant to the *Divorce Act* will be able to exercise its discretion, in appropriate circumstances, and vary the original award retroactively in the sense contemplated in these appeals.

72 Though Alberta's newer *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, repeats Parliament's explicit reference to "retroactiv[e]" variation at s. 77(2), the situation under Alberta's *Parentage and Maintenance Act* is less clear. In that statute, s. 18(1) simply provides with respect to variation that an "application to vary or terminate an order or a filed agreement may be made to the Court" by certain listed persons. On a contextual reading of the statute, I conclude that this grant of jurisdiction is broad enough to include retroactive variation orders.

73 With respect to child support payments, the paradigm espoused by the *Parentage and Maintenance Act* is one of judicial discretion. For instance, in contrast to the detailed guidelines in the federal and current Alberta regimes, the *Parentage and Maintenance Act* supplied judges with wide discretion in determining the amount of child support payable: see s. 16; *M.C. v. V.Z.*, at para. 9. Similarly, with respect to variation orders, judges are given no further restrictions on how the original order is to be varied, so long as one of the listed substantial changes has occurred: see s. 18(2). In this context, I find it difficult to believe the Alberta legislature intended to deny judges the possibility of awarding retroactive support where the circumstances so demanded. Like the *Divorce Act*, I believe the *Parentage and Maintenance Act* allows courts to make retroactive child support awards where appropriate.

savoir si cette rétroactivité s'entend uniquement de celle considérée dans les présents pourvois ou si elle pourrait aller jusqu'à permettre au tribunal de rendre une ordonnance vraiment rétroactive (qui assujettit le parent débiteur à une nouvelle obligation) n'a pas à être tranchée en l'espèce. Il suffit de conclure que le tribunal appelé à statuer sur un différend relatif au soutien alimentaire d'un enfant sous le régime de la *Loi sur le divorce* pourra, si le cas s'y prête, exercer son pouvoir discrétionnaire et modifier l'ordonnance initiale de façon rétroactive au sens où on l'entend en l'espèce.

Adoptée récemment en Alberta, la *Family Law Act*, S.A. 2003, ch. F-4.5, prévoit elle aussi expressément, au par. 77(2), une modification « rétroactive ». Cependant, la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta est moins claire à ce chapitre, le par. 18(1) prévoyant simplement : [TRADUCTION] « une demande visant la modification d'une ordonnance ou d'un accord déposé ou son annulation peut être présentée » par les personnes énumérées. Suivant une interprétation contextuelle de la loi, je conclus que cette attribution de compétence est suffisamment large pour permettre le prononcé d'une ordonnance modificative ayant un effet rétroactif.

En ce qui concerne le montant de la pension alimentaire pour l'enfant, la *Parentage and Maintenance Act* s'en remet au pouvoir discrétionnaire. Par exemple, à la différence du régime fédéral et de l'actuel régime albertain qui établissent des paramètres précis, la *Parentage and Maintenance Act* conférait au juge un large pouvoir discrétionnaire pour la fixation du montant de la prestation : voir l'art. 16 et l'arrêt *M.C. c. V.Z.*, par. 9. De même, en ce qui a trait à l'ordonnance modificative, cette loi permettait au tribunal de modifier à son gré l'ordonnance initiale, à condition que soit survenu l'un des changements importants énumérés : voir le par. 18(2). Dans ce contexte, j'ai du mal à croire que le législateur albertain ait voulu refuser au tribunal la possibilité de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive lorsque les circonstances l'exigeaient. Je crois que tout comme la *Loi sur le divorce*, la *Parentage and Maintenance Act* permet au tribunal de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant dans les cas qui s'y prêtent.

In summary, a payor parent who diligently pays the child support amount ordered by a court must be presumed to have fulfilled his/her support obligation towards his/her children. Acting consistently with the court order should provide the payor parent with the benefit of predictability, and a degree of certainty in managing his/her affairs. However, the court order does not absolve the payor parent — or the recipient parent, for that matter — of the responsibility of continually ensuring that the children are receiving an appropriate amount of support. As the circumstances underlying the original award change, the value of that award in defining parents' obligations necessarily diminishes. In a situation where the payor parent is found to be deficient in his/her support obligation to his/her children, it will be open for a court, acting pursuant to the *Divorce Act* or the *Parentage and Maintenance Act*, to vary an existing order retroactively. The consequence will be that amounts that should have been paid earlier will become immediately enforceable.

5.2.2.2 *Awarding Retroactive Support Where There Has Been a Previous Agreement Between the Parents*

A similar, but not identical, situation arises where child support obligations have previously been set out in an agreement between the parents. While many of the same considerations apply to this situation that applied to the situation of a previous court order — e.g., the payor parent's expectation that his/her support obligations have been fully defined — the difference between an agreement and a court order cannot be ignored.

In *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24, and *Hartshorne v. Hartshorne*, [2004] 1 S.C.R. 550, 2004 SCC 22, I (along with Arbour J. in the former case) discussed the importance of encouraging spouses to resolve their own affairs, as well as the complementary importance of having courts defer to that resolution. These cases dealt with spousal support issues, but many of the same considerations apply in the child support context. Prolonged and adversarial litigation is

En résumé, le parent débiteur qui verse avec diligence la pension alimentaire fixée par le tribunal est présumé s'acquitter de son obligation alimentaire envers l'enfant. Le respect de l'ordonnance devrait offrir au parent débiteur prévisibilité et, dans une certaine mesure, certitude, pour la gestion de ses affaires. Toutefois, l'ordonnance ne le dispense pas — non plus que le parent créancier, d'ailleurs — de l'obligation de faire en sorte que l'enfant bénéficie toujours d'une pension alimentaire appropriée. L'importance de l'ordonnance initiale dans la définition des obligations des parents décline nécessairement lorsque la situation qui la sous-tend n'est plus la même. Le tribunal qui conclut que le parent débiteur a manqué à son obligation alimentaire pourra, sur le fondement de la *Loi sur le divorce* ou de la *Parentage and Maintenance Act*, modifier une ordonnance de façon rétroactive. Les sommes qui auraient dû être versées antérieurement seront alors recouvrables sans délai.

5.2.2.2 *Un accord est intervenu entre les parents*

La situation est semblable mais non identique lorsque les parents ont convenu dans un accord de leurs obligations alimentaires envers l'enfant. Bon nombre des considérations qui valent lorsqu'une ordonnance judiciaire a été rendue valent également dans ce cas — p. ex., l'attente du parent débiteur que son obligation alimentaire soit parfaitement délimitée — mais on ne peut faire abstraction de la différence entre un accord et une ordonnance judiciaire.

Dans les arrêts *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24 (de concert avec la juge Arbour), et *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550, 2004 CSC 22, j'ai signalé l'importance d'inciter les époux à régler leurs propres affaires et, corollairement, de faire preuve de déférence à l'endroit du règlement. Ces affaires portaient sur l'obligation alimentaire envers un époux, mais de nombreuses considérations s'appliquent également dans le contexte de l'obligation alimentaire envers l'enfant.

just as troubling — if not more so — in the child support context as in the spousal support context.

77

The fact that we are dealing with children must remain of primary significance in a court's analysis. Thus in the *Divorce Act*, Parliament has provided that a court may depart from the *Guidelines* if both parents consent, but only "if it is satisfied that reasonable arrangements have been made for the support of the child to whom the order relates": s. 15.1(7). What is "reasonable" will be determined with reference to the *Guidelines*: s. 15.1(8). Because of this, a payor parent who adheres to a separation agreement that has not been endorsed by a court should not have the same expectation that (s)he is fulfilling his/her legal obligations as does a payor parent acting pursuant to a court order.

78

In most circumstances, however, agreements reached by the parents should be given considerable weight. In so doing, courts should recognize that these agreements were likely considered holistically by the parents, such that a smaller amount of child support may be explained by a larger amount of spousal support for the custodial parent. Therefore, it is often unwise for courts to disrupt the equilibrium achieved by parents. However, as is the case with court orders, where circumstances have changed (or were never as they first appeared) and the actual support obligations of the payor parent have not been met, courts may order a retroactive award so long as the applicable statutory regime permits it: compare *C. (S.E.) v. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896.

79

Before concluding on this point, I should add that the award may or may not be considered a "variation" of a previous arrangement depending on the applicable legislative regime. This can have important implications on a court's jurisdiction to alter the *status quo*. For instance, the *Parentage and*

Il est tout aussi déplorable — sinon plus — que la procédure judiciaire relative à l'obligation alimentaire se prolonge et soit contradictoire dans le cas où un enfant est en cause que lorsqu'il s'agit d'un époux.

Le fait que des enfants sont en cause doit demeurer une considération primordiale de l'analyse du tribunal. Ainsi, dans la *Loi sur le divorce*, le législateur a prévu que le tribunal peut, avec le consentement des époux, déroger aux *Lignes directrices*, mais seulement « s'il est convaincu que des arrangements raisonnables ont été conclus pour les aliments de l'enfant visé par l'ordonnance » : par. 15.1(7). Le tribunal tient compte des *Lignes directrices* pour déterminer si les arrangements sont « raisonnables » : par. 15.1(8). Partant, le parent débiteur qui est partie à un accord de séparation non entériné par le tribunal ne peut donc être justifié de croire, au même titre que celui qui se conforme à une ordonnance judiciaire, qu'il s'acquitte de son obligation légale.

Toutefois, dans la plupart des cas, le tribunal devrait accorder un poids considérable à l'accord intervenu entre les parents. Il devrait reconnaître que cet accord a vraisemblablement été considéré dans sa globalité par les parents, de sorte qu'une pension alimentaire insuffisante pour l'enfant peut s'expliquer par une pension alimentaire plus élevée pour l'époux gardien. Il serait donc malavisé dans bien des cas de rompre l'équilibre établi par les parents. Cependant, comme dans le cas où une ordonnance judiciaire a été rendue, lorsque la situation a changé (ou qu'elle n'a jamais été celle perçue initialement) et que le parent débiteur ne s'est pas acquitté de son obligation alimentaire véritable, le tribunal peut rendre une ordonnance rétroactive pour autant que le régime législatif applicable le permette : comparer avec *C. (S.E.) c. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896.

Avant de conclure, je dois ajouter que, selon le régime législatif applicable, l'ordonnance peut être considérée ou non comme la « modification » d'un arrangement antérieur, ce qui peut avoir d'importantes répercussions sur le pouvoir du tribunal d'abolir le *statu quo*. La *Parentage and Maintenance Act*,

Maintenance Act differentiates agreements that were “filed” from those that were not. Agreements falling in the former category can only be varied when certain conditions exist, while courts appear to be free to make orders inconsistent with agreements falling in the latter category: see s. 18(2). Where the legislature accords agreements between parents a special status, courts must be attentive to it.

5.2.2.3 *Awarding Retroactive Support Where There Has Not Already Been a Court Order for Child Support to Be Paid*

Unlike the previous two situations, in this third one, the *status quo* does not involve any existing payment of child support. This fact immediately differentiates the present context in a very important way: absent special circumstances (e.g., hardship or *ad hoc* sharing of expenses with the custodial parent), it becomes unreasonable for the non-custodial parent to believe (s)he was acquitting him/herself of his/her obligations towards his/her children. The non-custodial parent’s interest in certainty is generally not very compelling here.

Jurisdiction to award retroactive child support in this circumstance is found in s. 15.1 of the *Divorce Act* and s. 16 of the *Parentage and Maintenance Act*. In the Alberta statute, the legislature simply decrees that an order may be made for payments for the maintenance of the child. Similarly, in the *Divorce Act*, Parliament allows a court to make “an order requiring a spouse to pay for the support of any or all children of the marriage”: s. 15.1(1). There is therefore no restriction in either statute as to the date from which the court may order that the award take effect.

In my view, the legislatures left it open for courts to enforce obligations that predate the order itself. This interpretation is consistent with the *Guidelines*, which are meant to “establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means

par exemple, réserve un sort différent à l’accord selon qu’il a été « déposé » ou non. Ce n’est qu’à certaines conditions que l’accord appartenant à la première catégorie peut être modifié, alors que le tribunal semble libre de rendre une ordonnance qui diffère de l’accord appartenant à la seconde : voir le par. 18(2). Si le législateur reconnaît un statut particulier à l’accord entre les parents, le tribunal doit en tenir compte.

5.2.2.3 *Le tribunal n’a pas ordonné le paiement d’une pension alimentaire pour l’enfant*

Contrairement aux deux situations analysées précédemment, dans la troisième, le statu quo n’implique pas la poursuite du versement d’une pension alimentaire pour l’enfant. D’emblée, cet élément distingue ce contexte de manière très importante : faute de circonstances exceptionnelles (p. ex., difficultés financières ou partage ponctuel des dépenses avec le parent gardien), le parent non gardien n’a pu raisonnablement croire qu’il s’acquittait de son obligation envers l’enfant. L’attente légitime du parent non gardien ne pèse généralement pas très lourd dans ce cas.

C’est l’article 15.1 de la *Loi sur le divorce* et l’art. 16 de la *Parentage and Maintenance Act* qui confèrent alors au tribunal le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l’enfant. La loi albertaine prévoit simplement que le tribunal peut rendre une ordonnance alimentaire au profit de l’enfant. De même, la *Loi sur le divorce* permet au tribunal de « rendre une ordonnance enjoignant à un époux de verser une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l’un d’eux » : par. 15.1(1). Ni l’une ni l’autre des lois ne comportent donc de restrictions quant à la date à partir de laquelle le tribunal peut donner effet à l’ordonnance.

Selon moi, les deux législateurs ont laissé au tribunal la possibilité de faire respecter une obligation antérieure à l’ordonnance elle-même. Cette interprétation est compatible avec les *Lignes directrices*, qui visent à « établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin

80

81

82

of both spouses after separation” (s. 1(a)). So long as the court is only enforcing an obligation that existed at the relevant time, and is therefore not making a retroactive order in the true sense, I see no reason why courts should be denied the option of making this sort of award.

de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation » (al. 1a)). Pour autant que le tribunal s’entienne au respect d’une obligation qui existait pendant la période en question et, par conséquent, ne prononce pas une ordonnance vraiment rétroactive, je ne vois pas pourquoi on devrait l’empêcher de rendre ce genre d’ordonnance.

83 It is true that the term “retroactively” is absent from s. 15.1 of the *Divorce Act*, while Parliament used this explicit wording to demonstrate its intention in s. 17. But I believe this drafting choice can be explained based on my reasoning above. Neither in the case of a retroactive variation order nor in the case of a retroactive original order is the court creating a new obligation for the payor parent and applying it after the fact. However, in the case of a retroactive variation order, the original order itself is indeed being varied retroactively: in the strictest, literal sense, the court order that stated a certain amount was due on a certain date is now being altered — after that date has passed — to state that a greater amount was due. The obligation to pay the greater amount was always present, but the original order had to be changed to reflect that. This feature is not present in the case of retroactive original orders. It is for this reason that I believe Parliament felt it unnecessary to resort to language permitting retroactivity.

Il est vrai que le terme « rétroactivement » n’est pas employé à l’art. 15.1 de la *Loi sur le divorce*, alors qu’il l’est à l’art. 17 pour exprimer l’intention du législateur. Je crois toutefois que le raisonnement qui précède peut expliquer ce choix des rédacteurs. Qu’il rende une ordonnance modificative ou une ordonnance initiale ayant un effet rétroactif, le tribunal n’impose pas une obligation nouvelle au parent débiteur en la faisant respecter après coup. Par contre, dans le premier cas, l’ordonnance initiale est effectivement modifiée de façon rétroactive : au sens littéral le plus strict, l’ordonnance qui prévoyait qu’une certaine somme était payable à une date donnée est modifiée — après cette date — de façon qu’elle prévoie qu’une somme plus élevée était exigible. L’obligation de verser la somme plus élevée a toujours existé, mais l’ordonnance initiale devait être modifiée pour les constater. Cette caractéristique est étrangère à une ordonnance initiale rétroactive. C’est pourquoi, à mon avis, le Parlement a jugé inutile d’utiliser un libellé autorisant l’effet rétroactif.

84 As is the case for awards varying existing court orders and awards altering previous child support agreements between the parents, courts will have the power to order original retroactive child support awards in appropriate circumstances.

Tout comme dans le cas d’une ordonnance modifiant une ordonnance ou un accord conclu par les parents pour les aliments de l’enfant, le tribunal aura, dans les cas qui s’y prêtent, le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire initiale ayant un effet rétroactif.

5.2.3 Specific Issues Affecting Retroactive Child Support Awards

5.2.3 Éléments ayant une incidence sur le prononcé d’une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l’enfant

85 Having established that courts will generally have jurisdiction to make retroactive child support awards, it remains to discuss a couple of issues that could curtail the power of judges to make such awards in specific circumstances.

Après avoir déterminé que le tribunal a généralement le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l’enfant, il convient d’examiner quelques éléments qui, dans certaines circonstances, pourraient restreindre ce pouvoir.

5.2.3.1 *Status of the Child*

A first circumstance is where an application is brought which concerns a child who is no longer eligible for support under the relevant scheme. While the federal and provincial regimes differ in how they classify children — the *Divorce Act* refers to a “child of the marriage” while the *Parentage and Maintenance Act* refers to children under 18 years of age — a problem will always arise where a retroactive award is being sought for a person for whom the court does not have jurisdiction to order child support.

The *Parentage and Maintenance Act* is clear in this regard, giving courts the power to order support only for children under the age of 18 or, for certain expenses, within the two years after they were incurred: see s. 16(3). This does not necessarily imply that those over the age of 18 will be ineligible for support. In *T. (P.) v. B. (R.)*, the Alberta Court of Appeal confirmed that such support may be available under the (now-repealed) *Maintenance Order Act*, R.S.A. 1980, c. M-1. Without commenting on the correctness of this decision — which was not the subject of argument in the present appeals — I will merely state that a person for whom support is being requested is obviously able to apply under any applicable statutory regime that provides for such an award. It then becomes a matter of statutory interpretation to determine whether retroactive support is contemplated by that statutory regime, keeping in mind that the provinces are never bound to mirror the statutory regime enacted by Parliament. But where support (including retroactive support) is only requested pursuant to the *Parentage and Maintenance Act*, a court will not have the jurisdiction to order support if the child in question was over 18 at the time the application was made, or if certain expenses occurred more than two years in the past.

