

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

41-09-CA

PAUL MURRAY BROWN

APPELLANT

- and -

MEGAN LOUISE BROWN

RESPONDENT

Brown v. Brown, 2010 NBCA 5

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 27, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 24, 2009

Judgment rendered:
January 28, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Paul M. Brown,
appeared in person

PAUL MURRAY BROWN

APPELANT

- et -

MEGAN LOUISE BROWN

INTIMÉE

Brown c. Brown, 2010 NBCA 5

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 27 mars 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 24 septembre 2009

Jugement rendu :
Le 28 janvier 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Paul M. Brown
a comparu en personne

For the respondent:
Misty Matthews-Emery

Pour l'intimée :
M^e Misty Matthews-Emery

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed in accordance with the reasons for judgment and without costs.

Accueille l'appel aux présents motifs, sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal stems from the refusal of a motion judge to grant a retroactive variation order that would reduce or cancel arrears owing with respect to both spousal and child support. The amount in issue is \$118,865. In my respectful view, the appeal must be allowed and the matter remitted to the motion judge for reconsideration in accordance with the analytical framework set out in these reasons. By way of introduction, the following is an overview of the principles I believe should be applicable in New Brunswick.

[2] The jurisdiction to issue retroactive variation orders that reduce or cancel arrears of support has been carefully circumscribed under both the provincial and federal legislation. In each instance, the order is contingent on the court finding a “change in circumstances” of one of the parties, or a child, between the time of the original order and the application for variation. Invariably, the law requires the change to be “material”. Actually, the court must rule on two discrete questions: Was there a material change in circumstances during the period of retroactivity and, having regard to all other relevant circumstances during this period, would the applicant have been granted a reduction in his or her support obligation but for his or her untimely application? The concept of material change in circumstances has always been interpreted broadly. As a general proposition, the court will be asking whether the change was significant and long lasting; whether it was real and not one of choice.

[3] When deciding whether to grant a full or partial remission of arrears, courts need not be concerned with several factors often explored in the jurisprudence of other jurisdictions. Specifically, the court need not address why the applicant failed to make a timely application for retroactive variation. Correlatively, the court need not be

concerned with the reasons underscoring the support recipient's failure to pursue timely enforcement measures thereby thwarting the accumulation of arrears. In short, the notion of "fault" plays no role in the decision to grant retroactive variation orders involving support arrears. Admittedly, this narrowed approach appears to deviate from the analytical framework set down in *D.B.S. v. S.R.G.*, [2006] 2 S.C.R. 231, [2006] S.C.J. No. 37 (QL), 2006 SCC 37. In that case, the Supreme Court outlined four factors to be considered when deciding whether to order a retroactive increase in child support, including the two factors just cited. But the present case involves a retroactive order to reduce both spousal and a child support. The distinction between the two orders is not without difference and one which did not escape the Supreme Court. It is one thing to demand immediate payment of monies with respect to a past obligation that only recently matured and quite another to seek an order that recalculates and reduces the amount owing with respect to a debt never paid.

[4] As will be explained, the understanding that "fault" plays no role in the adjudication of applications for retroactive variation of support arrears is consistent with both the majority and minority opinions delivered in *D.B.S. v. S.R.G.* Moreover, once the law disposes of the need to consider the reasons underscoring the support recipient's failure to pursue timely enforcement measures, there is no room for the antediluvian rule against support recipients "hoarding" arrears and the corollary rule limiting arrears to "one year". In recent times, other courts have soundly rejected the validity of these rules. The jurisprudence of this Province should reinforce that understanding of the law. Similarly, there is no room in the law for retroactive variation orders that reduce or eliminate support arrears based on misconceived notions of "laches", "acquiescence" and "waiver" on the part of the support recipient.

[5] These reasons do not subscribe to the understanding that courts possess a residual discretion to forgive arrears. In cases where the applicant is unable to establish a material change in circumstances, there is no residual discretion to either reduce or cancel arrears based on the interlocking pleas of "inability to pay" and "hardship". As a matter of statutory interpretation, neither the provincial nor federal legislation expressly

contemplates the exercise of such discretion, nor can it be reasonably inferred as being a necessary incident of the power to issue retroactive orders. Indeed, other statutory provisions undermine the notion of a residual discretion to forgive arrears.

[6] Finally, these reasons do not stand for the proposition that the ability to pay arrears is never relevant. It is relevant when it comes to the matter of arrears enforcement. If payers of support truly lack the present and future financial resources to address the arrears problem, the court cannot be expected to craft an enforcement order that ignores the adage: “one cannot draw blood from a stone”. In this limited sense, the pleas of inability to pay and hardship cannot be ignored. But the pleas must fall deafly on judicial ears when the relief sought is a forgiveness of arrears. As a matter of law, support recipients are entitled to cling to the faint hope of a future ability to pay.

[7] As an introductory note, the jurisprudence speaks of the person who is obligated to pay support as either the “payer” or the “payor”. Both are dictionary correct. The Supreme Court of Canada uses the word “payor” while the New Brunswick legislation speaks of “payer”. To avoid confusion, I shall employ the latter. As would be expected, support recipients are classified as “payees”.

II. Facts

[8] The essential facts are not in dispute. The parties were married in 1972. They had two children. Their son was born in 1984 and their daughter in 1990. The couple separated in 2001 and entered into a Separation Agreement on December 4, 2002. Under the agreement, the appellant father (Mr. Brown) would have custody of their son while the respondent mother (Ms. Brown) would have custody of their daughter. Each parent was to have “liberal access” to the other child. With respect to spousal support, as Mr. Brown’s income was uncertain, the parties deemed his annual income to be \$125,000. This contractual provision reflected the fact that Mr. Brown had just lost his job which, until that time, had provided the family with a yearly income of \$338,000. The affidavit evidence reveals confidence that he would obtain new employment. That

evidence also reveals that Mr. Brown's former employer provided Mr. Brown with \$338,000 in severance pay.