5.2.3.1 *Statut de l'enfant*

Un premier cas à considérer est celui où la demande vise un enfant qui n'a plus droit aux aliments suivant le régime législatif applicable. Bien que les régimes fédéral et albertain qualifient différemment les enfants — la *Loi sur le divorce* renvoie aux « enfants à charge » et la *Parentage and Maintenance Act* aux enfants âgés de moins de 18 ans —, la demande d'une ordonnance rétroactive au profit d'une personne à l'égard de laquelle le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner le versement d'une pension alimentaire posera toujours un problème.

La *Parentage and Maintenance Act* est claire sur ce point : le tribunal a le pouvoir de prononcer une ordonnance alimentaire seulement au profit d'un enfant âgé de moins de 18 ans ou, en ce qui concerne certains frais, seulement si la demande est présentée dans les deux ans qui suivent la date à laquelle ils sont engagés (par. 16(3)). Il ne s'ensuit pas nécessairement que l'enfant de 18 ans ou plus n'a jamais droit à une pension alimentaire. Dans *T. (P.) c. B. (R.)*, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé qu'une pension pouvait lui être accordée sous le régime de la *Maintenance Order Act*, R.S.A. 1980, ch. M-1 (désormais abrogée). Sans me prononcer sur le bien-fondé de cette décision — qui n'a pas été citée en plaidoirie —, je dirai seulement que le bénéficiaire de la pension alimentaire éventuelle peut de toute évidence fonder sa demande sur tout régime législatif prévoyant l'octroi d'une telle pension alimentaire. La question de savoir si le régime en question permet le prononcé d'une ordonnance rétroactive relève dès lors de l'interprétation législative, étant entendu que les provinces ont toute liberté d'adopter un régime différent de celui établi par le Parlement. Toutefois, lorsque la demande d'ordonnance alimentaire (rétroactive ou non) se fonde uniquement sur la *Parentage and Maintenance Act*, le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner le versement d'une pension alimentaire lorsque l'enfant avait 18 ans ou plus au moment de la demande ou que plus de deux ans se sont écoulés depuis que les dépenses en cause ont été engagées.

86

87

88

The situation under the *Divorce Act* is more complex. Under s. 15.1(1), an order may be made that requires a parent to pay “for the support of any or all children of the marriage”. The term “child of the marriage” is defined in s. 2(1) as

a child of two spouses or former spouses who, at the material time,

- (a) is under the age of majority and who has not withdrawn from their charge, or
- (b) is the age of majority or over and under their charge but unable, by reason of illness, disability or other cause, to withdraw from their charge or to obtain the necessities of life;

The question then arises when the “material time” is for retroactive child support awards. If the “material time” is the time of the application, a retroactive child support award will only be available so long as the child in question is a “child of the marriage” when the application is made. On the other hand, if the “material time” is the time to which the support order would correspond, a court would be able to make a retroactive award so long as the child in question was a “child of the marriage” when increased support should have been due.

89

In their analysis of the *Guidelines*, J. D. Payne and M. A. Payne conclude that the “material time” is the time of the application: *Child Support Guidelines in Canada* (2004), at p. 44. I would agree. While the determination of whether persons stand “in the place of . . . parent[s]” is to be examined with regard to a past time, i.e., the time when the family functioned as a unit, this is because a textual and purposive analysis of the *Divorce Act* leads to this conclusion; but the same cannot be said about the “material time” for child support applications: see *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242, at paras. 33-37. An adult, i.e., one who is over the age of majority and is not dependent, is not the type of person for whom Parliament envisioned child support orders being made. This is true, whether or not this adult should have received greater amounts of child support earlier in his/her life. Child support is for children of the marriage, not adults who used to have that status.

La situation est plus complexe au regard de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe 15.1(1) dispose que le tribunal peut rendre une ordonnance enjoignant à un parent de verser « une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux ». Le terme « enfant à charge » est défini au par. 2(1) :

Enfant des deux époux ou ex-époux qui, à l'époque considérée, se trouve dans une des situations suivantes :

- a) il n'est pas majeur et est à leur charge;
- b) il est majeur et est à leur charge, sans pouvoir, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins.

La question se pose alors de savoir ce qu'il faut entendre par « époque considérée ». S'il s'agit de la date de la demande, seul l'enfant qui est alors un « enfant à charge » pourra bénéficier d'une ordonnance rétroactive. Par contre, si l'« époque considérée » correspond à la période pour laquelle l'ordonnance est demandée, le tribunal pourra ordonner le versement d'une pension alimentaire rétroactive si l'enfant était un « enfant à charge » lorsque la pension alimentaire d'un montant supérieur aurait été exigible.

Dans leur analyse des *Lignes directrices*, J. D. Payne et M. A. Payne concluent que l'« époque considérée » correspond au moment de la demande : *Child Support Guidelines in Canada* (2004), p. 44. Je suis d'accord. La question de savoir si une personne « tient lieu de parent » doit être examinée en fonction d'une période antérieure, soit l'époque où une cellule familiale était formée, car une analyse textuelle fondée sur l'objet de la *Loi sur le divorce* mène à cette conclusion. L'« époque considérée » n'est pas la même dans le cas d'une demande de pension alimentaire pour l'enfant : voir *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 33-37. L'adulte, c'est-à-dire une personne majeure qui n'est pas à charge, n'est pas de ceux pour lesquels le Parlement a envisagé le versement d'une pension alimentaire, qu'il ait eu droit ou non à une pension alimentaire plus élevée plus tôt dans sa vie. La pension alimentaire pour l'enfant est destinée à un enfant à charge, et non à un adulte qui a déjà été un enfant à charge.

Under both the *Parentage and Maintenance Act* and the *Divorce Act*, therefore, it will not always be possible for a court to enforce an unfulfilled child support obligation by the payor parent because of the limited enforcement jurisdiction of courts as conferred by statute.

5.2.3.2 *Federal Jurisdiction for Original Orders*

Federal authority over child support orders can be directly traced to its jurisdiction over divorce. Parliament is only able to legislate child support to the extent it is necessarily ancillary to its power over divorce: *Zacks*, at pp. 900-901. The question arises, therefore, as to whether a court acting pursuant to the federal *Divorce Act* has the jurisdiction to make a retroactive order for child support that predates the application for divorce.

The situations where retroactive support is sought can immediately be contrasted with those where prospective support is sought. In prospective cases, before an application for divorce is filed with the court, support should be sought under provincial law. This is because the federal power over child support only arises from the latter's relationship to an actual divorce and, before the divorce is granted, this jurisdiction does not arise. However, in retroactive cases, the matter is much simpler: in such cases, it is easy to know whether the divorce was ultimately granted. In practice, there is no difficulty ascertaining whether the federal jurisdiction had been triggered at the time of separation. Therefore, with the benefit of hindsight, a court properly seized of a child support dispute between divorced parents will have the jurisdiction to order retroactive support to be payable from a date preceding the application for divorce.

This position is consistent with the Alberta Court of Appeal's reasoning in *Hunt v. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229. In that case, Berger and Wittmann J.J.A. agreed that a court would have jurisdiction to order

Que ce soit en vertu de la *Parentage and Maintenance Act* ou de la *Loi sur le divorce*, le tribunal ne pourra donc pas toujours faire respecter l'obligation alimentaire du parent débiteur envers l'enfant, étant donné le pouvoir limité que lui confèrent ces lois en matière d'exécution.

5.2.3.2 *Compétence fédérale sur l'ordonnance initiale*

La compétence fédérale en matière d'ordonnances alimentaires au profit d'un enfant peut être directement rattachée à sa compétence sur le divorce. Le Parlement ne peut légiférer dans le domaine des pensions alimentaires pour enfants que si cela est nécessairement accessoire à sa compétence sur le divorce : *Zacks*, p. 900-901. On peut donc se demander si un tribunal appliquant la *Loi sur le divorce* a le pouvoir de rendre au profit d'un enfant une ordonnance alimentaire rétroagissant à une date antérieure à la demande de divorce.

On peut d'emblée distinguer entre la demande d'une pension alimentaire rétroactive et celle d'une pension pour l'avenir. Dans le second cas, avant qu'une instance de divorce ne soit engagée, la demande ressortit au droit provincial. En effet, la compétence fédérale en matière de pensions alimentaires pour enfants n'existe qu'en fonction du divorce, de sorte qu'elle ne peut être exercée avant le prononcé du divorce. Toutefois, la situation est beaucoup plus simple lorsqu'une pension rétroactive est sollicitée, car on peut facilement savoir si le divorce a finalement été prononcé. En pratique, on peut déterminer sans peine si la compétence fédérale était entrée en jeu au moment de la séparation. Par conséquent, avec le recul, un tribunal régulièrement saisi d'un litige opposant des parents divorcés au sujet du soutien alimentaire d'un enfant aura le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire prenant effet à une date antérieure à la demande de divorce.

Cette conclusion est compatible avec le raisonnement de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Hunt c. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229, où les juges Berger et Wittmann ont convenu que, sous le régime de la *Loi sur le divorce*,

90

91

92

93

retroactive support under the *Divorce Act* for a period pre-dating the petition for divorce; however, parents who did not wish to commence divorce proceedings would be left to apply under provincial law: para. 33. Payne and Payne also seem to recognize this jurisdiction, stating that a court “will not ordinarily make an order retroactive to a date prior to the commencement of the divorce proceeding” (p. 392 (emphasis added)). The nuance in their phrase is important: simply because courts have the constitutional authority to make such a retroactive award under the *Divorce Act* does not imply that they should regularly do so. As I will explain below, the presumptive date of retroactivity should not be the date of separation; but in certain circumstances, a court acting under the federal power will find it appropriate to make a child support order from this date, and it will have the jurisdiction to do so.

5.3 *Factors to Determine Whether Retroactive Child Support Should Be Ordered*

94 The foregoing analysis only confirms that courts ordering child support will generally have the power to order it retroactively. But having determined that a court may order a retroactive child support award, it becomes necessary to discuss when it should exercise that discretion.

95 It will not always be appropriate for a retroactive award to be ordered. Retroactive awards will not always resonate with the purposes behind the child support regime; this will be so where the child would get no discernible benefit from the award. Retroactive awards may also cause hardship to a payor parent in ways that a prospective award would not. In short, while a free-standing obligation to support one’s children must be recognized, it will not always be appropriate for a court to enforce this obligation once the relevant time period has passed.

96 Unlike prospective awards, retroactive awards can impair the delicate balance between certainty

le tribunal avait compétence pour rendre une ordonnance alimentaire s’appliquant antérieurement à la demande de divorce. Cependant, les parents qui ne souhaitent pas entamer une procédure de divorce n’ont d’autre choix que d’invoquer les dispositions provinciales : par. 33. Payne et Payne semblent eux aussi reconnaître cette compétence lorsqu’ils affirment qu’un tribunal [TRADUCTION] « ne rend habituellement pas une ordonnance rétroagissant à une date antérieure à l’instance en divorce » (p. 392 (je souligne)). La nuance est importante : ce n’est pas parce qu’il a le pouvoir constitutionnel de rendre une ordonnance rétroactive en vertu de la *Loi sur le divorce* que le tribunal doit le faire sur une base régulière. Comme je l’explique plus loin, la date à laquelle l’ordonnance est censée rétroagir n’est pas celle de la séparation. Or, dans certaines circonstances, le tribunal exerçant la compétence fédérale pourra juger approprié de donner effet à une ordonnance alimentaire au profit de l’enfant à compter de cette date et il aura le pouvoir de le faire.

5.3 *Critères permettant de déterminer s’il y a lieu de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l’enfant*

L’analyse qui précède confirme seulement que le tribunal qui rend une ordonnance alimentaire au profit d’un enfant a généralement le pouvoir de la faire rétroagir. Cette conclusion rend toutefois nécessaire l’examen des conditions auxquelles ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé.

L’ordonnance rétroactive n’est pas indiquée dans tous les cas. Elle n’est pas toujours au diapason des objectifs du régime de pensions alimentaires pour enfants, notamment lorsque l’enfant n’en tirerait aucun avantage tangible. En outre, l’ordonnance rétroactive peut causer au parent débiteur des difficultés financières que ne lui occasionnerait pas une ordonnance pour l’avenir. En somme, bien qu’il faille reconnaître que les parents ont en soi l’obligation de subvenir aux besoins de l’enfant, il n’est pas toujours opportun que le tribunal fasse respecter cette obligation rétroactivement.

Contrairement à l’ordonnance pour l’avenir, l’ordonnance rétroactive peut, dans ce domaine

and flexibility in this area of the law. As situations evolve, fairness demands that obligations change to meet them. Yet, when obligations appear to be settled, fairness also demands that they not be gratuitously disrupted. Prospective and retroactive awards are thus very different in this regard. Prospective awards serve to define a new and predictable *status quo*; retroactive awards serve to supplant it.

Lest I be interpreted as discouraging retroactive awards, I also want to emphasize that they need not be seen as exceptional. It cannot only be exceptional that children are returned the support they were rightly due. Retroactive awards may result in unpredictability, but this unpredictability is often justified by the fact that the payor parent chose to bring that unpredictability upon him/herself. A retroactive award can always be avoided by appropriate action at the time the obligation to pay the increased amounts of support first arose.

Before canvassing the myriad of factors that a court should consider before ordering a retroactive child support award, I also want to mention that 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.

I will now proceed to discuss the factors that a court should consider before awarding retroactive child support. None of these factors is decisive. For instance, it is entirely conceivable that retroactive support could be ordered where a payor parent engages in no blameworthy conduct. Thus, the British Columbia Court of Appeal has ordered retroactive support where an interim support award was based on incorrect financial information, even though the initial underestimate was honestly made: see *Tedham v. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R. (4th) 56, 2003 BCCA 600. At all times, a court should strive for a holistic view of the matter

du droit, rompre le subtil équilibre entre la certitude et la souplesse. Lorsque la situation change, l'équité commande que les obligations s'y adaptent. Néanmoins, lorsque les obligations semblent être bien établies, l'équité commande également qu'on ne les modifie pas sans raison. À cet égard, l'ordonnance pour l'avenir diffère donc considérablement de l'ordonnance rétroactive. L'ordonnance pour l'avenir donne naissance à une situation nouvelle et prévisible; l'ordonnance rétroactive la supprime.

De crainte de sembler décourager le prononcé d'une ordonnance rétroactive, j'ajoute qu'elle ne doit pas être tenue pour exceptionnelle. Il ne saurait être exceptionnel qu'un enfant se voie accorder rétrospectivement le soutien alimentaire auquel il avait droit. L'ordonnance rétroactive peut être source d'incertitude, mais celle-ci est souvent imputable au parent débiteur lui-même. Il peut toujours s'y soustraire en s'acquittant de son obligation de verser une prestation plus élevée dès qu'elle prend naissance.

Avant d'étudier la multitude d'éléments que doit prendre en compte le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant, je tiens à préciser qu'ils 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.

Je vais maintenant analyser les critères d'attribution d'une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant. Aucun d'eux n'est déterminant. Par exemple, il est tout à fait concevable de rendre une telle ordonnance lorsque le comportement du parent débiteur n'est pas répréhensible. Ainsi, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné le versement rétroactif d'une pension alimentaire au motif que l'ordonnance alimentaire provisoire avait été rendue sur le fondement de renseignements financiers inexacts, et ce, même si l'erreur — la sous-estimation — avait été involontaire : voir *Tedham c. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R.

97

98

99

and decide each case on the basis of its particular factual matrix.

5.3.1 Reasonable Excuse for Why Support Was Not Sought Earlier

100 The defining feature linking the present appeals is that an application for child support — either as an original order or a variation — could have been made earlier, but was not. The circumstances that surround the recipient's choice (if it was indeed a voluntary and informed one) not to apply for support earlier will be crucial in determining whether a retroactive award is justified.

101 Delay in seeking child support is not presumptively justifiable. At the same time, courts must be sensitive to the practical concerns associated with a child support application. They should not hesitate to find a reasonable excuse where the recipient parent harboured justifiable fears that the payor parent would react vindictively to the application to the detriment of the family. Equally, absent any such an anticipated reaction on the part of the payor parent, a reasonable excuse may exist where the recipient parent lacked the financial or emotional means to bring an application, or was given inadequate legal advice: see *Chrintz v. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 245. On the other hand, a recipient parent will generally lack a reasonable excuse where (s)he knew higher child support payments were warranted, but decided arbitrarily not to apply.

102 Not awarding retroactive child support where there has been unreasonable delay by the recipient parent responds to two important concerns. The first is the payor parent's interest in certainty. Generally, where the delay is attributable to unreasonableness on the part of the recipient parent, and not blameworthy conduct on the part of the payor parent, this interest in certainty will be compelling. Notably, the difference between a reasonable and unreasonable delay often is determined by the conduct of the *payor* parent. A payor parent who

(4th) 56, 2003 BCCA 600. Le tribunal doit toujours s'efforcer de considérer l'affaire dans son ensemble et statuer en fonction du contexte factuel propre à chaque espèce.

5.3.1 Motif valable d'avoir tardé à présenter la demande

La caractéristique essentielle commune aux pourvois est que la demande d'ordonnance alimentaire initiale ou modificative aurait pu être présentée plus tôt mais ne l'a pas été. Les circonstances dans lesquelles le parent créancier a omis (à supposer que sa décision ait été volontaire et éclairée) de présenter plus tôt sa demande sont cruciales pour déterminer si une pension alimentaire rétroactive est justifiée.