[9] Under the separation agreement, Mr. Brown agreed to pay \$2,360 in monthly spousal support together with \$940 in child support for his daughter, plus any extraordinary expenses. There is nothing in the record to lead one to believe that the amount of child support is not in accordance with the "Guideline" amount. Child support was to cease once the daughter reached 18, unless she remained in full time attendance at university. If the daughter were still in full time attendance at university, past age 22, Mr. Brown was to pay the support and extraordinary expenses directly to his daughter. Otherwise, child support ceased at age 22. According to the Separation Agreement, either party could ask for a variation based on a "material change of circumstances". As well, it was agreed that the terms of the agreement would continue in force if a divorce judgment were subsequently obtained. In fact, a divorce judgment issued on December 6, 2005.

[10] I pause here to note the record before us leaves the impression that, at the time the divorce order issued, the Separation Agreement was not appended as an order for corollary relief thereby rendering the agreement an order of the Court and, hence, subject to the variation provisions found in the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). This omission, if in fact it is an omission, would not be fatal to Mr. Brown's variation motion so long as the Separation Agreement was filed in accordance with s. 134(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 and Rule 73.16 of the *Rules of Court*. Compliance with those provisions renders the agreement an order of the Court. For this reason, at the hearing of the appeal, this ambiguity was drawn to the attention of the parties. If the Separation Agreement does not qualify as an order of the Court, there would be no jurisdiction to hear Mr. Brown's application for a variation and there would be no jurisdiction for the Director of Support Enforcement to issue a garnishment order (as was ordered in the present case). As the motion judge made no mention of this matter, we proceeded to hear the appeal without objection from either side. If there were an omission, it could be cured easily *nunc pro tunc*.

[11] The parties are agreed that the terms of the Separation Agreement were not honored after May of 2004 (except for a \$2,335 payment made on January 31, 2008). From May 2004 and onward, neither party did anything about non-payment of child and spousal support and the accumulation of support arrears. Mr. Brown did not seek a retroactive variation with respect to the arrears or a prospective variation with respect to support. Ms. Brown did nothing with respect to enforcement of arrears until 2008. In that year, she filed the Separation Agreement (“Support Order”) with the office of Family Support Order Services which, on October 31, 2008, issued a notice of hearing with respect to the arrears. Ultimately a payment (garnishment) order issued against Mr. Brown’s present employer. As it happens, Mr. Brown did gain employment on October 1, 2007, at a yearly salary of \$130,700 and is presently so employed.

[12] Everyone agrees that by October 1, 2008, the support arrears totalled \$132,965. It is also common ground that Mr. Brown has a present obligation to pay spousal support at the rate stipulated in the Separation Agreement. However, following the issuance of the notice of hearing by the Director of Support Enforcement, Mr. Brown filed a notice of motion seeking a retroactive variation with respect to both child and spousal support (the arrears). As well, he sought an order eliminating child support on the ground that his daughter was now living with him. Instead, Mr. Brown asked that Ms. Brown be ordered to pay child support in accordance with the Federal Child Support Guidelines. In support of his application (motion), Mr. Brown filed his annual tax returns for the years in which he was delinquent in paying support. Those returns reveal an annual income ranging from a low of \$30,000 to a high of \$108,000. On the eve of the motion hearing, Mr. Brown filed the financial statements of his consulting company which provided him with most of the income reported in his annual tax returns.

[13] Following the one hour motion hearing, the motion judge identified two issues requiring determination: (1) With whom was the Browns’ daughter residing since June of 2007?; and (2) Should the support arrears be reduced or eliminated because of Ms. Browns’ failure to enforce her rights? With respect to the first question, the motion judge found that from June of 2007 until August of 2008, the Brown’s daughter had been

living with her father and, therefore, he should not have been paying child support for this period. Accordingly, the motion judge reduced the child support arrears by \$14,100 (15 months). The motion judge also dealt with the issue of whether Ms. Brown should be ordered to pay retroactive child support during this 15 month period. Applying the Supreme Court's decision in *D.B.S. v. S.R.G.*, the motion judge refused to make such an order. As for the second question, the motion judge refused to order a further reduction or elimination of support arrears for what I grasp to be two reasons. Applying three decisions dealing with retroactive variations to increase child or spousal support, the motion judge reasoned that a retroactive variation to decrease or eliminate support was not justified as there was "limited knowledge as to what, if any impact a reduction in the existing accrued ordered arrears might have upon [Ms. Brown's] life-style." Finally, the motion judge held there was no support in law for the proposition that a recipient's failure to enforce the payment of her right to support or that of a child was a sufficient basis for cancelling outstanding arrears. The motion judge thus issued an order reducing the support arrears to \$118,865.

[14] Before this Court, Mr. Brown appeared without the benefit of legal counsel. Understandably, his written submissions were crafted on the erroneous premise that this Court is entitled to review the entire underlying factual matrix and arrive at its own conclusions with respect to questions of fact and mixed law and fact. Through his written submissions and oral arguments, I was able to distil two central themes of complaint: (1) the motion judge erred in finding that his daughter was presently residing with her mother; and (2) the motion judge erred in narrowing the scope of the issues to the question of whether the support arrears should be reduced or eliminated because of Ms. Brown's failure to enforce her right to support. The second ground is multi-layered. Mr. Brown insists that his arrears should have been reduced or cancelled because of: (a) a change in circumstances tied to a decline in income; (b) Ms. Brown's failure to pursue timely enforcement options (delay); (c) the rule against "hoarding" and; (d) "hardship". Each of these grounds is dealt with below, though in a different order.

III. Legal Framework

[15] One cannot escape the inconsistency in the law when it comes to the legal framework to be applied when deciding whether to grant retroactive variation orders involving support arrears. With respect to the New Brunswick jurisprudence, there is one clear and unequivocal decision of this Court holding that a “material change in circumstances” is a condition precedent to the issuance of a retroactive variation order to reduce or cancel arrears under the provisions of the *Family Services Act: R.R. v. A.C.* (2006), 300 N.B.R. (2d) 1, [2006] N.B.J. No. 204 (QL), 2006 NBCA 58. However, that case was decided before the Supreme Court released its decision in *D.B.S. v. S.R.G.* As well, the New Brunswick precedent does not deal with retroactive orders issuing under the *Divorce Act*, nor the question of whether the courts possess a residual discretion to reduce or cancel support arrears absent a finding of material change in circumstances. On this latter point, Morrison J. recently ruled that the courts possess no such jurisdiction: *T.D.O. v. C.A.O.* (2009), 343 N.B.R. (2d) 253, [2009] N.B.J. No. 115 (QL), 2009 NBQB 119; but see *O’Donnell v. Morgan*, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 4, [2001] N.B.J. No. 66 (QL) for a contrary opinion that is consistent with the jurisprudence of other provinces.