On ne peut présumer de la justification du retard. Par contre, le tribunal doit se montrer sensible aux craintes d'ordre pratique associées à une telle démarche. Il ne devrait pas hésiter à considérer comme un motif valable la peur légitime du parent créancier que le parent débiteur réagisse de manière vindicative à la demande et ce, au détriment de la famille. De même, en l'absence d'une telle appréhension, le fait que le parent créancier n'a pas été financièrement ou émotionnellement en mesure de présenter une demande ou qu'il a été mal conseillé sur le plan juridique peut constituer un motif valable : voir *Chrintz c. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 245. Par ailleurs, le parent créancier n'avait pas de motif valable s'il savait qu'un montant supérieur était exigible, mais qu'il a arbitrairement décidé de ne pas présenter de demande.

Le refus de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive lorsque le parent créancier a tardé sans motif valable à présenter sa demande tient compte de deux préoccupations importantes, la première étant la certitude du parent débiteur. Généralement, lorsque le retard est dû au comportement critiquable du parent créancier, et non au comportement répréhensible du parent débiteur, le poids accordé à cette certitude est important. En fait, le comportement du parent *débiteur* déterminera souvent si le retard est justifié ou non. Le parent débiteur qui

informs the recipient parent of income increases in a timely manner, and who does not pressure or intimidate him/her, will have gone a long way towards ensuring that any subsequent delay is characterized as unreasonable: compare *C. (S.E.) v. G. (D.C.)*. In this context, a recipient parent who accepts child support payments without raising any problem invites the payor parent to feel that his/her obligations have been met.

The second important concern is that recipient parents not be encouraged to delay in seeking the appropriate amount of support for their children. From a child's perspective, a retroactive award is a poor substitute for past obligations not met. Recipient parents must act promptly and responsibly in monitoring the amount of child support paid: see *Passero v. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL) (Gen. Div.). Absent a reasonable excuse, uncorrected deficiencies on the part of the payor parent that are known to the recipient parent represent the failure of *both* parents to fulfill their obligations to their children.

In deciding that unreasonable delay militates against a retroactive child support award, I am keeping in mind this Court's jurisprudence that child support is the right of the child and cannot be waived by the recipient parent: *Richardson*, at p. 869. In fact, I am not suggesting that unreasonable delay by the recipient parent has the effect of eliminating the payor parent's obligation. Rather, unreasonable delay by the recipient parent is merely a factor to consider in deciding whether a court should exercise its discretion in ordering a retroactive award. This factor gives judges the opportunity to examine the balance between the payor parent's interest in certainty and fairness to his/her children, and to determine the most appropriate course of action on the facts.

5.3.2 Conduct of the Payor Parent

This factor approaches the same concerns as the last one from the opposite perspective. Just as the payor parent's interest in certainty is most compelling where the recipient parent delayed

informe en temps utile le parent créancier de l'augmentation de son revenu et qui ne fait pas pression sur lui ni ne l'intimide s'expose moins à ce qu'un retard subséquent soit tenu pour justifié : comparer avec *C. (S.E.) c. G. (D.C.)*. Dans ce contexte, le parent créancier qui accepte sans broncher une prestation alimentaire pour l'enfant incite le parent débiteur à croire qu'il s'acquitte de son obligation.

La deuxième préoccupation importante est de ne pas encourager les parents à différer la demande d'une pension alimentaire convenable pour l'enfant. Pour ce dernier, une ordonnance rétroactive est un piètre substitut au respect d'une obligation antérieure. Le parent créancier doit faire diligence et agir de façon responsable pour que l'enfant bénéficie de la somme à laquelle il a droit : voir *Passero c. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL) (Div. gén.). À défaut d'un motif valable, le versement d'une prestation insuffisante, lorsque le parent créancier est au courant de l'inadéquation, constitue un manquement des *deux* parents à leurs obligations envers l'enfant.

La conclusion qu'un retard injustifié milite contre le prononcé d'une ordonnance alimentaire rétroactive tient compte de la jurisprudence de notre Cour selon laquelle les aliments sont un droit de l'enfant auquel le parent créancier ne peut renoncer : *Richardson*, p. 869. Je ne dis pas que le retard injustifié du parent créancier libère le parent débiteur de son obligation. Ce n'est que l'un des éléments devant être pris en compte par le tribunal pour décider s'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et rendre une ordonnance alimentaire rétroactive. Cet élément lui permet d'examiner l'équilibre entre la certitude du parent débiteur et l'équité envers l'enfant, puis d'arrêter la meilleure solution dans les circonstances de l'espèce.

5.3.2 Comportement du parent débiteur

Les préoccupations en cause sont les mêmes que pour le critère précédent, mais du point de vue opposé. Tout comme elle a plus de poids lorsque le parent créancier tarde sans motif valable à

103

104

105

unreasonably in seeking an award, the payor parent's interest in certainty is least compelling where (s)he engaged in blameworthy conduct. Put differently, this factor combined with the last establish that each parent's behaviour should be considered in determining the appropriate balance between certainty and flexibility in a given case.

106 Courts should not hesitate to take into account a payor parent's blameworthy conduct in considering the propriety of a retroactive award. Further, I believe courts should take an expansive view of what constitutes blameworthy conduct in this context. I would characterize as blameworthy conduct anything that privileges the payor parent's own interests over his/her children's right to an appropriate amount of support. A similar approach was taken by the Ontario Court of Appeal in *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561, at para. 85, where children's broad "interests" — rather than their "right to an appropriate amount of support" — were said to require precedence; however, I have used the latter wording to keep the focus specifically on parents' support obligations. Thus, a payor parent cannot hide his/her income increases from the recipient parent in the hopes of avoiding larger child support payments: see *Hess v. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Whitton v. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *S. (L.)*. A payor parent cannot intimidate a recipient parent in order to dissuade him/her from bringing an application for child support: see *Dahl v. Dahl* (1995), 178 A.R. 119 (C.A.). And a payor parent cannot mislead a recipient parent into believing that his/her child support obligations are being met when (s)he knows that they are not.

107 No level of blameworthy behaviour by payor parents should be encouraged. Even where a payor parent does nothing active to avoid his/her obligations, (s)he might still be acting in a blameworthy manner if (s)he consciously chooses to ignore them. Put simply, a payor parent who knowingly avoids or diminishes his/her support obligation to his/her children should not be allowed to profit from such

présenter sa demande, la certitude du parent débiteur perd de son importance lorsque ce dernier a eu un comportement répréhensible. En d'autres termes, il appert de ce critère et du précédent que le comportement de chacun des parents doit être pris en compte pour établir un équilibre adéquat entre la certitude et la souplesse.

Le tribunal ne doit pas hésiter à tenir compte du comportement répréhensible du parent débiteur pour décider de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive. De plus, j'estime qu'en matière d'obligation alimentaire, il doit interpréter largement la notion de comportement répréhensible. Je qualifierais donc de répréhensible tout acte du parent débiteur qui tend à faire passer ses intérêts avant le droit de l'enfant à une pension alimentaire d'un montant approprié. La démarche de la Cour d'appel de l'Ontario a été semblable dans l'arrêt *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561, où elle a indiqué au par. 85 que les « intérêts » généraux des enfants — au lieu de leur « droit à une pension alimentaire d'un montant approprié » — devaient primer (j'emploie la seconde expression pour mettre l'accent sur l'obligation alimentaire des parents). Le parent débiteur ne peut donc dissimuler l'augmentation de son revenu au parent créancier dans l'espoir de se soustraire au paiement d'une prestation plus élevée : voir *Hess c. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22 (C. Ont. (Div. gén.)); *Whitton c. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *S. (L.)*. Le parent débiteur ne peut intimider le parent créancier pour le dissuader de demander une pension alimentaire pour l'enfant : voir *Dahl c. Dahl* (1995), 178 A.R. 119 (C.A.). Et le parent débiteur ne peut induire en erreur le parent créancier en lui faisant croire à tort qu'il satisfait à son obligation alimentaire à l'égard de l'enfant.

Nul comportement répréhensible du parent débiteur ne devrait être encouragé. Même lorsqu'il n'accomplit rien de concret pour se soustraire à son obligation, le parent débiteur peut avoir un comportement répréhensible s'il fait délibérément abstraction de celle-ci. Bref, le parent débiteur qui, sciemment, se dérobe à son obligation alimentaire envers l'enfant ou verse une prestation insuffisante

conduct: see *A. (J.) v. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 208-9; *Chrintz*.

On the other hand, a payor parent who does not increase support payments automatically is not necessarily engaging in blameworthy behaviour. Whether a payor parent is engaging in blameworthy conduct is a subjective question. But I would not deny that objective indicators remain helpful in determining whether a payor parent is blameworthy. For instance, the existence of a reasonably held belief that (s)he is meeting his/her support obligations may be a good indicator of whether or not the payor parent is engaging in blameworthy conduct. In this context, a court could compare how much the payor parent should have been paying and how much (s)he actually did pay; generally, the closer the two amounts, the more reasonable the payor parent's belief that his/her obligations were being met. Equally, where applicable, a court should consider the previous court order or agreement that the payor parent was following. Because the order (and, usually, the agreement) is presumed valid, a payor parent should be presumed to be acting reasonably by conforming to the order. However, this presumption may be rebutted where a change in circumstances is shown to be sufficiently pronounced that the payor parent was no longer reasonable in relying on the order and not disclosing a revised ability to pay.

Finally, I should also mention that the conduct of the payor parent could militate against a retroactive award. A court should thus consider whether conduct by the payor parent has had the effect of fulfilling his/her support obligation. For instance, a payor parent who contributes for expenses beyond his/her statutory obligations may have met his/her increased support obligation indirectly. I am not suggesting that the payor parent has the right to choose how the money that should be going to child support is to be spent; it is not for the payor parent to decide that his/her support obligation can be acquitted by buying his/her child a new bicycle: see *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), at paras. 79-80. But having regard to all the circumstances, where it appears to a court that

ne devrait pas pouvoir tirer avantage d'un tel comportement : voir *A. (J.) c. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 208-209; *Chrintz*.

Par contre, le parent débiteur qui n'augmente pas automatiquement le montant de la pension alimentaire n'agit pas nécessairement de manière répréhensible. La subjectivité entre en ligne de compte, mais je ne nie pas l'utilité d'indices objectifs pour trancher la question. Par exemple, la croyance légitime du parent débiteur qu'il s'acquitte de son obligation alimentaire peut constituer un bon indice du caractère non répréhensible de son comportement. Dans un tel contexte, le tribunal pourrait comparer le montant qu'il aurait dû verser et celui qu'il a réellement versé; en général, moins l'écart est grand, plus est légitime la croyance de s'acquitter de son obligation. De même, le tribunal devrait, le cas échéant, tenir compte de tout accord ou ordonnance auquel le parent débiteur s'est conformé. Étant donné que l'ordonnance (tout comme l'accord, en général) est tenue pour valide, il faut présumer que le parent débiteur agit de manière raisonnable en s'y soumettant. Cette présomption peut toutefois être réfutée s'il est établi que la situation a suffisamment changé pour que le parent débiteur ne puisse plus légitimement croire qu'il lui suffit de respecter l'ordonnance pour s'acquitter de son obligation, sans signaler l'accroissement de ses ressources.

Enfin, je mentionne également que le comportement du parent débiteur peut militer contre une ordonnance rétroactive. Le tribunal doit donc déterminer si, au vu de son comportement, le parent débiteur a rempli son obligation alimentaire. Par exemple, le parent débiteur qui participe à certaines dépenses au-delà de ce que prévoit une ordonnance ou un accord peut s'acquitter indirectement de son obligation de verser une pension alimentaire plus élevée. Ce n'est pas que le parent débiteur puisse décider à son gré des postes de dépenses; il ne lui appartient pas de satisfaire à son obligation alimentaire en achetant une nouvelle bicyclette à l'enfant : voir *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), par. 79-80. Mais lorsque, compte tenu de toutes les circonstances, le tribunal

the payor parent has contributed to his/her child's support in a way that satisfied his/her obligation, no retroactive support award should be ordered.

5.3.3 Circumstances of the Child

110 A retroactive award is a poor substitute for an obligation that was unfulfilled at an earlier time. Parents must endeavour to ensure that their children receive the support they deserve when they need it most. But because this will not always be the case with a retroactive award, courts should consider the present circumstances of the child — as well as the past circumstances of the child — in deciding whether such an award is justified.

111 A child who is currently enjoying a relatively high standard of living may benefit less from a retroactive award than a child who is currently in need. As I mentioned earlier, it is a core principle of child support that, after separation, a child's standard of living should approximate as much as possible the standard (s)he enjoyed while his/her parents were together. Yet, this kind of entitlement is impossible to bestow retroactively. Accordingly, it becomes necessary to consider other factors in order to assess the propriety of a retroactive award. Put differently, because the child must always be the focus of a child support analysis, I see no reason to abstract from his/her present situation in determining if a retroactive award is appropriate.

112 Consideration of the child's present circumstances remains consistent with the statutory scheme. While Parliament has moved away from a need-based perspective in child support, it has still generally retained need as a relevant consideration in circumstances where a court's discretion is being exercised: see ss. 3(2)(b), 4(b)(ii) and 9(c) of the *Guidelines*. Some provinces, like Quebec, even provide courts with discretion to alter default child support arrangements, within defined limits, on the basis of need: see art. 587.1 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Unless the applicable regime eliminates need as a consideration in discretionary child support awards altogether, I believe

estime que la contribution du parent débiteur lui a permis de s'acquitter de son obligation alimentaire, nulle ordonnance alimentaire rétroactive ne devrait être rendue.

5.3.3 Situation de l'enfant

L'ordonnance rétroactive est un piètre substitut au respect d'une obligation antérieure. Les parents doivent veiller à ce que l'enfant touche la somme à laquelle il a droit lorsqu'il en a le plus besoin. Mais comme l'ordonnance rétroactive ne permettra pas toujours d'atteindre cet objectif, le tribunal doit tenir compte de la situation actuelle de l'enfant — et de sa situation antérieure — pour décider de l'opportunité d'une telle mesure.

L'enfant qui jouit actuellement d'un niveau de vie relativement élevé bénéficiera moins d'une ordonnance rétroactive que celui qui se trouve actuellement dans le besoin. Je le répète, un principe fondamental veut que, dans la mesure du possible, le niveau de vie de l'enfant demeure le même après la séparation des parents. Or, le respect de ce principe ne saurait être assuré rétroactivement. C'est pourquoi l'examen d'autres critères s'impose pour décider de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive. En d'autres termes, puisque l'enfant doit toujours être au centre de l'analyse relative aux aliments auxquels il a droit, je ne vois aucune raison de ne pas considérer sa situation actuelle pour décider s'il y a lieu ou non de prononcer une ordonnance rétroactive.

L'examen de la situation actuelle de l'enfant demeure compatible avec le régime législatif. Le législateur a abandonné le modèle axé sur les besoins de l'enfant pour la fixation du montant de la pension alimentaire, mais il estime généralement que ces besoins sont toujours une considération pertinente lorsque le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire : voir les al. 3(2)b) et 9c) et le sous-al. 4b)(ii) des *Lignes directrices*. Certaines provinces, dont le Québec, confèrent même au tribunal le pouvoir discrétionnaire de modifier, dans certaines limites précises, un arrangement relatif aux aliments de l'enfant en fonction des besoins du bénéficiaire : voir l'art. 587.1 du *Code civil du Québec*,

it remains useful to retain this factor when courts consider retroactive awards.

Because the awards contemplated are retroactive, it is also worth considering the child's needs at the time the support should have been paid. A child who underwent hardship in the past may be compensated for this unfortunate circumstance through a retroactive award. On the other hand, the argument for retroactive child support will be less convincing where the child already enjoyed all the advantages (s)he would have received had both parents been supporting him/her: see *S. (L.)*. This is not to suggest that the payor parent's obligation will disappear where his/her children do not "need" his/her financial support. Nor do I believe trial judges should delve into the past to remedy all old familial injustices through child support awards; for instance, hardship suffered by other family members (like recipient parents forced to make additional sacrifices) are irrelevant in determining whether retroactive support should be owed to the child. I offer these comments only to state that the hardship suffered by children can affect the determination of whether the unfulfilled obligation should be enforced for their benefit.

5.3.4 Hardship Occasioned by a Retroactive Award

While the *Guidelines* already detail the role of undue hardship in determining the quantum of a child support award, a broad consideration of hardship is also appropriate in determining whether a retroactive award is justified.

There are various reasons why retroactive awards could lead to hardship in circumstances where a prospective award would not. For instance, the quantum of retroactive awards is usually based on past income rather than present income; in other

L.Q. 1991, ch. 64. À moins que le régime applicable ne les écarte purement et simplement des éléments à considérer pour rendre une ordonnance alimentaire discrétionnaire au profit de l'enfant, j'estime que les besoins demeurent pertinents pour statuer sur une demande d'ordonnance rétroactive.

Vu le caractère rétroactif des ordonnances envisagées en l'espèce, il vaut aussi la peine d'examiner les besoins de l'enfant à l'époque où la pension réclamée aurait dû être versée. L'enfant qui a connu des difficultés dans le passé peut obtenir réparation grâce à une ordonnance rétroactive. Par contre, une telle ordonnance est plus difficile à justifier dans le cas où l'enfant a bénéficié de tous les avantages qu'il aurait obtenus si les deux parents avaient subvenu à ses besoins : voir *S. (L.)*. Cela ne veut pas dire que l'obligation du parent débiteur disparaît lorsque l'enfant n'a pas « besoin » de son aide financière. Je ne crois pas non plus que le tribunal de première instance doive revenir en arrière pour corriger toute injustice familiale au moyen d'une pension alimentaire. Par exemple, les difficultés éprouvées par d'autres membres de la famille (comme les sacrifices supplémentaires que le parent créancier a dû consentir) ne sont pas pertinentes pour décider de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de la pension alimentaire accordée pour l'enfant. Mes remarques visent uniquement à préciser que les difficultés de l'enfant peuvent influencer sur la décision de faire respecter ou non à son bénéfice l'obligation dont son père ou sa mère a omis de s'acquitter.

5.3.4 Difficultés occasionnées par une ordonnance rétroactive

Bien que les *Lignes directrices* prévoient déjà en détail l'incidence des difficultés excessives sur le montant de la pension alimentaire pour l'enfant, il convient également d'examiner les difficultés généralement susceptibles de découler d'une ordonnance rétroactive pour décider de son opportunité.

Une ordonnance rétroactive peut parfois causer des difficultés que ne causerait pas une ordonnance pour l'avenir, et ce, pour différentes raisons. Par exemple, on établit habituellement le montant de l'ordonnance rétroactive en fonction du revenu

113

114

115

words, unlike prospective awards, the calculation of retroactive awards is not intrinsically linked to what the payor parent can currently afford. As well, payor parents may have new families, along with new family obligations to meet. On this point, courts should recognize that hardship considerations in this context are not limited to the payor parent: it is difficult to justify a retroactive award on the basis of a “children first” policy where it would cause hardship for the payor parent’s other children. In short, retroactive awards disrupt payor parents’ management of their financial affairs in ways that prospective awards do not. Courts should be attentive to this fact.

116 I agree with Paperny J.A., who stated in *D.B.S.* that courts should attempt to craft the retroactive award in a way that minimizes hardship (paras. 104 and 106). Statutory regimes may provide judges with the option of ordering the retroactive award as a lump sum, a series of periodic payments, or a combination of the two: see, e.g., s. 11 of the *Guidelines*. But I also recognize that it will not always be possible to avoid hardship. While hardship for the payor parent is much less of a concern where it is the product of his/her own blameworthy conduct, it remains a strong one where this is not the case.

5.4 *Determining the Amount of a Retroactive Child Support Award*

117 Once a court determines that a retroactive child support award should be ordered, it must decide the amount of that award. There are two elements to this decision: first, the court must decide the date to which the award should be retroactive, and second, the court must decide the amount of support that would adequately quantify the payor parent’s deficient obligations during that time. I will consider each issue in turn.

5.4.1 Date of Retroactivity

118 Having established that a retroactive award is due, a court will have four choices for the date to

antérieur, et non du revenu actuel; en d’autres termes, contrairement à ce qui est le cas pour l’ordonnance pour l’avenir, le montant de la pension rétroactive n’est pas intrinsèquement lié aux ressources actuelles du parent débiteur. De même, le parent débiteur peut avoir une nouvelle famille et, par conséquent, d’autres obligations familiales. Le tribunal doit reconnaître que, dans ce contexte, les difficultés considérées ne touchent pas uniquement le parent débiteur : il est ardu de justifier par le principe de la priorité aux enfants l’ordonnance rétroactive qui cause des difficultés aux autres enfants du parent débiteur. Bref, l’ordonnance rétroactive se distingue de l’ordonnance prospective par la manière dont elle perturbe la gestion des finances du parent débiteur. Le tribunal doit en tenir compte.

Je conviens avec la juge Paperny que le tribunal doit formuler l’ordonnance rétroactive de manière à réduire le plus possible les difficultés (*D.B.S.*, par. 104 et 106). Le régime législatif peut permettre au tribunal de prévoir que le montant de l’ordonnance alimentaire rétroactive sera versé sous forme de capital ou de pension, ou les deux : voir, p. ex., l’art. 11 des *Lignes directrices*. Je reconnais qu’il n’est pas toujours possible d’éviter les difficultés. Celles occasionnées au parent débiteur sont beaucoup moins préoccupantes lorsqu’elles découlent de son comportement répréhensible, mais elles demeurent une préoccupation majeure, surtout lorsqu’elles ne lui sont pas imputables.

5.4 *Détermination du montant de la pension alimentaire rétroactive*

Une fois que le tribunal a conclu qu’il convient d’accorder une pension alimentaire rétroactive pour l’enfant, il doit en déterminer le montant. Sa démarche comporte deux volets. Premièrement, il doit arrêter la date à partir de laquelle s’appliquera l’ordonnance. Deuxièmement, il doit évaluer de manière précise l’obligation dont ne s’est pas acquitté le parent débiteur pendant la période ainsi délimitée. J’examinerai ces volets à tour de rôle.

5.4.1 Date de rétroactivité

Après avoir déterminé qu’une pension alimentaire rétroactive est exigible, le tribunal peut choisir

which the award should be retroactive: the date when an application was made to a court; the date when formal notice was given to the payor parent; the date when effective notice was given to the payor parent; and the date when the amount of child support should have increased. For the reasons that follow, I would adopt the date of effective notice as a general rule.

Separation is a difficult time for families. But especially when the interests of children are at stake, it is vital that parents resolve matters arising out of separation promptly. The *Guidelines* and similar provincial schemes facilitate this task by providing a measure of consistency and predictability in child support matters. Still, as I have noted above, these child support regimes do not go so far as to provide for automatically enforceable support orders. Whether dealing with an original order, or circumstances that may merit a variation, the responsibility always lies with parents to negotiate the issue honestly and openly, with the best interests of their children in mind.

Disputes surrounding retroactive child support will generally arise when informal attempts at determining the proper amount of support have failed. Yet, this does not mean that formal recourse to the judicial system should have been sought earlier. To the contrary, litigation can be costly and hostile, with the ultimate result being that fewer resources — both financial and emotional — are available to help the children when they need them most. If parents are to be encouraged to resolve child support matters efficiently, courts must ensure that parents are not penalized for treating judicial recourse as a last resort. Accordingly, the first two start dates for retroactive awards — i.e., the date of application to court and the date of formal notice — ought not be used. So long as the enforcement of child support obligations is triggered by formal legal measures, a perverse incentive is created for recipient parents to avoid the informal resolution of their disputes: *MacNeal v. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Steinhuebl v. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683 (C.A.). A recipient parent should not have to sacrifice his/her claim for support (or increased support) during the

entre quatre moments celui à partir duquel s'appliquera l'ordonnance : la date de la demande, celle de l'avis formel au parent débiteur, celle de l'information réelle du parent débiteur et celle où le montant de la pension alimentaire aurait dû être majoré. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la date de l'information réelle devrait généralement être retenue.

La séparation est une épreuve pour la famille. Toutefois, il est essentiel que les parents règlent sans tarder les modalités de leur séparation, surtout lorsqu'ils ont des enfants dont les intérêts sont en jeu. Les *Lignes directrices* et les dispositions provinciales apparentées facilitent leur tâche en offrant, dans une certaine mesure, uniformité et prévisibilité en la matière. Néanmoins, je l'ai déjà fait remarquer, elles ne vont pas jusqu'à prévoir une ordonnance alimentaire automatiquement exécutoire. Qu'il s'agisse d'obtenir une ordonnance initiale ou modificative, les parents ont toujours l'obligation de négocier avec honnêteté et transparence en se souciant de l'intérêt de l'enfant.

La question de la rétroactivité éventuelle de la pension alimentaire pour l'enfant ne se posera généralement qu'après l'échec de tentatives informelles d'en établir le juste montant. Cela ne signifie pas pour autant qu'un recours judiciaire aurait dû être exercé plus tôt. Au contraire, une instance peut être coûteuse, ouvrir les hostilités et faire en sorte, au bout du compte, que les parents disposent de moins de ressources financières et émotionnelles au moment où les enfants en ont le plus besoin. Pour inciter les parents à régler au mieux les questions relatives au soutien alimentaire de l'enfant, le tribunal ne doit pas les pénaliser s'ils optent pour la voie judiciaire en dernier recours. C'est pourquoi l'ordonnance ne devrait pas rétroagir à la date de la demande ou de l'avis formel. Faire dépendre l'obligation alimentaire d'une démarche judiciaire formelle aurait l'effet indésirable d'inciter le parent créancier à ne pas tenter de régler le différend de façon informelle : *MacNeal c. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235 (C. Ont. (Div. gén.)); *Steinhuebl c. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683 (C.A.). Le parent créancier ne devrait pas avoir à sacrifier son droit à la pension alimentaire (ou à sa majoration) pendant

months when (s)he engages in informal negotiation: *Chrintz*; see *Dickie v. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343 (Ont. S.C.J.).

121 Choosing the date of effective notice as a default option avoids this pitfall. By “effective notice”, I am referring to any indication by the recipient parent that child support should be paid, or if it already is, that the current amount of child support needs to be re-negotiated. Thus, effective notice does not require the recipient parent to take any legal action; all that is required is that the topic be broached. Once that has occurred, the payor parent can no longer assume that the *status quo* is fair, and his/her interest in certainty becomes less compelling.

122 Accordingly, by awarding child support from the date of effective notice, a fair balance between certainty and flexibility is maintained. Awaiting legal action from the recipient parent errs too far on the side of the payor parent’s interest in certainty, while awarding retroactive support from the date it could have been claimed originally erodes this interest too much. Knowing support is related to income, the payor parent will generally be reasonable in thinking that his/her child’s entitlements are being met where (s)he has honestly disclosed his/her circumstances and the recipient parent has not raised the issue of child support.

123 Once the recipient parent raises the issue of child support, his/her responsibility is not automatically fulfilled. Discussions should move forward. If they do not, legal action should be contemplated. While the date of effective notice will usually signal an effort on the part of the recipient parent to alter the child support situation, a prolonged period of inactivity after effective notice may indicate that the payor parent’s reasonable interest in certainty has returned. Thus, even if effective notice has already been given, it will usually be inappropriate to delve too far into the past. The federal regime appears to have contemplated this issue by limiting a recipient parent’s request for historical

la période de négociation informelle : *Chrintz*; voir *Dickie c. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343 (C.S.J. Ont.).

Prévoir que l’ordonnance rétroagit de prime abord à la date de l’information réelle permet d’éviter ce piège. J’entends par « information réelle » toute indication du parent créancier qu’une pension alimentaire devrait lui être versée pour l’enfant ou, s’il en touche déjà une, que son montant devrait être révisé. Par conséquent, l’information réelle ne suppose pas l’exercice d’un recours judiciaire par le parent créancier; il suffit que le sujet ait été abordé. Une fois informé, le parent débiteur ne peut plus tenir le statu quo pour équitable, de sorte que sa certitude pèse moins dans la balance.

C’est pourquoi une ordonnance alimentaire rétroagissant à la date de l’information réelle établit un juste équilibre entre la certitude et la souplesse. Faire rétroagir l’ordonnance au moment où le parent créancier emprunte la voie judiciaire ferait trop pencher la balance en faveur de la certitude, et la faire rétroagir à la date à laquelle la demande aurait pu initialement être présentée y porterait indûment atteinte. Comme il sait que le montant de la pension alimentaire dépend du revenu, le parent débiteur aura généralement raison de croire qu’il s’est acquitté de son obligation envers l’enfant lorsqu’il aura informé le parent créancier de sa situation avec honnêteté et que ce dernier n’aura pas abordé la question de la pension alimentaire.

Le parent créancier qui soulève la question de la pension alimentaire n’est pas pour autant libéré de son obligation. Les discussions doivent progresser, sinon une action en justice doit être envisagée. La date de l’information réelle marquera habituellement la prise d’une mesure par le parent créancier pour remédier à la situation, mais une longue période d’inaction pourra de nouveau conforter le parent débiteur dans sa certitude. Ainsi, même lorsqu’il y aura eu information réelle, il ne sera habituellement pas indiqué de remonter trop loin en arrière. Le législateur fédéral semble avoir prévu le coup en faisant porter sur les trois dernières années les renseignements financiers dont

income information to a three-year period: see s. 25(1)(a) of the *Guidelines*. In general, I believe the same rough guideline can be followed for retroactive awards: it will usually be inappropriate to make a support award retroactive to a date more than three years before formal notice was given to the payor parent.

The date when increased support should have been paid, however, will sometimes be a more appropriate date from which the retroactive order should start. This situation can most notably arise where the payor parent engages in blameworthy conduct. Once the payor parent engages in such conduct, there can be no claim that (s)he reasonably believed his/her child's support entitlement was being met. This will not only be the case where the payor parent intimidates and lies to the recipient parent, but also where (s)he withholds information. 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.

The proper approach can therefore be summarized in the following way: payor parents will have their interest in certainty protected only up to the point when that interest becomes unreasonable. In the majority of circumstances, that interest will be reasonable up to the point when the recipient parent broaches the subject, up to three years in the past. However, in order to avoid having the presumptive date of retroactivity set prior to the date of effective notice, the payor parent must act responsibly: (s)he must disclose the material change in circumstances to the recipient parent. Where the payor parent does not do so, and thus engages in blameworthy behaviour, I see no reason to continue to protect his/her interest in certainty beyond the date when circumstances changed materially. A payor parent should not be permitted to profit from his/her wrongdoing.

le parent créancier peut demander la communication : voir l'al. 25(1)a des *Lignes directrices*. En général, j'estime que la même règle vaut grosso modo pour l'ordonnance rétroactive : il est généralement inopportun de faire rétroagir l'ordonnance à plus de trois ans avant l'information réelle du parent débiteur.

Dans certains cas, il y a toutefois lieu de faire rétroagir l'ordonnance alimentaire à la date à laquelle la prestation aurait dû être majorée. Cela peut particulièrement être indiqué lorsque le parent débiteur s'est comporté de manière répréhensible, ce dernier ne pouvant prétendre avoir cru légitimement s'être acquitté de son obligation alimentaire envers l'enfant. Le parent débiteur a un comportement répréhensible non seulement lorsqu'il intimide le parent créancier et lui ment, mais aussi lorsqu'il omet de lui communiquer des renseignements. 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.

En résumé, l'approche qui convient est donc la suivante. La certitude du parent débiteur pèse dans la balance tant qu'elle est légitime. Dans la plupart des cas, elle cesse de l'être lorsque le parent créancier aborde le sujet, et ce, jusqu'à concurrence des trois dernières années. Toutefois, afin que la date de rétroactivité présumée ne soit pas antérieure à la date de l'information réelle, le parent débiteur doit agir de manière responsable en signalant au parent créancier le changement important dans sa situation. S'il ne le fait pas et, de ce fait, se comporte de manière répréhensible, je ne vois aucune raison de respecter sa certitude au-delà de la date du changement important. Le parent débiteur ne devrait pas être admis à profiter de son comportement fautif.

124

125

5.4.2 Quantum of the Retroactive Award

126 Finally, a court will need to determine the quantum of the retroactive award. This determination will need to be ascertained consistent with the statutory scheme that applies to the award being ordered.

127 While the *Divorce Act* provides courts with discretion in deciding whether or not a child support award should be ordered, the same cannot be said for the quantum of this award. Both s. 15.1(3) for original orders, and s. 17(6.1) for variation orders, stipulate that a court making an order “shall do so in accordance with the applicable guidelines”. Therefore, so long as the date of retroactivity is not prior to May 1, 1997 — i.e., when the *Guidelines* came into force — the *Guidelines* must be followed in determining the quantum of support owed. The *Parentage and Maintenance Act*, on the other hand, does not fetter courts’ discretion in determining the quantum of child support awards: see s. 18. Courts awarding retroactive support pursuant to this statute will have greater discretion in tailoring the award to the circumstances.

128 That said, courts ordering a retroactive award pursuant to the *Divorce Act* must still ensure that the quantum of the award fits the circumstances. Blind adherence to the amounts set out in the applicable Tables is not required — nor is it recommended. There are two ways that the federal regime allows courts to affect the quantum of retroactive awards.

129 The first involves exercising the discretion that the *Guidelines* allow. Thus, the presence of undue hardship can yield a lesser award: see s. 10. As stated above, it will generally be easier to show that a retroactive award causes undue hardship than to show that a prospective one does. Further, the categories of undue hardship listed in the *Guidelines* are not closed: see s. 10(2). And in addition to situations of undue hardship, courts may exercise their discretion with respect to quantum in a variety of

5.4.2 Montant de la pension alimentaire rétroactive

Enfin, le tribunal doit fixer le montant de la pension alimentaire rétroactive et ce, conformément au régime législatif applicable à l’ordonnance.

La *Loi sur le divorce* confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire quant à l’octroi d’une pension alimentaire pour l’enfant, mais non quant à son montant. Tant le par. 15.1(3), pour l’ordonnance initiale, que le par. 17(6.1), pour l’ordonnance modificative, disposent que le tribunal rend une ordonnance « conformément aux lignes directrices applicables ». Dans la mesure où la date de rétroactivité n’est pas antérieure à celle de l’entrée en vigueur des *Lignes directrices* — le 1^{er} mai 1997 —, celles-ci doivent donc être appliquées pour établir le montant de la pension alimentaire. Par contre, la *Parentage and Maintenance Act* n’entrave pas le pouvoir discrétionnaire du tribunal à cet égard : voir l’art. 18. Le tribunal qui rend une ordonnance alimentaire rétroactive sous son régime jouit d’un plus grand pouvoir discrétionnaire pour adapter la pension alimentaire aux circonstances.

Cela dit, le tribunal qui rend une ordonnance alimentaire rétroactive sous le régime de la *Loi sur le divorce* doit tout de même faire en sorte que le montant de la pension convienne à la situation. Il n’est ni nécessaire ni recommandé qu’il s’en tienne aveuglément aux montants prévus dans les tables applicables. Le régime fédéral lui offre deux avenues pour influencer sur le montant de l’ordonnance alimentaire rétroactive.

La première est l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les *Lignes directrices*. Ainsi, les difficultés excessives peuvent justifier un montant moins élevé : voir l’art. 10. Je le rappelle, il est généralement plus facile d’établir que des difficultés excessives seront causées par une ordonnance rétroactive que par une ordonnance pour l’avenir. Par ailleurs, les exemples de difficultés excessives donnés par les *Lignes directrices* ne sont pas limitatifs : voir le par. 10(2). Le tribunal peut en outre,

other circumstances under the *Guidelines*: see ss. 3(2), 4 and 9.

A second way courts can affect the quantum of retroactive awards is by altering the time period that the retroactive award captures. While I stated above that the date of effective notice should be chosen as a general rule, this will not always yield a fair result. For instance, where a court finds that there has been an unreasonable delay after effective notice was given, it may be appropriate to exclude this period of unreasonable delay from the calculation of the award. Unless the statutory scheme clearly directs another outcome, a court should not order a retroactive award in an amount that it considers unfair, having regard to all the circumstances of the case.