A. *Condition Precedent – Material Change in Circumstances*

[16] The starting point must be the applicable statutory framework under which retroactive variation orders are granted. Turning first to the pertinent provisions of the *Divorce Act*, s. 17(1)(a) provides that a court of competent jurisdiction may make an order “varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively” a support order. Section 2(1) defines a support order to include both spousal and child support. Section 17(4) of the *Divorce Act* provides that with respect to child support orders, the court must be satisfied that a change of circumstances has occurred, as provided for under the applicable guidelines. In turn, s. 14 of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 provides that any one of the following three scenarios constitute a change of circumstances: (1) in cases where child support has been fixed according to the

guidelines, any change in circumstances that would result in a different child support order; (2) in cases where the amount of child support does not include a determination made in accordance with the table, any change in the condition, means or needs or circumstances of either spouse or of any child who is entitled to support; and (3) with respect to orders made before, May 1, 1997, the coming into force of s. 15.1 of the *Divorce Act*. Section 17(4.1) of the *Act* provides that before a court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court must be satisfied that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order. A “change in circumstances” for the purpose of s. 17(4) means “a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms”: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, [1994] S.C.J. No. 94 (QL) at p. 688.

[17] Turning to the provisions of the *Family Services Act*, s. 134 provides that an agreement that contains a provision with respect to the support of a dependent by a person, upon whom an obligation to support is imposed, may be filed with the court and the agreement is deemed to be an order of the court and subject to variation in accordance with the *Act*. Under the *Act*, a dependent person includes a spouse. Section 118(1) provides that if the court is satisfied that: (a) there has been a “material change in the circumstances” of the payer or payee; (b) evidence has become available that was not available on the previous hearing; or (c) the conduct of the dependent person has unreasonably prolonged or aggravated the need for support, the court may discharge, vary or suspend any term of the order, prospectively or retroactively, and relieve the paying spouse from the obligation to pay all or part of the arrears. With respect to child support orders, s. 118(2) provides that if the court is satisfied that a “change of circumstances”, as provided for in the regulations respecting orders for child support, has occurred since the making of the last child support order, the court may discharge, vary or suspend any term of the order, prospectively or retroactively, and relieve the payer from the payment of part or all of the arrears and any interest due thereon. I note that the word “material” is omitted from the phrase “change in circumstances” found in s. 118(2). However, the omission must be deemed of no moment as the word “material” must be read in as a

matter of necessity. Otherwise, any change in circumstances, no matter how trivial or inconsequential, would be sufficient to trigger the right to variation. With respect to the reference to the change of circumstances as being those provided for in the regulations respecting child support orders, s. 4(7) of the *Child Support Guidelines Regulation*, N.B. Reg. 98-27, states that the reference in s. 14 of the *Federal Child Support Guidelines* to s. 17(4) of the *Divorce Act* shall be read as a reference to s. 118(2) of the *Family Services Act*. Hence, the definition of change of circumstances found in s. 14 of the *Federal Child Support Guidelines* is also applicable to child support orders issued or enforceable under the *Family Services Act*.

[18] As a general proposition, it is safe to conclude that under both the federal and provincial legislation, the right to a retroactive variation with respect to reducing or eliminating arrears of either spousal or child support, is dependent on the applicant payer establishing a material change in circumstances during the period of retroactivity. Admittedly, ss. 118(1)(b) and (c) of the *Family Services Act* embrace two additional reasons when it comes to relieving the payment of arrears with respect to spousal (dependent) support. However, both scenarios may be comfortably placed under the umbrella of a “change in circumstances”. In both instances, the payer will argue that his or her support obligation was greater than it should have been and, therefore, it would be appropriate to reduce or cancel arrears. Pursuant to s. 118(1)(b), the payer will argue that evidence which only recently came to light will demonstrate that he or she should have been paying less support. In point of fact, s. 118(1)(b) is a codification of this Court’s decision in *Levinsky v. MacNeil* (1986), 76 N.B.R. (2d) 410, [1986] N.B.J. No. 106 (QL). Alternatively, under s. 118(1)(c), the payer may be able to establish that the support recipient failed to act reasonably in achieving the goal of self-sufficiency or aggravated the need for support.

[19] There is no reason why the concept of “change in circumstances” cannot be viewed flexibly as it has in the past, thereby accommodating a host of factual developments justifying the issuance of retroactive orders that reflect a partial or full remission of support arrears. Certainly, estoppel and detrimental reliance based

arguments that the support recipient led the payer to believe that the obligation to pay support would not be enforced would fall within the ambit of the change in circumstances test. Hence, for purposes of deciding this appeal, and for ease of analysis, I am going to consider the factual scenarios described in ss. 118(1)(b) and (c) of the *Family Services Act* as falling within the concept of “change of circumstances”.

[20] As a matter of fact, the two most common grounds for relief from the payment of arrears are the payer’s reduced ability to pay and the payee’s reduced need for support during the period of retroactivity. With respect to the payer’s ability to pay, the majority of cases involve payers who experienced a decline in income (most often due to unemployment or illness) in the years during which the arrears were accumulating. Of course, a payer who wants to reduce support arrears because of an income decline must be prepared to make full and complete disclosure.

[21] In summary, the jurisdiction to order a partial or full remission of support arrears is dependent on the answer to two discrete questions: Was there a material change in circumstances during the period of retroactivity and, having regard to all other relevant circumstances during this period, would the applicant have been granted a reduction in his or her support obligation but for his or her untimely application? As a general proposition, the court will be asking whether the change was significant and long lasting; whether it was real and not one of choice.

B. *Other Relevant Factors?*

[22] Assuming the court accepts the applicant’s evidence, and agrees the applicant would have been entitled to a reduction with respect to the support obligation, because of a material change in circumstances, it must be asked whether other factors are to be considered and weighed before deciding the matter. For example, are we to consider the factors which the Supreme Court of Canada outlined in *D.B.S. v. S.R.G.*? In my respectful view, the answer is “no”.