5.5 Summary

Child support has long been recognized as a crucial obligation that parents owe to their children. Based on this strong foundation, contemporary statutory schemes and jurisprudence have confirmed the legal responsibility of parents to support their children in a way that is commensurate to their income. Combined with an evolving child support paradigm that moves away from a need-based approach, a child's right to increased support payments given a parental rise in income can be deduced.

In the context of retroactive support, this means that a parent will not have fulfilled his/her obligation to his/her children if (s)he does not increase child support payments when his/her income increases significantly. Thus, previous enunciations of the payor parent's obligations may cease to apply as the circumstances that underlay them continue to change. Once parents are in front of a court with jurisdiction over their dispute, that court will generally have the power to order a retroactive award that enforces the unfulfilled obligations that have accrued over time.

In determining whether to make a retroactive award, a court will need to look at all the relevant

sous leur régime, exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer le montant de la prestation dans diverses autres circonstances : voir le par. 3(2) et les art. 4 et 9.

La seconde avenue est la modification de la période de rétroactivité. Même si la date de l'information réelle me paraît être celle qu'il convient généralement de privilégier, le résultat n'est pas toujours équitable. Par exemple, lorsque le tribunal conclut qu'après l'information réelle, il y a eu retard injustifié à agir, il peut être indiqué de soustraire la durée de ce retard de la période de rétroactivité. À moins que le régime législatif ne commande clairement une autre solution, le tribunal ne devrait pas rendre une ordonnance alimentaire rétroactive dont il juge le montant injuste compte tenu de toutes les circonstances.

5.5 Résumé

Il est depuis longtemps reconnu que les parents ont l'obligation fondamentale de subvenir aux besoins de l'enfant. Guidés par ce principe bien arrêté, les régimes législatifs et la jurisprudence confirment de nos jours que les parents sont légalement tenus de subvenir aux besoins de l'enfant en fonction de leur revenu. Cette obligation, de pair avec un modèle en constante évolution qui rejette l'approche axée sur les besoins, permet de déduire que l'enfant a droit à une pension alimentaire majorée lorsque les revenus de ses parents augmentent.

Dans le contexte d'une ordonnance rétroactive, il s'ensuit que le parent ne satisfait pas à son obligation envers l'enfant s'il ne rajuste pas à la hausse la pension qu'il verse pour lui lorsque son revenu augmente sensiblement. L'obligation du parent débiteur déterminée antérieurement peut donc cesser de s'appliquer lorsque la situation qui la sous-tend continue d'évoluer. Le tribunal compétent saisi pourra généralement rendre une ordonnance rétroactive faisant respecter l'obligation née à un certain moment, mais demeurée inexécutée.

Le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance rétroactive doit examiner toutes les circonstances

130

131

132

133

circumstances of the case in front of it. The payor parent's interest in certainty must be balanced with the need for fairness and for flexibility. In doing so, a court should consider whether the recipient parent has supplied a reasonable excuse for his/her delay, the conduct of the payor parent, the circumstances of the child, and the hardship the retroactive award might entail.

134 Once a court decides to make a retroactive award, it should generally make the award retroactive to the date when effective notice was given to the payor parent. But where the payor parent engaged in blameworthy conduct, the date when circumstances changed materially will be the presumptive start date of the award. It will then remain for the court to determine the quantum of the retroactive award consistent with the statutory scheme under which it is operating.

135 The question of retroactive child support awards is a challenging one because it only arises when at least one parent has paid insufficient attention to the payments his/her child was owed. Courts must strive to resolve such situations in the fairest way possible, with utmost sensitivity to the situation at hand. But there is unfortunately little that can be done to remedy the fact that the child in question did not receive the support payments (s)he was due at the time when (s)he was entitled to them. Thus, while retroactive child support awards should be available to help correct these situations when they occur, the true responsibility of parents is to ensure that the situation never reaches a point when a retroactive award is needed.

6. Application to the Facts

136 Before proceeding to apply the above reasoning to the facts of the four appeals, I should repeat the standard of review that applies to these decisions. The relevant passage can be found in this Court's decision in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, at para. 11:

[A]ppeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong.

pertinentes. Il doit établir un équilibre entre, d'une part, la certitude du parent débiteur et, d'autre part, l'équité et la souplesse requises. Pour ce faire, il doit déterminer si le parent créancier avait un motif valable de différer la demande tout en tenant compte du comportement du parent débiteur, de la situation de l'enfant et des difficultés qu'une ordonnance rétroactive pourrait causer.

Le tribunal qui décide de rendre une ordonnance rétroactive devrait généralement la faire rétroagir à la date de l'information réelle du parent débiteur. Toutefois, lorsque ce dernier s'est comporté de façon répréhensible, l'ordonnance sera présumée prendre effet à la date à laquelle la situation a sensiblement changé. Le tribunal devra ensuite déterminer le montant de l'ordonnance alimentaire rétroactive conformément au régime législatif applicable.

La question de la rétroactivité d'une ordonnance dans le contexte de l'obligation alimentaire envers l'enfant est difficile, car elle ne se pose qu'au moment où l'un des parents au moins n'a pas été suffisamment vigilant quant à la somme due. Le tribunal doit s'efforcer de corriger la situation le plus équitablement possible, tout en se montrant très sensible aux circonstances de l'espèce. Or, le tribunal dispose malheureusement de bien peu d'outils pour remédier au fait que l'enfant n'a pas bénéficié de la pension alimentaire à laquelle il avait droit lorsqu'il en avait besoin. C'est pourquoi, malgré la possibilité d'une ordonnance alimentaire rétroactive, il revient d'abord aux parents de faire en sorte qu'une telle mesure ne soit jamais nécessaire.

6. Application aux faits de l'espèce

Avant d'appliquer le raisonnement qui précède aux faits des quatre pourvois, je rappelle la norme de contrôle applicable. Notre Cour l'a énoncée dans l'arrêt *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, par. 11 :

[U]ne cour d'appel n'infirme une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée.

The lower courts did not have the benefit of these reasons in reaching their conclusions. Accordingly, and in the interests of finally resolving the present disputes, while I consider whether the chambers judges considered the above factors, I am also prepared to accept that they did not explicitly mention and analyze each one. My expectation, however, is that future decisions will be determined on a more thorough examination of the relevant considerations discussed above.

6.1 *D.B.S. v. S.R.G.*

The *D.B.S.* appeal involves an original application for support. As the parents were not married, the regime under the *Parentage and Maintenance Act* applies.

The chambers judge, Verville J., decided that a retroactive award would be unfair in the circumstances. Paperny J.A., writing for the Alberta Court of Appeal, allowed the appeal and ordered that the matter be returned to a chambers judge. I would restore Verville J.'s original order.

On application of the principles and factors discussed above, I agree with Verville J. that retroactive support is not justified in these circumstances. While the mother states that she did not know support might have been owed, parents have a responsibility to inquire into matters like this. Concerning the circumstances of the child, Verville J. noted that the present household incomes of the two parents were roughly equal.

As to the conduct of the father, the mother has made allegations of threatening and/or dominating behaviour with reference to various times in their post-separation relationship. Yet, the chambers judge made no finding of fact that would support such allegations. That said, a further question is what the father revealed about his income to the mother. A court must inquire into whether the payor parent was hiding, or failing to reveal, the factual circumstances that would give rise to a new or increased support obligation. Again, however, the chambers judge made no such finding.

Les instances inférieures n'ont pas bénéficié des présents motifs pour tirer leurs conclusions. C'est pourquoi, afin de statuer définitivement sur les litiges, je me demanderai si les juges en chambre ont pris en compte les éléments susmentionnés, tout en étant disposé à accepter qu'ils n'aient pas mentionné expressément et analysé chacun d'eux. J'espère toutefois que les considérations pertinentes dont j'ai fait état feront désormais l'objet d'un examen plus exhaustif de la part des tribunaux.

6.1 *D.B.S. c. S.R.G.*

Le pourvoi porte sur une demande initiale de pension alimentaire. La *Parentage and Maintenance Act* s'applique, car les parents n'étaient pas mariés.

Le juge Verville, siégeant en chambre, a décidé qu'une ordonnance rétroactive ne serait pas équitable dans les circonstances. S'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, la juge Paperny a accueilli l'appel et ordonné le renvoi de l'affaire à un juge en chambre. Je suis d'avis de rétablir l'ordonnance initiale du juge Verville.

Vu les principes et les éléments examinés précédemment, je conviens avec le juge Verville qu'une pension alimentaire rétroactive n'est pas justifiée dans les circonstances. La mère dit avoir ignoré qu'une pension alimentaire aurait pu être exigible. Or, il incombe aux parents de se renseigner sur ce genre de choses. Se penchant sur la situation de l'enfant, le juge Verville a fait remarquer que le revenu actuel du père et celui de la mère étaient sensiblement équivalents.

La mère a allégué qu'à différentes occasions après la séparation, le comportement du père avait été menaçant et dominateur. Le juge en chambre n'a pourtant tiré aucune conclusion de fait susceptible d'étayer cette allégation. Cela dit, la question se pose également de savoir quels renseignements le père a fourni à la mère sur son revenu. Le tribunal doit déterminer si le parent débiteur a caché ou omis de révéler des faits qui auraient fait naître une obligation alimentaire nouvelle ou accrue. Là encore, le juge en chambre n'a tiré aucune conclusion en ce sens.

137

138

139

140

141 Most important, however, Verville J. held that a retroactive order would not necessarily benefit the children. I believe this finding to be crucial. In the circumstances of this appeal, where I cannot find any blameworthy conduct on the part of the payor father, and where the chambers judge held that a retroactive award would be “inappropriate and inequitable”, I find myself compelled to defer to his original order.

142 This appeal should be allowed and the order of Verville J. restored, with costs in this Court and in the Court of Appeal.

6.2 *T.A.R. v. L.J.W.*

143 The order of the chambers judge should be restored in the *T.A.R.* appeal as well.

144 In this appeal, the chambers judge considered factors that I have listed as being relevant to a decision of whether retroactive support should be granted. Perras J. seemed to attach particular significance to the hardship that could be caused by a retroactive award. This is not surprising, given that the \$15,771 sought by the mother is a very large sum to pay for a father earning around \$23,000 annually. Concerning the father’s conduct, it is important that Perras J. did not find the father to be acting deceitfully. Rather, Perras J. found that he “honoured his obligation faithfully”. That said, Perras J.’s prospective order clearly recognized that the father’s income mandated higher child support payments than what he actually paid.

145 While he did not consider all the factors I have listed by name, I am satisfied that Perras J. took a holistic view of the matter and came to the conclusion that it would not be appropriate to order a retroactive child support award in the circumstances. For instance, he seemed to consider the father’s conduct far from blameworthy. He noted that the children in question are presently living in a home with a household income “in the low \$50,000’s”. While there are other children from a previous

Cependant, le juge Verville a surtout conclu que les enfants ne bénéficieraient pas nécessairement d’une ordonnance rétroactive. J’estime que cette conclusion est cruciale. Dans les circonstances de l’espèce, comme je ne peux conclure au comportement répréhensible du père, et vu la conclusion du juge en chambre qu’une ordonnance rétroactive serait [TRADUCTION] « inappropriée et inéquitable », je me vois dans l’obligation de confirmer l’ordonnance initiale.

Le pourvoi est accueilli et l’ordonnance du juge Verville rétablie, avec dépens devant notre Cour et la Cour d’appel.

6.2 *T.A.R. c. L.J.W.*

Il y a lieu de rétablir l’ordonnance du juge en chambre dans cette affaire également.

Dans ce dossier, pour décider de l’opportunité d’une pension alimentaire rétroactive, le juge en chambre a tenu compte de certains des éléments pertinents que j’ai énumérés. Le juge Perras semble avoir accordé une importance particulière aux difficultés qu’une ordonnance rétroactive pouvait causer. Ce n’est guère étonnant car les 15 771 \$ réclamés par la mère représentent une somme considérable pour le père dont le revenu annuel est d’environ 23 000 \$. La conclusion selon laquelle le père n’avait pas agi de façon trompeuse est importante. Le juge Perras a plutôt estimé que le père [TRADUCTION] « s’était acquitté fidèlement de son obligation ». Cela dit, son ordonnance pour l’avenir reconnaît clairement que le revenu du père commandait une pension alimentaire d’un montant supérieur pour les enfants.

Même si le juge Perras n’a pas pris en compte — en y renvoyant expressément — tous les éléments énumérés précédemment, je suis convaincu qu’il a considéré l’affaire dans sa globalité pour conclure qu’une ordonnance rétroactive ne serait pas indiquée dans les circonstances. Par exemple, il paraît avoir estimé que le comportement du père n’avait pas du tout été répréhensible. Il a fait remarquer que les enfants vivaient alors dans un ménage dont le revenu était [TRADUCTION] « à peine supérieur

relationship to support with this income, it remains substantially greater than what the father earns to help support his new spouse and her children. I ultimately believe the chambers judge's conclusion merits deference. The original order is restored and the appeal allowed, with costs in this Court and in the Court of Appeal.

6.3 *Henry v. Henry*

The appeal in the *Henry* case should be dismissed. Turning to the relevant factors, I believe there was no unreasonable delay in this case. Rowbotham J. accepted that the mother could not afford a lawyer. Nonetheless, the mother broached the topic of increasing the father's child support obligations to the best of her ability, given her lack of legal knowledge, her ignorance of Mr. Henry's actual income, and the intimidation she felt from her ex-husband. Though some requests from Ms. Henry resulted in the father making some financial contribution, these contributions stayed well below what they should have been. Living in a different city, the mother did not know precisely how substantial the father's financial means were.

Based on the principles I have discussed in these reasons, there should be no dispute that the father in the present appeal acted in a blameworthy manner. Especially when a payor parent is acutely aware of the needs of his/her children living with the recipient parent, it is no excuse to shrug off one's obligations by saying the recipient parent never asked for disclosure. But Mr. Henry went even further: he insinuated that he did not have great financial means and that the mother's financial management was to blame; and on one occasion, he even asked *her* to give financial assistance. Although he complied with the obligation set forth in the child support order, in the circumstances of this appeal, this fact alone does not imply that Mr. Henry reasonably believed his children's entitlements were being fulfilled. Mr. Henry was aware that his income had

à 50 000 \$ ». Il est vrai que ce revenu servait également à pourvoir aux besoins d'enfants nés d'une union précédente, mais il était de beaucoup supérieur à celui dont disposait le père pour subvenir aux besoins de sa nouvelle épouse et des enfants de celle-ci. Je crois en définitive que la déférence s'impose à l'égard des conclusions du juge en chambre. L'ordonnance initiale est rétablie et le pourvoi accueilli, avec dépens devant notre Cour et la Cour d'appel.

6.3 *Henry c. Henry*

Il y a lieu de rejeter le pourvoi dans ce dossier. Pour ce qui est des critères pertinents, j'estime qu'il n'y a pas eu de retard injustifié dans la présentation de la demande. La juge Rowbotham a reconnu que la mère n'avait pu s'offrir les services d'un avocat, mais qu'elle avait abordé le sujet de la pension alimentaire en s'efforçant de faire comprendre au père la nécessité d'en augmenter le montant pour subvenir aux besoins des enfants, même si elle n'avait pas de connaissances juridiques, elle ne connaissait pas le revenu exact de M. Henry et elle était intimidée par son ex-époux. Le père a accédé à certaines demandes de M^{me} Henry, mais ses contributions ont été bien inférieures à ce qu'elles auraient dû être. N'habitant pas la même ville que le père, la mère ignorait à quel point les ressources de son ex-époux étaient importantes.

Compte tenu des principes dont je fais état dans les présents motifs, il est indéniable que le père a agi de manière répréhensible. Dans le cas particulier où le parent débiteur est pleinement conscient des besoins de l'enfant qui vit avec le parent créancier, il ne peut se dérober à son obligation sous prétexte que le parent créancier ne lui a jamais demandé la communication de renseignements financiers. Or, M. Henry est même allé jusqu'à insinuer qu'il était sans grandes ressources financières et que la mère gérait mal ses affaires. Une fois, il a même demandé qu'elle l'aide financièrement. Même s'il s'est conformé à son obligation selon l'ordonnance alimentaire, dans les circonstances de l'espèce, ce seul fait ne lui permettait pas de croire légitimement qu'il s'acquittait de son obligation envers les enfants. M. Henry savait que son revenu avait

146

147

risen substantially since the original order was rendered, he was aware that his children were living at levels commensurate with his ex-wife's low income, and he still refused to raise his payments to levels appropriate to his income. This conduct falls well short of what is expected from a parent.

148 On the issue of the children's circumstances, both children lived in conditions far below what they should have for substantial periods of time. The children implicated in this appeal deserve compensation for the unfulfilled obligation of their father, and I see no reason to conclude that they should not benefit from a retroactive award now.

149 Overall, I am satisfied that Rowbotham J.'s award would not impose too great a burden on the father. It is true that he has two children of his new marriage to provide for. But Rowbotham J.'s order of periodic payments, such that the unfulfilled obligation is paid off slowly until 2010, seems very fair to the father in this case, considering all the circumstances.

150 I would add that the eldest child affected by Rowbotham J.'s order was no longer a child of the marriage when the Notice of Motion for retroactive support was filed. In the circumstances of this appeal, however, this fact has no effect on the jurisdiction of the court to make a retroactive child support order under the *Divorce Act*. Because Mr. Henry did not disclose his income increases to Ms. Henry earlier, she was compelled to serve him with a Notice to Disclose/Notice of Motion in order to ascertain his income for the years relevant to this appeal. This formal legal procedure, contemplated in the *Guidelines* and a necessary antecedent to the present appeal, sufficed to trigger the jurisdiction of the court under the *Divorce Act*. Because it was completed prior to the time the eldest child ceased being a child of the marriage, the court was able to make a retroactive order for this daughter.

151 The appeal is dismissed with costs.

considérablement augmenté depuis l'ordonnance initiale, il savait également que ses enfants jouissaient d'un niveau de vie proportionnel au faible revenu de son ex-épouse, mais il a quand même refusé de relever le montant de la pension en fonction de son revenu. Ce comportement est loin d'être celui auquel on s'attend d'un parent.

En ce qui a trait à la situation des enfants, ils ont tous deux eu pendant de longues périodes un niveau de vie nettement inférieur à ce qu'il aurait dû être. Ces enfants ont droit à une indemnité pour l'omission de leur père de s'acquitter de son obligation, et je ne vois aucune raison de conclure qu'ils ne devraient pas bénéficier aujourd'hui d'une ordonnance rétroactive.

Dans l'ensemble, je suis convaincu que le montant fixé par la juge Rowbotham n'imposerait pas un trop lourd fardeau au père. Il est vrai qu'il doit aussi subvenir aux besoins des deux enfants nés de son remariage. Mais l'ordonnance de la juge Rowbotham, qui prévoit des versements périodiques sur plusieurs années, jusqu'en 2010, semble fort équitable envers le père dans les circonstances.

J'ajoute que la fille aînée visée par l'ordonnance de la juge Rowbotham n'était plus une enfant à charge lors du dépôt de l'avis de requête en vue d'obtenir une pension alimentaire rétroactive. Vu les faits, cela n'a cependant pas d'incidence sur le pouvoir du tribunal de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants sous le régime de la *Loi sur le divorce*. Comme M. Henry ne l'avait pas informée de l'augmentation de son revenu, M^{me} Henry n'a eu d'autre choix que de lui signifier une demande de communication et un avis de requête afin de connaître le revenu qu'il avait gagné au cours des années en cause. Cette démarche juridique formelle, que prévoyaient les *Lignes directrices* et qui était un préalable nécessaire au présent pourvoi, a suffi à conférer sa compétence au tribunal sous le régime de la *Loi sur le divorce*. La démarche ayant été menée à bien avant que l'aînée ne cesse d'être une enfant à charge, le tribunal pouvait rendre une ordonnance rétroactive à son profit.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

6.4 *Hiemstra v. Hiemstra*

Concerning this appeal, I believe the chambers judge properly weighed relevant considerations in deciding upon the award. Thus, he noted that the disparity of incomes between the parents was great and the mother paid a disproportionate share of the burden for supporting the children, but also that the financial burden of a retroactive award is significant. Although some remarks seemed to indicate that he saw the retroactive award as compensating the mother, I accept that he rightly ordered the award for the benefit of the children.

I believe Belzil J. came to an appropriate conclusion that a retroactive award was due, after a detailed consideration of the evidence before him. The mother explained that previous litigation has been overwhelming and had strained her relationship with her daughter; it is understandable that she would be reticent to commence the process again. More important, given the father's substantial income — almost \$100,000 in 2003 — he cannot be considered blameless in not paying child support. In such circumstances, where the father was well aware that he could afford child support but where such support was coming uniquely from the mother, the father's failure to meet his obligations to his children should not be easily excused. The blameworthiness of the father's conduct is only exacerbated by his e-mail of April 3, 2003, in which he did not take advantage of the opportunity to lend financial support when it so clearly arose.

Concerning the date chosen for the retroactive award to begin, I see no reason to alter Belzil J.'s award. The father has no compelling interest in certainty in this appeal: he had no reasonable belief that his support obligation was being fulfilled. Belzil J. still chose to make the award retroactive only to January 1, 2003, even though the father was deficient in his obligations well before this time. This date has not been cross-appealed by the mother, and I will therefore leave it undisturbed.

This appeal is therefore dismissed with costs.

6.4 *Hiemstra c. Hiemstra*

J'estime que, dans ce dossier, le juge en chambre a dûment tenu compte des considérations pertinentes pour statuer sur la demande. Tout en faisant remarquer la grande disparité des revenus des parents et le fait que la mère s'acquittait d'une obligation disproportionnée envers les enfants, le juge a signalé qu'une ordonnance rétroactive inflige un fardeau financier important. Bien que certaines de ses remarques donnent à penser que l'ordonnance rétroactive indemniserait la mère, je suis d'avis qu'il a à juste titre rendu l'ordonnance rétroactive au profit des enfants.

J'estime qu'après un examen détaillé de la preuve, le juge Belzil a eu raison de conclure qu'une ordonnance rétroactive s'imposait. La mère a expliqué que le litige précédent l'avait bouleversée et avait mis à rude épreuve sa relation avec sa fille, d'où sa réticence à engager une nouvelle instance. Qui plus est, vu son revenu substantiel de près de 100 000 \$ en 2003, le père ne peut prétendre avoir eu un comportement irréprochable en refusant de payer une pension. En pareilles circonstances, alors que le père savait très bien qu'il avait les moyens de subvenir aux besoins des enfants, mais que la mère était la seule à le faire, on ne saurait excuser facilement son omission de s'acquitter de ses obligations envers ses enfants. Le comportement du père est d'autant plus répréhensible que dans un courriel daté du 3 avril 2003, il n'a pas saisi l'occasion qui s'offrait clairement à lui d'apporter sa contribution financière.

Pour ce qui est de la date de rétroactivité, je ne vois aucune raison de modifier l'ordonnance du juge Belzil. En l'espèce, la certitude du père ne pèse pas lourd dans la balance : il n'avait aucune raison de croire qu'il s'acquittait de son obligation envers ses enfants. Le juge Belzil a néanmoins décidé de faire rétroagir l'ordonnance au 1^{er} janvier 2003, même si le père se dérobaît à ses obligations depuis bien plus longtemps. La mère n'ayant pas formé d'appel incident pour contester cette date, je ne la modifierai pas.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

152

153

154

155

The reasons of Fish, Abella and Charron JJ. were delivered by

156 ABELLA J. — While I agree with much of the analysis of Bastarache J., including his disposition of the four appeals, I am unable, with great respect, to share his views about the presumptive starting date for the calculation of child support arrears, about the relevance of blameworthy conduct, or about the desirability of a three-year limitation period.

157 My justification for all three departures is based on the underlying premise he cogently articulates at the beginning of his reasons: parents have a free-standing joint obligation to support their children based on their ability to do so.

158 As La Forest J. pointed out in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, this obligation is a fiduciary one. It is a parental obligation that creates a right in the child. The recognition that child support is the right of the child, not of the parent, is not disputed: see *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561 (C.A.); *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; and *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250.

159 Bastarache J.'s historical review demonstrates that these propositions claim at least a century-old pedigree. The fact that they have found renewed endorsement in statutory form, such as the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), and the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 (“*Guidelines*”), reinforces their status as the governing principles in awarding child support, principles which together proclaim that children come first, and that parents should expect to pay what they are obliged to pay when they are obliged to pay it.

160 I agree with Bastarache J. that it is a misnomer to refer to these as “retroactive” awards. They are, instead, compensation for what was legally owed.

Version française des motifs des juges Fish, Abella et Charron rendus par

LA JUGE ABELLA — En toute déférence, bien que je sois en grande partie d'accord avec l'analyse du juge Bastarache, y compris la manière dont il statue sur les pourvois, je ne peux partager son avis concernant le moment auquel serait présumé débiter le calcul de l'arriéré de pension alimentaire pour l'enfant, la pertinence du comportement répréhensible ou l'opportunité d'une limite de trois ans.

Ces trois points de désaccord se fondent sur le principe sous-jacent qu'il expose de manière convaincante au début de ses motifs : les parents ont l'obligation à la fois solidaire et indépendante de subvenir aux besoins de l'enfant selon leur capacité de le faire.

Dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, le juge La Forest a dit qu'il s'agit d'une obligation fiduciaire. C'est une obligation parentale qui confère un droit à l'enfant. Il est bien établi que le droit aux aliments appartient à l'enfant, et non au parent : voir les arrêts *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561 (C.A.); *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250.

Selon l'historique que fait le juge Bastarache, ces énoncés de principe datent d'au moins un siècle. Leur sanction par le législateur, notamment dans la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), et dans les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« *Lignes directrices* »), confirme qu'il s'agit de principes régissant l'octroi d'une pension alimentaire pour l'enfant — des principes qui, ensemble, proclament la priorité de l'intérêt de l'enfant —, et que les parents doivent s'attendre à payer ce qu'ils sont tenus de payer au moment où ils sont tenus de le faire.

Je conviens avec mon collègue que les ordonnances considérées en l'espèce ne sont pas véritablement « rétroactives ». Elles indemnisent plutôt pour

As the Alberta Court of Appeal stated in *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261, at para. 15:

By questioning the rationale for a trial judge to order “retroactive” maintenance, the father implies that he is being asked, after the fact, to assume a liability for child support which he did not have in the first instance. This is simply wrong in law. Both parents of a child have financial obligations to that child. That obligation arises out of the common law, equity and statute; it is an obligation which exists from the time a child is born. When parents separate, the obligation continues. Thus, it exists irrespective of whether an action has been started by the custodial parent against the non-custodial parent to enforce the obligation: *Paras v. Paras* (1970), 2 R.F.L. 328 (Ont. C.A.); *Mannett v. Mannett* (1992), 111 N.S.R. (2d) 327; 303 A.P.R. 327 (T.D.).

The law is clear that separated parents are obliged to pay child support in accordance with their ability to do so. Only the payor parent knows when there has been a change in income that would warrant an adjustment to child support. That, therefore, is the parent with the major responsibility for ensuring that a child benefits from the change as soon as reasonably possible. A system of support that depends on when and how often the recipient parent takes the payor parent’s financial temperature is impractical and unrealistic.

Unlike Bastarache J., therefore, I would not limit the child’s entitlement to the date of the recipient parent’s notice of an intention to enforce it. Because the child’s right to support varies with the change, it cannot, therefore, be contingent on whether the recipient parent has made an application on the child’s behalf or given notice of an intention to do so.

So long as the change would warrant different child support from what is being paid, the presumptive starting point for the child’s entitlement to a change in support is when the change occurred, not when the change was disclosed or discovered.

To suggest, therefore, that the principle of certainty is impaired by the possibility of claims for

le non-respect d’une obligation légale. Comme l’a dit la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261, par. 15 :

[TRADUCTION] En contestant le bien-fondé de l’ordonnance alimentaire « rétroactive » du juge de première instance, le père laisse entendre qu’on lui impose après coup une obligation qu’il n’avait pas au départ. Cela est tout simplement erroné en droit. Les deux parents ont une obligation financière envers l’enfant. Cette obligation tire sa source de la common law, de l’équité et de la loi; elle existe dès la naissance de l’enfant. Lorsque les parents se séparent, l’obligation demeure. Elle existe donc indépendamment de toute instance engagée par le parent gardien contre le parent non gardien pour la faire respecter : *Paras c. Paras* (1970), 2 R.F.L. 328 (C.A. Ont.); *Mannett c. Mannett* (1992), 111 N.S.R. (2d) 327, 303 A.P.R. 327 (1^{re} inst.).

La loi dit clairement que les parents séparés ont l’obligation de subvenir aux besoins de l’enfant selon leur capacité de le faire. Seul le parent débiteur peut connaître l’existence d’une modification de son revenu justifiant le rajustement de la pension. C’est donc à lui qu’il incombe principalement de faire en sorte que l’enfant en bénéficie dès que cela est raisonnablement possible. Il n’est ni pratique ni réaliste de faire dépendre le respect du droit de l’enfant du moment et de la fréquence auxquels le parent créancier s’informe de la situation financière du parent débiteur.

Contrairement au juge Bastarache, je ne ferais donc pas rétroagir l’ordonnance seulement à la date à laquelle le parent créancier a communiqué son intention de faire respecter l’obligation envers l’enfant. Comme l’objet du droit aux aliments varie en fonction du revenu, l’existence de ce droit ne peut dépendre de la présentation d’une demande au nom de l’enfant ou de la communication de l’intention d’en présenter une.

Dans la mesure où le changement survenu justifie le rajustement de la somme versée, le moment où l’enfant est présumé acquérir le droit à la nouvelle pension est celui du changement, et non celui de la communication ou de la découverte du changement.

Laisser entendre que la possibilité de demandes ultérieures d’ordonnance alimentaire porte atteinte

161

162

163

164

child support being made in the future, is to suggest that the rights of children to the support to which they are entitled, should defer to the rights of payor parents not to have to worry that the amount they are paying may be found to be inadequate. Child support is inherently variable because parental incomes are.

165 I do not mean to devalue the importance of the ability of parents, after separation, to restructure their financial lives with some certainty. But the need for certainty and a child's entitlement to support in accordance with parental ability to pay are not inconsistent propositions. Parents responsible for child support know that whether or not they choose to disclose a material change in their income, the fact of that change is enough to trigger a change in the amount they are responsible for paying.

166 They know what their obligations are, when they arise, and when they may be varied. If their ability to pay has increased, they know that the law presumes that at that moment, the child's entitlement increases. The operative certainty in the area of child support is the presumption that the obligation to pay child support will always depend on the payor parent's income at any given time. For payor parents, certainty and predictability are protected by the legal certainty that whenever their income changes materially, that is the moment their obligation changes automatically, even if *enforcement* of that increased obligation is not automatic.

167 Fairness is the Holy Grail in family law. Certainty and predictability of child support amounts do not justify a retreat from the primacy of a child's rights to a fair amount of support. To the extent that certainty is engaged, it should be the children's certainty that the support they are entitled to will not be wrongly withheld.

168 Prudence dictates full disclosure, as does good financial management, but if the payor parent decides not to let dependent children know that their entitlements have changed, he or she cannot be heard credibly to say that the subsequent

au principe de la certitude c'est donc insinuer que le droit de l'enfant à la somme qui lui est due devrait céder le pas au droit du parent débiteur de ne pas s'inquiéter que la somme qu'il verse puisse être jugée inadéquate. Le montant de la pension alimentaire versée pour l'enfant est en soi variable parce que le revenu parental l'est.

Loin de moi l'idée de minimiser le droit des parents, après leur séparation, de jouir d'une certaine assurance dans l'établissement de nouveaux budgets. Or, le besoin de certitude et le droit de l'enfant à une pension alimentaire qui soit en adéquation avec la capacité de payer de ses parents ne sont pas inconciliables. Le parent débiteur sait que la modification appréciable de son revenu, qu'il décide de la signaler ou non, emporte le rajustement du montant qu'il est tenu de verser pour l'enfant.

Il connaît la teneur de son obligation et sait à quel moment elle naît et à quel moment elle peut changer. Il sait que lorsque sa capacité de payer s'accroît, la loi présume que le montant auquel a droit l'enfant s'accroît également. En ce qui concerne l'obligation alimentaire envers l'enfant, la certitude réside dans la présomption que la somme exigible sera toujours fonction du revenu du parent débiteur à un moment donné. Pour ce dernier, la certitude et la prévisibilité sont assurées légalement par le fait que toute modification appréciable de son revenu emporte automatiquement le rajustement de son obligation alimentaire, même si l'obligation accrue n'est pas automatiquement *exécutoire*.

L'équité est le saint Graal du droit de la famille. La certitude et la prévisibilité du montant de la pension alimentaire ne justifient pas l'abandon de la primauté du droit de l'enfant au juste montant. S'il doit y avoir une certitude c'est que l'enfant ne sera pas indûment privé des aliments auxquels il a droit.

La prudence, tout comme la saine gestion financière, commande une information complète. Le parent débiteur qui décide de ne pas signaler la modification de la somme à laquelle a droit son enfant à charge ne saurait prétendre que l'exécution

enforcement of a support obligation as of the date of the changed circumstances, impaired his or her expectation of certainty.

Similarly, I see no role for “blameworthy conduct” in determining the date at which children can recover the support to which they are entitled. The right to support belongs to the child regardless of how his or her parents behave. Whether a payor refuses to pay or disclose wilfully, or falsifies the information, or provides false information mistakenly, are not germane. The existence of the increased obligation depends on the existence of the increased income, and fluctuates with parental income, not with parental misconduct.

In the same way, the recipient parent need not demonstrate that the failure to pay child support has resulted in hardship for the child. The children were deprived of support to which they were entitled. The fact that the recipient parent has or has not been able to attenuate the deprivation through other means has no impact on the fact that a debt was owing.

A presumptive date of entitlement to child support does not, however, eliminate the role of judicial discretion. It will be up to the court in each case to determine whether the presumptive date has been rebutted, what the appropriate quantum is, and how it should be repaid. This includes, most notably, determining whether undue hardship, as defined by s. 10 of the *Guidelines*, has been demonstrated. If, for example, a recipient parent, having received *full financial disclosure*, has delayed seeking enforcement for an inordinate and unjustified period of time, this delay may affect the child support awarded.

But if delay results from not being informed about a change that gives rise to a change in a child’s entitlement, it will not usually affect the child support award. I agree, in particular, with Paperny J.A. in *D.B.S. v. S.R.G.* (2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2, at paras. 120-22, that caution should be exercised before penalizing a child for

subséquente de son obligation alimentaire, rétroactivement à la date du changement, est allée à l’encontre de ses attentes légitimes.

De même, le « comportement répréhensible » ne joue selon moi aucun rôle dans la détermination du moment auquel rétroagit l’ordonnance par laquelle l’enfant recouvre son dû. Le droit aux aliments appartient à l’enfant quel que soit le comportement de ses parents. Le fait que le parent débiteur refuse de payer une somme ou de communiquer des renseignements, qu’il falsifie les données ou qu’il fournit par mégarde une information inexacte importe peu. L’obligation accrue découle de l’accroissement du revenu; elle est fonction du revenu des parents, et non de leur comportement fautif.

De même, le parent créancier n’a pas à prouver que l’omission du parent débiteur de s’acquitter de son obligation a été source de difficultés pour l’enfant. Ce dernier a été privé de ce à quoi il avait droit. Le fait que le parent créancier a été en mesure ou non d’atténuer le préjudice par d’autres moyens ne change rien au fait qu’une somme était en souffrance.