[23] In *D.B.S. v. S.R.G.*, the Supreme Court was called on to settle several questions surrounding the granting of retroactive variation orders with a view to increasing the amount of child support that should have been paid. The Court confirmed that, under both the *Divorce Act* and the provincial legislation in question, the courts possess the jurisdiction to make retroactive orders for the purpose of increasing child support but that several factors had to be considered before the courts exercised that power. The Supreme Court was cognizant of the reality that it would not always be appropriate to order a retroactive award with respect to child support, as in cases where the child would receive no discernible benefit from the award. As well, the Court went on to emphasize that retroactive awards might also cause hardship to a payer parent in ways that a prospective award would not and, unlike prospective awards, retroactive ones could impair the delicate balance between certainty and flexibility in this area of the law.

[24] The majority of the Supreme Court in *D.B.S. v. S.R.G.* outlined and discussed the factors to be considered before awarding a retroactive increase in child support: (1) the reason for the recipient parent's delay in seeking child support; (2) the conduct of the payer parent (blameworthy conduct); (3) the past and present circumstances of the child including the child's needs at the time the support should have been paid; and (4) whether the retroactive award might entail hardship to the payer. We are told that none of the factors is decisive. The majority went on to conclude that once the court decides a retroactive order is warranted, the order should be made effective, as a general rule, to the date the support recipient gave effective notice of an intention to enforce the change in support (the presumptive date). Finally, the majority held, as a general rule, retroactive orders are time limited to three years for the following reason: "The federal regime appears to have contemplated the issue by limiting a recipient parent's request for historical income information to a three year period: see s. 25(1)(a) of the Guidelines." (para. 123) Apparently, the general rule is not applicable if there is blameworthy conduct on the part of the payer.

[25] In reasons concurring in the result, the minority in *D.B.S. v. S.R.G.* offered a different approach. The minority held that the presumptive date should be the date of

the change in circumstances and not the date the support recipient gave notice of an intention to enforce the change in support. Correlatively, the minority held there is no room for assessing blameworthy conduct when determining the date at which children can recover the support to which they are entitled. The obligation to pay increased child support fluctuates with parental income and not with parental misconduct. Finally, the minority held that 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 retroactive child support to be recovered.

[26] For purposes of deciding the present appeal, the decision in *D.B.S. v. S.R.G.* is important because the majority opinion expressly acknowledges that the policy considerations – certainty and predictability - underscoring the need to examine the four factors outlined above do not come into play when dealing with support arrears. On that point, Bastarache J. for the majority wrote:

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 [of retroactive increases in child support].
[para. 98]

[27] The above passage renders it unnecessary to look for blameworthy conduct on the part of former spouses in cases where a retroactive decrease in support arrears is sought. In particular, there is no need to examine the reasons underscoring the applicant payer's failure to seek a timely variation order or to scrutinize the reasons why the support recipient failed to take measures aimed at redressing the payer's failure to make timely support payments.

[28] From a policy perspective, it is not difficult to justify the differential treatment accorded to variation orders that seek a retroactive increase in arrears from those that seek a decrease in either child or spousal support. Orders falling within the latter group require the court to confirm that a lower amount of support was payable despite the failure to pay the higher amount. Neither the applicant payer nor the support recipient is prejudiced by the granting of the retroactive variation order in the sense that neither is being asked to pay or repay monies which they may or may not have at the time of the application for variation. Thus, the policy objectives of certainty and predictability in the law are fully respected. This is not necessarily so in cases where the retroactive variation seeks an increase in support. The payer is being asked to pay money that he or she may not presently have or may have difficulty in paying. Hence, a plea of hardship or unfairness cannot be ignored and that is why it is necessary to look at a number of factors before ruling on a retroactive variation order that seeks an increase in support.

[29] Admittedly, the legal proposition holding it unnecessary to examine a host of factors before deciding on whether to grant a retroactive variation order to reduce a support obligation is contrary to a substantial body of jurisprudence. In my respectful view, cases decided prior to the Supreme Court's 2006 decision in *D.B.S. v. S.R.G.* must be reevaluated in light of that decision (see generally *DiFrancesco v. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363 (C.A.), [2001] O.J. No. 4307 (QL); *Earle v. Earle*, [1999] B.C.J. No. 383 (S.C.) (QL) and *Ralph v. Ralph* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 153 (S.C. (T.D.)), [1994] N.J. No. 267 (QL), applying *Tremblett v. Tremblett* (1998), 75 Nfld. & P.E.I.R. 175 (S.C.), [1988] N.J. No. 217 (QL), applying *Belcourt v. Belcourt* (1987), 6 R.F.L. (3d) 396 (Q.B.), [1987] A.J. No. 137 (QL) and contrast with *Sewell v. Grant*, [2005] Y.J. No. 37 (QL), 2005 YKSC 39; *Malka v. Seliktar*, [2004] O.J. No. 4477 (QL) and *Stebner v. Stebner* (2005), 17 R.F.L. (6th) 363, [2005] A.J. No. 392 (QL), 2005 ABQB 266). However, there are also cases decided after *D.B.S. v. S.R.G.* that continue to examine a host of factors, other than a material change of circumstances: e.g., *D.M. v. S.A.*, [2008] N.S.J. No. 294 (QL), 2008 NSFC 15 and *Houston v. McAdam* (2008), 282 Nfld. & P.E.I.R. 202, [2008] N.J. No. 393 (QL), 2008 NLUFC 39.

[30] Finally, I acknowledge *D.B.S. v. S.R.G.* speaks only of retroactive variation orders involving child support. Nothing is said about the analytical framework to be applied in regard to spousal support. For purposes of deciding this appeal, and as a general proposition, I can see no valid policy reason for distinguishing between child and spousal support when it comes to the retroactive variation of support arrears. I do acknowledge the distinction which the Alberta Court of Appeal drew in *Haisman v. Haisman* (1994), 157 A.R. 47 (C.A.), [1994] A.J. No. 553 (QL) between child support and spousal support arrears by concluding that a child should not be penalized by a custodial parent's delay in enforcing child support. However, the need for the distinction evaporates once it is accepted that delay in enforcement (the notion of fault) is no longer a relevant consideration when it comes to retroactive orders involving a decrease in support. I should also mention that so too did the Alberta decision recognize the payer's right to a retroactive reduction in arrears in cases where there was an inability to pay the child support payments during the period of retroactivity, notwithstanding the support recipient's failure to pursue timely support. However, once the notion of fault is removed from the legal equation, be it the fault of the payer or payee, there is no need to distinguish between retroactive variation orders involving a decrease in child as opposed to spousal support.

C. *Failure to Seek Enforcement of Arrears – Hoarding, Laches & Other Doctrines*

[31] It is important to recognize the legal ramifications flowing from a declaration that the law is no longer interested in why the support recipient failed to take timely enforcement measures aimed at redressing the payer's failure to make support payments. The earlier jurisprudence held the failure of the payees to pursue the payment of support arrears should work to their singular disadvantage. The law recognized a principle or rule against the support recipient "hoarding" arrears. The rule was premised on the understanding that to require payment of all arrears might give the recipient spouse (invariably the former wife) an "inequitable hoarding windfall". The hoarding was deemed inequitable for this reason: as the support recipient managed to "survive" without receiving the ordered periodic payments, therefore, she clearly did not need them.

Applying that logic, one could maintain that so long as the poor are able to survive there is no need for the state to provide welfare payments. But surely, the support recipient is entitled to a standard of living based, in part, on the amount of support awarded. A failure to pay support impinges on that right and has one of two consequences. The support recipient does with less or relies on others to make up for the failed obligation to pay support. Notwithstanding the obvious flaws in the hoarding rationale, many courts adopted a “practice rule” of limiting arrears to one year with respect to spousal support (“the one year rule”). Fortunately, the rule was not applied to arrears of child support.

[32] It is puzzling how the older jurisprudence attached great significance to the fact the support recipient failed to pursue timely enforcement options, thereby allowing support arrears to accumulate, while at the same time conveniently overlooking the fact that it was the payer who failed to pursue a timely application with respect to a support variation based on a material change in circumstances. Some of the cases can be explained on the basis that they were decided at a time when the federal and provincial legislation did not provide for the right to seek retroactive variation orders to reduce or cancel support arrears: see generally *The Queen v. MacDonald* (1976), 14 O.R. (2d) 409 [1976] O.J. No. 2331 (QL).

[33] Today, if anyone were to be faulted, it would have to be the payer and not the payee. Applying principles of debtor-creditor law we know that it is the debtor who is obligated to seek out and pay the creditor and not the converse: *Ilkay v. Acadia Motors Ltd.* (2006), 308 N.B.R. (2d) 122, [2006] N.B.J. No. 445 (QL), 2006 NBCA 103, at para. 9. We also know that the common law does not forgive debts with the passage of time, except to the extent there is a prohibition against suing for the debt after the expiration of a limitation or prescription period (an issue touched on below).

[34] In my view, it would be misguided to expect support recipients to take positive steps with respect to enforcement of missed payments. Not only may they lack the financial resources or the where-with-all to pursue legal measures, they may be simply emotionally exhausted and unprepared to enter into another psychological scrum

with someone who is antagonistic to the legal obligation to pay support in the first place. Similarly, I would argue that there are many reasons why a payer might fail to seek a timely variation order with respect to an existing support obligation. So too may the payer lack the money or the where-with-all to proceed with the matter.

[35] I agree with the Ontario Superior Court of Justice in *Ballentine v. Ballentine* (1999), 45 O.R. (3d) 706, [1999] O.J. No. 3103 (QL), aff'd on other grounds [2000] O.J. No. 2870 (C.A.) (QL), and the Alberta Court of Appeal in *Haisman v. Haisman*, when they held there is no room in the law for either the rule against hoarding or the one year rule limiting the accumulation of arrears. The rules have never been in the public interest and are inconsistent with the provisions of the *Family Services Act* and the *Divorce Act*. Moreover, the same reasoning applies to both child and spousal support. With respect to the history and application of the hoarding and one year rules, see the cases collected in Ann Wilton and Judy S. Miyauchi, *Enforcement of Family Law Orders and Agreements: Law and Practice*, looseleaf, vol. 1 (Toronto: Thomson-Carswell, 2007) at p. 1-48.16 et seq.

[36] It is apparent the rule against hoarding and the one year rule limiting the collection of arrears have their origin in the equitable doctrine of “laches”. Under that doctrine, a failure to enforce a right or claim within a reasonable or proper time to the prejudice of the other party has been found to be a form of estoppel when the plaintiff has done something to mislead the defendant to believe that the right would not be acted upon. So too can “acquiescence” become a form of estoppel. It can arise in circumstances where a person knows of his or her right to enforce a claim and neglects to do so for such period that the other party may fairly infer that the right or claim has been abandoned. The legal concept of “waiver”, on the other hand, is premised on an actual intent, express or implied, to abandon or surrender a right (which is irrelevant when it comes to an “estoppel”). Hopefully, one may be forgiven for failing to offer a scholarly exegesis that clearly elaborates on the distinctions and overlapping aspects of these doctrines. My point is simply this: mere delay in pursuing timely enforcement measures cannot be converted into a successful plea of estoppel tied to the doctrines of laches, acquiescence or waiver

with a view to reducing or cancelling support arrears: *Ballentine v. Ballentine*. Thus, one cannot plead that delay itself induced the payer into the belief that arrears would not be enforced.

[37] There may be cases where the support recipient expressly agrees to waive spousal support or acts such that the payer reasonably believes that the support obligation will not be enforced and the payer relies, to his or her detriment, on the recipient's representations or inducements. If that should be the case, the payer is entitled to plead a material change of circumstances as of the time of the representation or inducement (see *Cho v. Cho* (2001), 56 O.R. (3d) 150 (C.A.), [2001] O.J. No. 3871 (QL) and contrast with *Wigle v. Wigle* (2003), 39 R.F.L. (5th) 233 (Sup.Ct.Jus.), [2003] O.J. No. 1771 (QL)). Note, however, that child support is the right of the child and cannot be waived by the recipient parent: *D.B.S. v. S.R.G.*, at para 104.