La présomption que l’enfant acquiert le droit aux aliments à un moment précis n’écarte toutefois pas l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans chaque cas, il appartient au tribunal de décider si la présomption a été écartée et de déterminer le montant approprié et son mode de paiement. Il doit plus particulièrement se demander si l’existence de difficultés excessives au sens de l’art. 10 des *Lignes directrices* a été établie. À titre d’exemple, le retard déraisonnable et injustifié du parent créancier à faire respecter l’obligation envers l’enfant, après la *communication de renseignements financiers complets*, peut influencer sur l’ordonnance alimentaire.

Cependant, le retard imputable au fait que le parent créancier n’est pas informé d’un changement qui modifie la somme due pour l’enfant n’aura généralement pas d’incidence sur l’ordonnance alimentaire. Plus particulièrement, je suis d’accord avec la juge Paperny qui, dans l’arrêt *D.B.S. c. S.R.G.* (2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2, par. 120-122,

169

170

171

172

a recipient parent's delay in attempting to recover support to which a child was entitled. There may be practical financial and psychological realities inhibiting a recipient parent's ability to respond to learning of a change in circumstances. As Rowles J.A. stated in *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, at para. 58:

As the right belongs to the child it cannot be waived or bargained away by the custodial parent or lost due to that parent's neglect, delay, or lack of diligence in enforcing the right. [Emphasis added.]

173 While undue hardship could militate against a retroactive order being made as of the date of the change of circumstances, I do not believe that it necessarily flows from this that an automatic time limit should be imposed in every case. In particular, I see no reason to deprive children of the support to which they are entitled by imposing an arbitrary three-year judicial limitation period on the amount of child support recoverable as suggested by Bastarache J.

174 It is an approach which resembles the "one-year rule against hoarding", which courts used to apply to avoid enforcing long standing arrears unless special circumstances were established. In *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), leave to appeal dismissed, [1995] 3 S.C.R. vi, the Alberta Court of Appeal rejected the "one-year" rule as being inapplicable to child support. In *D.B.S., Paperny J.A.* referred to the rule as "an antiquated notion that had no place in the law on child support" (para. 27). In *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130, the Ontario Court of Appeal recognized that delay and the inability to claim spousal support was not a consideration to deny interim *child* support.

met en garde contre le fait de pénaliser l'enfant à la légère pour le retard du parent créancier à prendre quelque mesure de recouvrement de la somme à laquelle a droit l'enfant. Des réalités financières et psychologiques peuvent, dans les faits, empêcher le parent créancier de donner suite au changement dont il apprend l'existence. D'ailleurs, la juge Rowles a dit ce qui suit dans l'arrêt *S. (L.) c. P. (E.)*, (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, par. 58 :

[TRADUCTION] Comme le droit appartient à l'enfant, le parent gardien ne peut y renoncer ou en être déchu à cause de sa négligence, de son retard à agir ou de son manque de diligence pour le faire respecter. [Je souligne.]

Les difficultés excessives peuvent militer contre une ordonnance rétroagissant à la date du changement, mais il ne s'ensuit pas nécessairement que la période de rétroactivité doive être limitée dans tous les cas. Plus particulièrement, je ne vois aucune raison de priver l'enfant des aliments auxquels il a droit en limitant arbitrairement aux trois années précédentes, comme le préconise le juge Bastarache, la période pour laquelle peut être obtenu le rajustement de la pension alimentaire.

Il s'agit d'une limitation qui s'apparente à celle d'un an que les tribunaux avaient coutume d'appliquer pour contrer la « mise en réserve » et ne pas avoir à ordonner le paiement de sommes demeurées longtemps en souffrance, sauf circonstances spéciales. Dans l'arrêt *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi, la Cour d'appel de l'Alberta a écarté la « limite d'un an », la jugeant inapplicable à la pension alimentaire versée pour l'enfant. Dans l'arrêt *D.B.S.*, la juge Paperny a vu dans la règle [TRADUCTION] « une notion dépassée qui n'avait plus sa place dans le droit régissant l'obligation alimentaire envers l'enfant » (par. 27). Dans l'arrêt *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'incapacité d'un époux à demander une pension alimentaire pour lui-même et son retard à le faire ne justifiaient pas le refus d'une ordonnance alimentaire provisoire pour l'enfant.

Like the one-year rule, the suggestion of a three-year limitation period is, with respect, an unnecessary fettering of judicial discretion. Such a clear restriction of a child's entitlement requires, in my view, an express statutory direction to that effect.

Bastarache J. concludes that s. 25(1)(a) of the *Guidelines* — which limits a recipient parent's request for historical income information to a three-year period — provides support for the contention that it will usually be inappropriate to make a support award retroactive to a date more than three years before formal notice was given to the payor parent.

Section 25 allows a parent to go back three years when asking for disclosure not to limit retroactive orders, but because three years of financial information can be looked to in determining the income amount to be used to calculate the *prospective* support obligation under the *Guidelines*. Significantly this three-year limit for disclosure of financial information is found only under the federal scheme; no equivalent provision is found in the *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, c. P-1.

Under s. 16 of the *Guidelines*, prospective support orders (original or variation) are based on the sources of income set out in the most recent T1 General form of the payor, unless a court is of the opinion that this is not the fairest determination of income. If the court is of the opinion that the most current T1 would not be the fairest determination, it is permitted under s. 17 of the *Guidelines* to consider the three most recent T1s of the payor to determine income in light of any pattern of income, fluctuation or receipt of a non-recurring amount. The “three-year limit” in s. 25(1)(a) is clearly tied to s. 17 of the *Guidelines*. After receiving financial information pursuant to a notice to disclose, the payee may or may not take any action for prospective support. I see no endorsement in this provision for imposing a three-year limit on support owed to children.

Avec égards, la limitation de trois ans préconisée par mon collègue, à l'instar de celle d'un an, entrave inutilement l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Une restriction aussi manifeste du droit de l'enfant exige selon moi une indication expresse du législateur en ce sens.

Le juge Bastarache conclut que l'al. 25(1)a des *Lignes directrices* — qui prévoit le droit du parent créancier de demander des renseignements sur le revenu pour les trois années précédentes — étaye la thèse qu'il est habituellement inopportun de faire rétroagir l'ordonnance alimentaire à plus de trois ans avant l'avis formel au parent débiteur.

L'article 25 permet à un parent de demander la communication de renseignements sur les trois dernières années, non pas pour limiter l'effet rétroactif d'une ordonnance, mais parce que l'information financière correspondant à cette période peut être considérée pour établir le revenu à partir duquel sera calculé le montant de la pension alimentaire exigible *pour l'avenir* selon les *Lignes directrices*. Il importe de signaler que la limite de trois ans établie pour la communication de renseignements financiers n'est prévue que par le régime fédéral; la *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, ch. P-1, ne renferme aucune disposition à l'effet équivalent.

Suivant l'article 16 de celles-ci, l'ordonnance (initiale ou modificative) rendue pour l'avenir se fonde sur les sources de revenu figurant dans la formule T1 Générale la plus récente du parent débiteur, sauf lorsque le tribunal est d'avis que cela ne permet pas d'arriver à la détermination la plus équitable, auquel cas l'art. 17 autorise le tribunal à s'appuyer sur les trois formules T1 les plus récentes pour déterminer le revenu à la lumière de toute tendance ou fluctuation du revenu, ainsi que de toute rentrée exceptionnelle. La « limite de trois ans » fixée à l'al. 25(1)a est clairement liée à l'art. 17 des *Lignes directrices*. Après qu'il a obtenu les renseignements financiers demandés, le parent créancier peut solliciter ou non une ordonnance pour l'avenir. Je ne vois dans cette disposition aucun appui à l'imposition d'une limite de trois ans pour le recouvrement de la pension alimentaire exigible pour l'enfant.

175

176

177

178

179

Notwithstanding the differences in my approach to the factors relevant to the calculation of retroactive child support orders, Bastarache J.'s disposition of all four appeals is tenable on the facts of each case. I agree with his analyses in *Hiemstra* and *Henry*. In *D.B.S.*, while I have some concerns about whether the result would have been different given the principles enunciated in these reasons, there was no "clear evidence" as to what was owed and from what date. And in *T.A.R. v. L.J.W.*, given the chambers judge's conclusion about the payor parent's "meagre gross income" and the expenses he incurred in exercising access ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569, at paras. 11 and 14), one can infer that the delay in bringing an application to vary caused undue hardship.

180

I would therefore dispose of the four appeals as recommended by Bastarache J.

APPENDIX

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (am. S.C. 1997, c. 1)

15.1 (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to pay for the support of any or all children of the marriage.

(2) Where an application is made under subsection (1), the court may, on application by either or both spouses, make an interim order requiring a spouse to pay for the support of any or all children of the marriage, pending the determination of the application under subsection (1).

(3) A court making an order under subsection (1) or an interim order under subsection (2) shall do so in accordance with the applicable guidelines.

(4) The court may make an order under subsection (1) or an interim order under subsection (2) for a definite or indefinite period or until a specified event occurs, and may impose terms, conditions or restrictions in connection with the order or interim order as it thinks fit and just.

(5) Notwithstanding subsection (3), a court may award an amount that is different from the amount that

Malgré les points de désaccord quant aux éléments à considérer dans l'établissement de l'ordonnance alimentaire rétroactive pour l'enfant, la manière dont le juge Bastarache statue dans les quatre affaires se défend au regard des faits de chacune d'elles. Je suis d'accord avec son analyse dans les dossiers *Hiemstra* et *Henry*. Dans *D.B.S.*, je me demande si l'application des principes énoncés dans les présents motifs aurait changé le résultat, mais la « preuve n'était pas claire » quant aux sommes dues et à la date à laquelle elles étaient devenues exigibles. Dans *T.A.R. c. L.J.W.*, étant donné la conclusion du juge en chambre concernant le « maigre revenu brut » du parent débiteur et les dépenses qu'il avait engagées dans l'exercice de ses droits de visite ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569, par. 11 et 14), on peut déduire que le retard à demander une ordonnance modificative a causé des difficultés excessives.

Je statuerais donc sur les pourvois comme le propose le juge Bastarache.

ANNEXE

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) (mod. L.C. 1997, ch. 1)

15.1 (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de verser une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(2) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal peut rendre une ordonnance provisoire enjoignant à un époux de verser, dans l'attente d'une décision sur la demande visée au paragraphe (1), une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(3) Le tribunal qui rend une ordonnance ou une ordonnance provisoire la rend conformément aux lignes directrices applicables.

(4) La durée de validité de l'ordonnance ou de l'ordonnance provisoire rendue par le tribunal au titre du présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; elle peut être assujettie aux modalités ou aux restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

(5) Par dérogation au paragraphe (3), le tribunal peut fixer un montant différent de celui qui serait

would be determined in accordance with the applicable guidelines if the court is satisfied

(a) that special provisions in an order, a judgment or a written agreement respecting the financial obligations of the spouses, or the division or transfer of their property, directly or indirectly benefit a child, or that special provisions have otherwise been made for the benefit of a child; and

(b) that the application of the applicable guidelines would result in an amount of child support that is inequitable given those special provisions.

(6) Where the court awards, pursuant to subsection (5), an amount that is different from the amount that would be determined in accordance with the applicable guidelines, the court shall record its reasons for having done so.

(7) Notwithstanding subsection (3), a court may award an amount that is different from the amount that would be determined in accordance with the applicable guidelines on the consent of both spouses if it is satisfied that reasonable arrangements have been made for the support of the child to whom the order relates.

(8) For the purposes of subsection (7), in determining whether reasonable arrangements have been made for the support of a child, the court shall have regard to the applicable guidelines. However, the court shall not consider the arrangements to be unreasonable solely because the amount of support agreed to is not the same as the amount that would otherwise have been determined in accordance with the applicable guidelines.

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses; or

(b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

. . .

(4) Before the court makes a variation order in respect of a child support order, the court shall satisfy itself that a change of circumstances as provided for in the applicable guidelines has occurred since the

déterminé conformément aux lignes directrices applicables s'il est convaincu, à la fois :

a) que des dispositions spéciales d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente écrite relatif aux obligations financières des époux ou au partage ou au transfert de leurs biens accordent directement ou indirectement un avantage à un enfant pour qui les aliments sont demandés, ou que des dispositions spéciales ont été prises pour lui accorder autrement un avantage;

b) que le montant déterminé conformément aux lignes directrices applicables serait inéquitable eu égard à ces dispositions.

(6) S'il fixe, au titre du paragraphe (5), un montant qui est différent de celui qui serait déterminé conformément aux lignes directrices applicables, le tribunal enregistre les motifs de sa décision.

(7) Par dérogation au paragraphe (3), le tribunal peut, avec le consentement des époux, fixer un montant qui est différent de celui qui serait déterminé conformément aux lignes directrices applicables s'il est convaincu que des arrangements raisonnables ont été conclus pour les aliments de l'enfant visé par l'ordonnance.

(8) Pour l'application du paragraphe (7), le tribunal tient compte des lignes directrices applicables pour déterminer si les arrangements sont raisonnables. Toutefois, les arrangements ne sont pas déraisonnables du seul fait que le montant sur lequel les conjoints s'entendent est différent de celui qui serait déterminé conformément aux lignes directrices applicables.

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

. . .

(4) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement de situation, selon les lignes directrices applicables, depuis que

making of the child support order or the last variation order made in respect of that order.

(6.1) A court making a variation order in respect of a child support order shall do so in accordance with the applicable guidelines.

25.1 (1) With the approval of the Governor in Council, the Minister of Justice may, on behalf of the Government of Canada, enter into an agreement with a province authorizing a provincial child support service designated in the agreement to

(a) assist courts in the province in the determination of the amount of child support; and

(b) recalculate, at regular intervals, in accordance with the applicable guidelines, the amount of child support orders on the basis of updated income information.

(2) Subject to subsection (5), the amount of a child support order as recalculated pursuant to this section shall for all purposes be deemed to be the amount payable under the child support order.

(3) The former spouse against whom a child support order was made becomes liable to pay the amount as recalculated pursuant to this section thirty-one days after both former spouses to whom the order relates are notified of the recalculation in the manner provided for in the agreement authorizing the recalculation.

(4) Where either or both former spouses to whom a child support order relates do not agree with the amount of the order as recalculated pursuant to this section, either former spouse may, within thirty days after both former spouses are notified of the recalculation in the manner provided for in the agreement authorizing the recalculation, apply to a court of competent jurisdiction for an order under subsection 17(1).

(5) Where an application is made under subsection (4), the operation of subsection (3) is suspended pending the determination of the application, and the child support order continues in effect.

(6) Where an application made under subsection (4) is withdrawn before the determination of the application,

cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue.

(6.1) Le tribunal qui rend une ordonnance modificative d'une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant la rend conformément aux lignes directrices applicables.

25.1 (1) Le ministre de la Justice peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure au nom du gouvernement fédéral un accord avec une province autorisant le service provincial des aliments pour enfants désigné dans celui-ci :

a) à aider le tribunal à fixer le montant des aliments pour un enfant;

b) à fixer, à intervalles réguliers, un nouveau montant pour les ordonnances alimentaires au profit d'un enfant en conformité avec les lignes directrices applicables et à la lumière des renseignements à jour sur le revenu.

(2) Sous réserve du paragraphe (5), le nouveau montant de l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant fixé sous le régime du présent article est réputé, à toutes fins utiles, être le montant payable au titre de l'ordonnance.

(3) Le nouveau montant fixé sous le régime du présent article est payable par l'ex-époux visé par l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant trente et un jours après celui où les ex-époux en ont été avisés selon les modalités prévues dans l'accord autorisant la fixation du nouveau montant.

(4) Dans les trente jours suivant celui où ils ont été avisés du nouveau montant, selon les modalités prévues dans l'accord en autorisant la fixation, les ex-époux, ou l'un d'eux, peuvent demander au tribunal compétent de rendre une ordonnance au titre du paragraphe 17(1).

(5) Dans le cas où une demande est présentée au titre du paragraphe (4), l'application du paragraphe (3) est suspendue dans l'attente d'une décision du tribunal compétent sur la demande, et l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant continue d'avoir effet.

(6) Dans le cas où la demande présentée au titre du paragraphe (4) est retirée avant qu'une décision soit

the former spouse against whom the order was made becomes liable to pay the amount as recalculated pursuant to this section on the day on which the former spouse would have become liable had the application not been made.

26.1 . . .

(2) The guidelines shall be based 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.

. . . .

Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175 (am. SOR/97-563; am. SOR/2000-337)

1. The objectives of these Guidelines are

- (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.

2. . . .

(3) Where, for the purposes of these Guidelines, any amount is determined on the basis of specified information, the most current information must be used.

. . . .

3. (1) Unless otherwise provided under these Guidelines, the amount of a child support order for children under the age of majority is

- (a) the amount set out in the applicable table, according to the number of children under the age of majority to whom the order relates and the income of the spouse against whom the order is sought; and

rendue à son égard, le montant payable par l'ex-époux visé par l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant est le nouveau montant fixé sous le régime du présent article et ce à compter du jour où ce montant aurait été payable si la demande n'avait pas été présentée.

26.1 . . .

(2) Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

. . . .

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175 (mod. DORS/97-563; mod. DORS/2000-337)

1. Les présentes lignes directrices visent à :

- 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.

2. . . .

(3) La détermination de tout montant aux fins des présentes lignes directrices se fait selon les renseignements les plus à jour.

. . . .

3. (1) Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'enfants mineurs est égal à la somme des montants suivants :

- a) le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance et le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande;

(b) the amount, if any, determined under section 7.

(2) Unless otherwise provided under these Guidelines, where a child to whom a child support order relates is the age of majority or over, the amount of the child support order is

(a) the amount determined by applying these Guidelines as if the child were under the age of majority; or

(b) if the court considers that approach to be inappropriate, the amount that it considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the child and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the child.