D. *Residual Discretion to Forgive Arrears? Inability to Pay & Hardship*

[38] A finding of a material change in circumstances is an indispensable condition precedent to the granting of a retroactive variation order that reduces or eliminates arrears in regard to both spousal and child support. Assuming the court rejects the applicant payer's plea of material change or, alternatively, allows only a partial reduction in arrears, the question remains whether the court retains a residual discretion to reduce or eliminate arrears. As the legislation contains no express power to forgive arrears, we must decide whether the residual discretion may be properly inferred or read into the legislation on the ground it is necessary for the proper and efficient administration of the legislative scheme (see *Stone v. Woodstock (Town)* (2006), 302 N.B.R. (2d) 165, [2006] N.B.J. No. 277 (QL), 2006 NBCA 71, for the power of the court to read words into a legislative enactment).

[39] I cannot deny the existence of a large body of jurisprudence supporting the commonly held understanding that courts retain the jurisdiction to reduce or cancel arrears in circumstances where there is a present and future inability to pay on the part of

the delinquent payer. I am also aware of the existence of legislation which expressly authorizes the remission of arrears on broad grounds. The British Columbia *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 96(2) and (3), authorizes the court to forgive arrears if it is satisfied that it would be “grossly unfair” not to do so. The legislation also introduces the notion of fault when it comes to the decision to rescind: see: *Girard v. Girard*, [2006] B.C.J. No. 2810 (QL), 2006 BCCA 482. Neither the federal nor New Brunswick legislation contains equivalent provisions.

[40] As a matter of statutory interpretation and policy, I am of the opinion that the law should not read-in or imply a residual discretion to forgive arrears for two reasons. First, the existence of the discretion is inconsistent with other statutory provisions which seek to preserve, rather than extinguish, debt obligations that arise as a result of a failure to comply with a support obligation. Second, to the extent the residual discretion rests on the interlocking pleas of inability to pay and hardship, those pleas are misdirected. They are relevant, but only when it comes to the matter of arrears enforcement. In short, a distinction must be drawn between the power to forgive arrears and the power to enforce payment. I shall deal with the reasons in the order stated.

[41] The understanding that courts lack a residual discretion to rescind arrears is reinforced or, at the very least, consistent with the provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 and the *Support Enforcement Act*. Section 178(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* provides that an order discharging a bankrupt does not apply to any debt or liability arising from a support obligation. The exemption applies to arrears of both spousal and child support (see *Horvath v. Horvath* (2007), 254 N.S.R. (2d) 113, [2007] N.S.J. No. 90 (QL), 2007 NSSC 70 and *Writer v. Peroff*, [2006] O.J. No. 4567 (Sup.Ct.Jus.) (QL)). Turning to the *Support Enforcement Act*, s. 43 provides that notwithstanding the *Limitations of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8, there is no limitation period respecting the enforcement of arrears that accrue under a support order. Finally, s. 34 of the *Support Enforcement Act* provides that the court may issue a “certificate” stating the amount due under any order made under the *Act* (which includes an order for payment of arrears) and once filed with the court, becomes a judgment of the

court and has the same force and effect as if it were a judgment obtained in the court against the payer. In turn, the certificate may be registered with the land registry system so as to “bind” any real property that the payer owns or may subsequently acquire.

[42] The fact that bankruptcy proceedings cannot extinguish a debt obligation arising from a missed support obligation, and that the prescription period generally applicable to debts does not apply with respect to missed supports obligation, leads one to conclude that the thrust and objective of the modern legislation is to preserve a support recipient’s right to insist on the payment of support arrears and not to extinguish the obligation by recognizing the power of the court to exercise a residual discretion to forgive arrears. More to the point, the implied jurisdiction to forgive arrears would undermine the enforcement option of seizing and selling any exigible property of the payer as contemplated by s. 34 of the *Support Enforcement Act*. That provision preserves the hope that, although the payer may lack property today, he or she may acquire an exigible asset in the future. There may be a present inability to pay but there is always the hope of a future ability.

[43] The jurisprudence confirms the willingness of courts to recognize a residual discretion to forgive arrears. Inevitably, the implied jurisdiction rests on the interlocking pleas of “inability to pay” and “undue hardship” (see, for example, *Haisman v. Haisman*, at paras. 26-27, and *Lynch v. Lundrigan* (2004), 237 Nfld. & P.E.I.R. 304, [2004] N.J. No. 195 (QL), 2004 NLCA 35). While one is invariably attracted to a plea of hardship, it must be ignored for what I believe are cogent reasons. I begin with the proposition that, in truth, any perceived hardship that a payer of support might face because of a present and future inability to pay arrears is self-imposed or self-induced. Someone who had the financial ability to pay support and deliberately chose not to do so is the author of his or her own misfortune. The law should have little sympathy for this litigant and be reticent in establishing a precedent which might well be perceived as an incentive for payers to allow arrears to accumulate over a protracted period. However, the most persuasive argument that the plea of hardship based on a present and future inability should fall on deaf judicial ears is tied to the reality that the plea is more illusionary than real. This is so because there is an underlying and mistaken assumption that the payer

will be asked to pay money which he or she does not have in order to pay down and off the arrears that have accumulated. This is not so. Let me explain.

[44] A distinction must be drawn between the jurisdiction to forgive arrears and the jurisdiction to order their enforcement. Assume that the payer truly lacks the financial resources to pay arrears. What is the support recipient to do? As a practical matter, the route to enforcement begins in the office of the Director of Support Enforcement and ends up on the doorstep of the Court of Queen's Bench. Once the proper amount of arrears is fixed, the judge will be asked to determine whether the payer is financially capable of addressing the arrears problem by making, for example, monthly payments to be applied against this outstanding obligation. If, however, the payer's income is insufficient to meet both past and present support obligations and reasonable costs of living, the court cannot be expected to craft an order that "draws blood from a stone". It may well be that the court will have to consider ordering a temporary suspension with respect to the payment of arrears. Either way, there can be no true hardship if the payer is truly experiencing a present inability to pay arrears and the future appears equally bleak. If the payer truly lacks the financial wherewithal to address the arrears problem, any enforcement options available to the support recipient and the court are of no practical benefit. This is why the plea of hardship is more illusionary than real. Above all, the issue of enforcement is not to be confused with the question of whether the courts possess a residual discretion to forgive arrears.

[45] In summary, there is no residual discretion to either reduce or cancel arrears based on the interlocking pleas of "inability to pay" and "hardship". As a matter of interpretation, neither the provincial nor federal legislation expressly contemplates the exercise of such discretion, nor can it be inferred as being a necessary or practical incident of the power to issue retroactive orders. In any event, there can be no hardship if there is a true inability to pay: one cannot pay what one does not have, even if the demand were court ordered. This is why the payer's inability to pay arrears is of relevance to the issue of enforcement but not to the forgiveness of arrears. As a matter of

law, support recipients are entitled to cling to the hope, however faint, of the payer's future ability to pay.

IV. Application & Analysis

[46] The first ground of appeal relates to the motion judge's factual finding that Mr. Brown's daughter was presently residing with her mother, Ms. Brown. I have not been persuaded that the motion judge made a palpable and overriding error in coming to that factual determination. As to the second ground of appeal, Mr. Brown argues that the motion judge erred in narrowing the scope of the issues to whether the support arrears should be reduced or eliminated because of Ms. Brown's failure to pursue timely enforcement measures. This argument has merit.

[47] Applying the legal framework outlined above, hindsight tells us the motion judge should have asked whether the evidence presented by Mr. Brown established a material change of circumstances tied to the period of retroactivity. In that regard, his annual tax returns support the initial understanding that his annual income for the years in question (between \$30,000 and \$108,000) was below the deemed amount stipulated in the Separation Agreement (\$125,000). However, at the request of Ms. Brown, Mr. Brown also filed additional evidence relating to the actual source of the income reported to the Canada Revenue Agency. The additional evidence consists of statements of income and retained earnings prepared for Mr. Brown's personal corporation through which he offered consulting services and through which he derived income that was reported on his annual tax returns. This evidence was not tendered until the eve of the motion hearing. Of course, the corporate income statements lead one to ask whether Mr. Brown's declared income is consistent with the income being generated by his personal corporation and the manner in which potentially personal expenses were being paid by the corporation. As well, consideration must be given to the fact that Mr. Brown received severance pay of \$338,000.

[48] Ms. Brown sought an adjournment for the purpose of cross-examining Mr. Brown on his affidavit, but there was no need to deal with the request because of the ground on which the motion judge dismissed Mr. Brown's motion. It has not escaped my attention that motions in the Family Division of the Court of Queen's Bench do not normally permit time for cross-examination of affiants. Generally, proceedings in that court are commenced by Notice of Application as provided for under Rule 73.01 of the *Rules of Court*. However, Rules 73.17.2 and 73.17.3 provide that a motion to vary, discharge or suspend a support order shall be made by Notice of Motion.

[49] In the present case, the parties were aware that only an hour had been allotted to the hearing of this motion. This explains why counsel attempted to adumbrate their legal arguments to fit within that narrow time frame. Regardless, and without imputing fault to the parties or motion judge, this is a case in which the support recipient (Ms. Brown) has a right to challenge the payer's (Mr. Brown's) contention that during the years in question, he had experienced a decline in income that would have justified a retroactive variation in regard to support arrears. As stated at the outset, there are really two questions to be addressed: was there a material changes in circumstances during the period of retroactivity and, having regard to all other relevant circumstances during this period, would Mr. Brown have been granted a reduction in his support obligation but for his untimely application? Those questions apply equally to arrears of spousal and child support.

[50] This case must be returned to the motion judge so that the above questions may be properly addressed. If the answers favour Mr. Brown, he is entitled to the order sought. If he is unable to establish the required material change, Mr. Brown's motion should be dismissed. For the reasons stated above, the court does not possess a residual discretion to forgive arrears based on other considerations such as hardship or inability to pay. With respect to the latter consideration, I wish to confirm the motion judge's finding that a support recipient's failure to pursue timely enforcement measures is not a sufficient basis for cancelling arrears. However, I cannot subscribe to his view that a variation order is dependent upon the impact that a reduction might have upon the recipient's present

lifestyle. First, the legal framework canvassed in these reasons for judgment does not permit consideration of such a factor. Second, it would be frustrating to speculate on how the support recipient's lifestyle would be improved if the arrears were paid. The arrears are there to compensate the payee for the standard of living or lifestyle that he or she would have had but for the payer's failure to comply with his or her support obligations.

V. Conclusion

[51] I would allow the appeal and set aside the order dismissing the motion, except with respect to that part of the order which reduces the arrears by \$14,100. The matter should be remitted to the motion judge for a hearing and determination in accordance with these reasons for judgment. There should be no order as to costs on the motion or on the appeal.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Le présent appel est interjeté du rejet d'une motion en modification d'une ordonnance alimentaire. Le juge saisi de la motion a refusé d'accorder au débiteur alimentaire une ordonnance modificative rétroactive qui aurait réduit ou annulé l'arriéré des pensions alimentaires de l'épouse et d'une enfant. Le montant en cause est de 118 865 \$. À mon respectueux avis, il y a lieu d'accueillir l'appel et de renvoyer l'affaire au juge saisi de la motion en vue de son réexamen d'après le cadre d'analyse défini dans les présents motifs. Les paragraphes qui suivent résument, en guise d'introduction, les principes dont je crois qu'ils devraient être applicables au Nouveau-Brunswick.

[2] Les législations fédérale et provinciale délimitent avec soin la compétence des tribunaux de rendre une ordonnance modificative rétroactive réduisant ou annulant un arriéré alimentaire. L'ordonnance ne peut être prononcée que si la cour conclut qu'une des parties, ou un enfant, a connu un « changement de situation » entre l'ordonnance originale et la demande de modification. Le droit exige invariablement que le changement soit « important ». En fait, la cour doit trancher deux questions distinctes : un changement important de situation est-il survenu pendant la période de rétroactivité et, vu toutes les autres circonstances pertinentes de cette période, un allègement de l'obligation alimentaire aurait-il été accordé n'eût été le retard à présenter la demande? La notion de changement important de situation a toujours reçu une interprétation souple. D'une façon générale, les tribunaux examinent si le changement est considérable et durable, et s'il était réel et non le résultat d'un choix.