(3) The applicable table is

(a) if the spouse against whom an order is sought resides in Canada,

(i) the table for the province in which that spouse ordinarily resides at the time the application for the child support order, or for a variation order in respect of a child support order, is made or the amount is to be recalculated under section 25.1 of the Act,

(ii) where the court is satisfied that the province in which that spouse ordinarily resides has changed since the time described in subparagraph (i), the table for the province in which the spouse ordinarily resides at the time of determining the amount of support, or

(iii) where the court is satisfied that, in the near future after determination of the amount of support, that spouse will ordinarily reside in a given province other than the province in which the spouse ordinarily resides at the time of that determination, the table for the given province; and

(b) if the spouse against whom an order is sought resides outside of Canada, or if the residence of that spouse is unknown, the table for the province where the other spouse ordinarily resides at the time the application for the child support order or for a variation order in respect of a child support order is made or the amount is to be recalculated under section 25.1 of the Act.

4. Where the income of the spouse against whom a child support order is sought is over \$150,000, the amount of a child support order is

b) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

(2) Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'un enfant majeur visé par l'ordonnance est :

a) le montant déterminé en application des présentes lignes directrices comme si l'enfant était mineur;

b) si le tribunal est d'avis que cette approche n'est pas indiquée, tout montant qu'il juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'enfant, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer au soutien alimentaire de l'enfant.

(3) La table applicable est :

a) si l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire réside au Canada :

(i) la table de la province où il réside habituellement à la date à laquelle la demande d'ordonnance ou la demande de modification de celle-ci est présentée ou à la date à laquelle le nouveau montant de l'ordonnance doit être fixé sous le régime de l'article 25.1 de la Loi,

(ii) lorsque le tribunal est convaincu que la province de résidence habituelle de l'époux a changé depuis cette date, la table de la province où il réside habituellement au moment de la détermination du montant de l'ordonnance,

(iii) lorsque le tribunal est convaincu que, dans un proche avenir après la détermination du montant de l'ordonnance, l'époux résidera habituellement dans une province donnée autre que celle où il réside habituellement au moment de cette détermination, la table de cette province donnée;

b) s'il réside à l'extérieur du Canada ou si le lieu de sa résidence est inconnu, la table de la province où réside habituellement l'autre époux à la date à laquelle la demande d'ordonnance alimentaire ou la demande de modification de celle-ci est présentée ou à la date à laquelle le nouveau montant de l'ordonnance doit être fixé sous le régime de l'article 25.1 de la Loi.

4. Lorsque le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire est supérieur à 150 000 \$, le montant de l'ordonnance est le suivant :

(a) the amount determined under section 3; or

a) le montant déterminé en application de l'article 3;

(b) if the court considers that amount to be inappropriate,

b) si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué:

(i) in respect of the first \$150,000 of the spouse's income, the amount set out in the applicable table for the number of children under the age of majority to whom the order relates;

(i) pour les premiers 150 000 \$, le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance,

(ii) in respect of the balance of the spouse's income, the amount that the court considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children; and

(ii) pour l'excédent, tout montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire,

(iii) the amount, if any, determined under section 7.

(iii) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

9. Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

9. Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :

(a) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;

a) des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;

(b) the increased costs of shared custody arrangements; and

b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;

(c) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

c) des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

10. (1) On either spouse's application, a court may award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9 if the court finds that the spouse making the request, or a child in respect of whom the request is made, would otherwise suffer undue hardship.

10. (1) Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9, s'il conclut que, sans cette mesure, l'époux qui fait cette demande ou tout enfant visé par celle-ci éprouverait des difficultés excessives.

(2) Circumstances that may cause a spouse or child to suffer undue hardship include the following:

(2) Des difficultés excessives peuvent résulter, notamment :

(a) the spouse has responsibility for an unusually high level of debts reasonably incurred to support the spouses and their children prior to the separation or to earn a living;

a) des dettes anormalement élevées qui sont raisonnablement contractées par un époux pour soutenir les époux et les enfants avant la séparation ou pour gagner un revenu;

(b) the spouse has unusually high expenses in relation to exercising access to a child;

b) des frais anormalement élevés liés à l'exercice par un époux du droit d'accès auprès des enfants;

(c) the spouse has a legal duty under a judgment, order or written separation agreement to support any person;

(d) the spouse has a legal duty to support a child, other than a child of the marriage, who is

(i) under the age of majority, or

(ii) the age of majority or over but is unable, by reason of illness, disability or other cause, to obtain the necessities of life; and

(e) the spouse has a legal duty to support any person who is unable to obtain the necessities of life due to an illness or disability.

(3) Despite a determination of undue hardship under subsection (1), an application under that subsection must be denied by the court if it is of the opinion that the household of the spouse who claims undue hardship would, after determining the amount of child support under any of sections 3 to 5, 8 or 9, have a higher standard of living than the household of the other spouse.

(4) In comparing standards of living for the purpose of subsection (3), the court may use the comparison of household standards of living test set out in Schedule II.

(5) Where the court awards a different amount of child support under subsection (1), it may specify, in the child support order, a reasonable time for the satisfaction of any obligation arising from circumstances that cause undue hardship and the amount payable at the end of that time.

(6) Where the court makes a child support order in a different amount under this section, it must record its reasons for doing so.

14. For the purposes of subsection 17(4) of the Act, any one of the following constitutes a change of circumstances that gives rise to the making of a variation order in respect of a child support order:

(a) in the case where the amount of child support includes a determination made in accordance with the applicable table, any change in circumstances that would result in a different child support order or any provision thereof;

(b) in the case where the amount of child support does not include a determination made in accordance with a table, any change in the condition, means,

c) des obligations légales d'un époux découlant d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente de séparation écrite pour le soutien alimentaire de toute personne;

d) des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire d'un enfant, autre qu'un enfant à charge, qui :

(i) n'est pas majeur,

(ii) est majeur, sans pouvoir, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, subvenir à ses propres besoins;

e) des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire de toute personne qui ne peut subvenir à ses propres besoins pour cause de maladie ou d'invalidité.

(3) Même s'il conclut à l'existence de difficultés excessives, le tribunal doit rejeter la demande faite en application du paragraphe (1) s'il est d'avis que le ménage de l'époux qui les invoque aurait, par suite de la détermination du montant de l'ordonnance alimentaire en application des articles 3 à 5, 8 et 9, un niveau de vie plus élevé que celui du ménage de l'autre époux.

(4) Afin de comparer les niveaux de vie des ménages visés au paragraphe (3), le tribunal peut utiliser la méthode prévue à l'annexe II.

(5) S'il rajuste le montant de l'ordonnance alimentaire en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut, dans l'ordonnance, prévoir une période raisonnable pour permettre à l'époux de satisfaire les obligations qui causent des difficultés excessives et fixer le montant de celle-ci à l'expiration de cette période.

(6) Le tribunal doit enregistrer les motifs de sa décision de rajuster le montant de l'ordonnance alimentaire en vertu du présent article.

14. Pour l'application du paragraphe 17(4) de la Loi, l'un ou l'autre des changements ci-après constitue un changement de situation au titre duquel une ordonnance alimentaire modificative peut être rendue :

a) dans le cas d'une ordonnance alimentaire dont tout ou partie du montant a été déterminé selon la table applicable, tout changement qui amènerait une modification de l'ordonnance ou de telle de ses dispositions;

b) dans le cas d'une ordonnance alimentaire dont le montant n'a pas été déterminé selon une table, tout changement dans les ressources, les besoins ou,

needs or other circumstances of either spouse or of any child who is entitled to support; and

(c) in the case of an order made before May 1, 1997, the coming into force of section 15.1 of the Act, enacted by section 2 of chapter 1 of the Statutes of Canada, (1997).

25. (1) Every spouse against whom a child support order has been made must, on the written request of the other spouse or the order assignee, not more than once a year after the making of the order and as long as the child is a child within the meaning of these Guidelines, provide that other spouse or the order assignee with

(a) the documents referred to in subsection 21(1) for any of the three most recent taxation years for which the spouse has not previously provided the documents;

(b) as applicable, any current information, in writing, about the status of any expenses included in the order pursuant to subsection 7(1); and

(c) as applicable, any current information, in writing, about the circumstances relied on by the court in a determination of undue hardship.

Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, c. P-1 (am. S.A. 2003, c. I-0.5, s. 58(6); rep. S.A. 2003, c. F-4.5, s. 129)

7(1) Subject to subsection (5), an application may be made to the Court for an order

(a) declaring that the respondent is a parent for the purposes of this Act, and

(b) directing the payment of any or all of the expenses referred to in section 16(2).

15(1) If the Court is satisfied that the respondent is a parent, the Court may make an order declaring the respondent to be a parent for the purposes of this Act.

(2) If 2 or more persons are named as respondents in an application and the Court

(a) is satisfied that any one of the respondents might be a parent, and

d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des époux ou de tout enfant ayant droit à une pension alimentaire;

c) dans le cas d'une ordonnance rendue avant le 1^{er} mai 1997, l'entrée en vigueur de l'article 15.1 de la Loi, édicté par l'article 2 du chapitre 1 des Lois du Canada (1997).

25. (1) Le débiteur alimentaire doit, sur demande écrite de l'autre époux ou du cessionnaire de la créance alimentaire, au plus une fois par année après le prononcé de l'ordonnance et tant que l'enfant est un enfant au sens des présentes lignes directrices, lui fournir :

a) les documents visés au paragraphe 21(1) pour les trois dernières années d'imposition, sauf celles pour lesquelles ils ont déjà été fournis;

b) le cas échéant, par écrit, des renseignements à jour sur l'état des dépenses qui sont prévues dans l'ordonnance en vertu du paragraphe 7(1);

c) le cas échéant, par écrit, des renseignements à jour sur les circonstances sur lesquelles s'est fondé le tribunal pour établir l'existence de difficultés excessives.

Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, ch. P-1 (mod. S.A. 2003, ch. I-0.5, par. 58(6); abr. S.A. 2003, ch. F-4.5, art. 129)

[TRADUCTION]

7(1) Sous réserve du paragraphe (5), la Cour peut être saisie d'une demande d'ordonnance

a) déclarant que la partie défenderesse est un parent de l'enfant pour l'application de la présente loi et

b) prévoyant le paiement des dépenses visées au paragraphe 16(2) ou de certaines d'entre elles.

15(1) Lorsqu'elle est convaincue que la partie défenderesse est un parent, la Cour peut rendre une ordonnance déclarant que la partie défenderesse est un parent pour l'application de la présente loi.

(2) Lorsque deux personnes ou plus sont constituées parties défenderesses à une demande et qu'elle

a) est convaincue que l'une ou l'autre de ces personnes pourrait être un parent, mais

- (b) is unable to determine which respondent is a parent,

the Court may make an order declaring each of the respondents who, in the opinion of the Court, might be a parent to be a parent for the purposes of this Act.

(3) No order may be made under this section if, at the date of the application for the order, the child in respect of whom the application is made has reached the age of 18 years.

16(1) If an order is made under section 15, the Court may, subject to subsection (3), make a further order

- (a) directing the respondent to pay any or all of the expenses referred to in subsection (2), or
- (b) if the order is made under section 15(2), directing the respondents to pay any or all of the expenses referred to in subsection (2) in any proportion that the Court considers appropriate.

(2) A direction in an order under this section may refer to any or all of the following expenses:

- (a) reasonable expenses for the maintenance of the mother
- (i) during a period not exceeding 3 months preceding the birth of the child,
- (ii) at the birth of the child, and
- (iii) during a period after the birth of the child that, in the opinion of the Court, is necessary as a consequence of the birth of the child;
- (b) reasonable expenses for the maintenance of the child before the date of the order;
- (c) monthly or periodic payments for the maintenance of the child until the child reaches the age of 18 years;
- (d) expenses of the burial of the child if the child dies before the date of the order;
- (e) costs of any or all Court proceedings taken under this Act.

(3) No order may be made under this section

- b) est incapable de déterminer laquelle,

la Cour peut rendre une ordonnance déclarant que chacune des parties défenderesses qui, à son avis, pourrait être un parent, est un parent pour l'application de la présente loi.

(3) Nulle ordonnance ne peut être rendue en vertu du présent article lorsque, à la date de la demande, l'enfant visé par celle-ci a 18 ans ou plus.

16(1) Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de l'article 15, la Cour peut, sous réserve du paragraphe (3), rendre une autre ordonnance

- a) enjoignant à la partie défenderesse de payer tout ou partie des dépenses énumérées au paragraphe (2) ou,
- b) lorsque l'ordonnance est rendue en vertu du paragraphe 15(2), enjoignant aux parties défenderesses de payer tout ou partie des dépenses énumérées au paragraphe (2), suivant la proportion qu'elle estime appropriée.

(2) L'ordonnance peut porter sur ce qui suit :

- a) les dépenses raisonnables engagées par la mère pour subvenir à ses besoins
- (i) au plus 3 mois avant la naissance de l'enfant,
- (ii) à la naissance de l'enfant,
- (iii) ultérieurement, lorsque la Cour estime qu'elles ont été rendues nécessaires par la naissance de l'enfant;
- b) les dépenses raisonnables engagées pour subvenir aux besoins de l'enfant avant l'ordonnance;
- c) les sommes versées mensuellement ou périodiquement pour subvenir aux besoins de l'enfant avant qu'il n'ait 18 ans;
- d) les frais d'inhumation de l'enfant qui décède avant le prononcé de l'ordonnance;
- e) les frais de justice afférents à une instance engagée sous le régime de la présente loi.

(3) Une ordonnance ne peut être rendue en application du présent article

- (a) in respect of an expense referred to in subsection (2)(b) or (c) unless the application for the order is commenced before the child in respect of whom the application is made reaches the age of 18 years, or
- (b) in respect of an expense referred to in subsection (2)(a) or (d) unless the application for the order is commenced within 2 years after the expense was incurred.
- (4) In making an order under this section, the Court shall fix an amount to be paid for the maintenance of a child that will enable the child to be maintained at a reasonable standard of living having regard to the financial resources of each of the child's parents.
- (5) An order may provide that the liability of a parent for the expenses referred to in subsection (2), other than for the maintenance of a child under subsection (2)(c), shall be satisfied by the payment of an amount specified in the order.
- (6) When an order is made under this section, the applicant shall provide certified copies of the order to any person declared to be a parent under section 15.
- 18(1)** An application to vary or terminate an order or a filed agreement may be made to the Court by
- (a) a person required by the order or filed agreement to make a payment,
- (b) a parent of a child who is the subject of the order or filed agreement,
- (c) a person who has the care and control of a child who is the subject of the order or filed agreement,
- (d) a child who is the subject of the order or filed agreement, or
- (e) the Director under the *Income and Employment Supports Act* on behalf of the Government, where the Director has a right under Part 5 of the *Income and Employment Supports Act*.
- (2) The Court may vary or terminate an order or a filed agreement if it is satisfied that there has been a substantial change in
- (a) the ability of a parent to pay the expenses specified in the order or filed agreement,
- a) pour les dépenses visées aux alinéas (2)b) ou c) que si la demande est présentée avant que l'enfant en cause n'ait 18 ans ou,
- b) pour les dépenses visées aux alinéas (2)a) ou d), que si la demande est présentée au plus tard 2 ans après qu'elles ont été engagées.
- (4) En rendant son ordonnance, la Cour détermine le montant des aliments devant être versés pour assurer à l'enfant un niveau de vie raisonnable compte tenu des ressources financières de ses père et mère.
- (5) Une ordonnance peut prévoir que l'obligation d'un parent à l'égard des dépenses énumérées au paragraphe (2), à l'exclusion de celles visées à l'alinéa (2)c), sera exécutée par le paiement de la somme qu'elle précise.
- (6) Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu du présent article, la partie demanderesse en fournit une copie certifiée conforme à toute personne déclarée être un parent en application de l'article 15.
- 18(1)** Une demande visant la modification d'une ordonnance ou d'un accord déposé ou son annulation peut être présentée par l'une ou l'autre des personnes suivantes :
- a) une personne tenue à un paiement par l'ordonnance ou l'accord déposé;
- b) le père ou la mère de l'enfant visé par l'ordonnance ou l'accord déposé;
- c) une personne assurant le soin et la surveillance de l'enfant visé par l'ordonnance ou l'accord déposé;
- d) l'enfant visé par l'ordonnance ou l'accord déposé;
- e) le Directeur nommé en vertu de l'*Income and Employment Supports Act*, au nom du gouvernement, lorsque la partie 5 de cette loi lui en confère le droit.
- (2) La Cour peut modifier ou annuler une ordonnance ou un accord déposé lorsqu'elle est convaincue qu'un changement important est survenu en ce qui concerne :
- a) la capacité d'un parent de payer les dépenses prévues dans l'ordonnance ou l'accord déposé,

(b) the needs of the child, or

(c) the care and control of the child.

(3) An order under this section may not vary an amount specified under section 6(3) or 16(5).

Appeals allowed with costs in D.B.S. v. S.R.G. and in T.A.R. v. L.J.W. Appeals dismissed with costs in Henry v. Henry and in Hiemstra v. Hiemstra.

Solicitors for the appellants: Smith Family Law Group, Toronto.

Solicitor for the respondents S.R.G. and L.J.W.: Carole Curtis, Toronto.

Solicitors for the respondent Celeste Rosanne Henry: Thornborough Smeltz Gillis, Calgary.

Solicitors for the respondent Geraldine Hiemstra: Rand Kiss Turner, Edmonton.

b) les besoins de l'enfant ou

c) le soin de l'enfant et sa surveillance.

(3) Le montant fixé en application des paragraphes 6(3) ou 16(5) ne peut être modifié par une ordonnance rendue en application du présent article.

Pourvois accueillis avec dépens dans D.B.S. c. S.R.G. et dans T.A.R. c. L.J.W. Pourvois rejetés avec dépens dans Henry c. Henry et dans Hiemstra c. Hiemstra.

Procureurs pour les appelants : Smith Family Law Group, Toronto.

Procureure pour les intimées S.R.G. et L.J.W. : Carole Curtis, Toronto.

Procureurs pour l'intimée Celeste Rosanne Henry : Thornborough Smeltz Gillis, Calgary.

Procureurs pour l'intimée Geraldine Hiemstra : Rand Kiss Turner, Edmonton.