[3] Lorsqu'ils décident s'ils accorderont ou non une remise d'arriéré entière ou partielle, les tribunaux n'ont pas à se soucier de certains éléments souvent examinés dans les décisions d'autres juridictions. Plus précisément, ils n'ont pas à se pencher sur

les raisons du retard à demander la modification rétroactive. De même, ils n'ont pas à se préoccuper des raisons pour lesquelles l'attributaire de pension alimentaire n'a pas sollicité en temps opportun des mesures d'exécution qui auraient mis un frein à l'accumulation de l'arriéré. Bref, la notion de « faute » n'entre pas en considération dans la décision d'accorder ou non une ordonnance modificative rétroactive touchant un arriéré alimentaire. Il est vrai que cette démarche abrégée paraît s'écarter du cadre d'analyse de *D.B.S. c. S.R.G.; L.J.W. c. T.A.R.; Henry c. Henry; Hiemstra c. Hiemstra*, [2006] 2 R.C.S. 231, [2006] A.C.S. n° 37 (QL), 2006 CSC 37. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a donné quatre éléments à prendre en compte au moment de déterminer s'il y a lieu d'accorder une ordonnance rétroactive d'augmentation des aliments d'enfants, dont les deux éléments précédents. Il est toutefois question, ici, d'une ordonnance rétroactive de réduction des aliments de l'épouse et des enfants. La nature distincte des deux ordonnances se traduit par une différence essentielle qui n'a pas échappé à la Cour suprême. Exiger paiement immédiat de la somme à verser en exécution d'une obligation passée, échue récemment, est une chose; demander une ordonnance qui requiert de recalculer et de réduire le montant d'une dette jamais acquittée est tout autre chose.

[4] Comme les présents motifs l'expliqueront, le point de vue voulant que la « faute » n'entre pas en considération dans les décisions que les tribunaux rendent sur les demandes de modification rétroactive d'arriérés de pension alimentaire s'accorde avec les opinions tant majoritaire que minoritaire de l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.* Qui plus est, dès lors qu'est abandonnée en droit l'exigence d'examen des raisons pour lesquelles l'attributaire de pension alimentaire n'a pas sollicité l'exécution forcée en temps opportun, la règle antédiluvienne interdisant à l'attributaire de « thésauriser » l'arriéré, de même que son pendant, la règle limitant l'arriéré à « un an », n'ont plus leur place. À une époque récente, d'autres tribunaux ont judicieusement rejeté la validité de ces règles. La jurisprudence de notre province devrait adopter ce point de vue sur le droit. De même, les ordonnances modificatives rétroactives qui réduisent ou éliminent les arriérés de pension alimentaire sur le fondement de notions erronées de « retard préjudiciable », d'« acquiescement » ou de « renonciation » de l'attributaire n'ont pas leur place en droit.

[5] Le présent arrêt ne souscrit pas aux vues qui investissent les tribunaux d'un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise de l'arriéré. Lorsque la démonstration d'un changement important de situation ne peut être faite, les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire résiduel de réduire ou d'annuler l'arriéré sur le fondement des arguments connexes d'« incapacité de payer » et de « difficultés ». L'interprétation législative ne les y habilite pas : ni les lois fédérales ni les lois provinciales ne prévoient expressément l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et il ne peut être tenu, par inférence raisonnable, pour un accessoire nécessaire du pouvoir de rendre une ordonnance rétroactive. De fait, d'autres dispositions législatives infirment la thèse d'un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise des arriérés.

[6] Enfin, le présent arrêt n'établit pas que la capacité d'acquitter l'arriéré ne soit jamais pertinente. Elle l'est lorsqu'il s'agit d'exécution de l'arriéré. Si les ressources financières nécessaires manquent ou manqueront véritablement au débiteur alimentaire, il sera vain de s'attendre de la cour qu'elle rende une ordonnance d'exécution ne tenant aucun compte de ce que nul ne peut donner ce qu'il n'a pas. En ce sens restreint, les arguments d'incapacité de payer et de difficultés doivent entrer en ligne de compte. Les tribunaux sont tenus cependant de demeurer sourds à ces arguments si la mesure réparatoire demandée est la remise de l'arriéré. Les attributaires de pension alimentaire sont admis, en droit, à s'accrocher au faible espoir d'une future capacité de payer.

[7] Signalons que les textes de droit appellent tantôt « débiteur », tantôt « payeur », la personne tenue aux aliments. Les arrêts de la Cour suprême du Canada emploient le plus souvent « débiteur », tandis que les lois du Nouveau-Brunswick ont recours au terme « payeur ». Nous retenons ici « débiteur », ou « débiteur alimentaire », parce que d'emploi plus général en droit de la famille. Le destinataire des aliments est appelé « créancier alimentaire », ou encore « attributaire de pension alimentaire ».

II. Les faits

[8] Les faits essentiels ne sont pas contestés. Les parties se sont mariées en 1972. Elles ont eu deux enfants. Leur fils est né en 1984, leur fille en 1990. Elles se sont séparées en 2001 et ont conclu une entente de séparation le 4 décembre 2002. L'entente prévoyait que le père appelant (M. Brown) aurait la garde du fils et que la mère intimée (M^{me} Brown) aurait la garde de la fille. Chacun devait avoir un « accès large » à l'autre enfant. Pour le calcul des aliments de l'épouse, les parties ont supposé à M. Brown, vu ses rentrées incertaines, un revenu annuel de 125 000 \$. Cette disposition contractuelle faisait écho à une récente perte d'emploi de M. Brown, lequel emploi avait procuré à la famille un revenu annuel de 338 000 \$ jusqu'alors. Il ressort de la preuve par affidavit que nul ne doutait que M. Brown trouverait un nouvel emploi, et qu'il avait reçu de son ancien employeur une indemnité de départ de 338 000 \$.

[9] L'entente de séparation prévoyait que M. Brown acquitterait une pension alimentaire mensuelle de 2 360 \$ au profit de son épouse et de 940 \$ au profit de sa fille, dépenses extraordinaires en sus. Rien au dossier ne donne à penser que le montant des aliments de l'enfant ne correspond pas au montant des *Lignes directrices*. Ces aliments devaient cesser dès qu'elle aurait dix-huit ans, à moins d'études universitaires à temps plein. Pour le cas où les études universitaires de sa fille se seraient poursuivies passé ses vingt-deux ans, M. Brown devait lui verser directement les aliments et le montant des dépenses extraordinaires; dans le cas contraire, la pension alimentaire de l'enfant prenait fin à vingt-deux ans. L'entente de séparation stipulait que l'une ou l'autre partie pouvait demander une modification en cas de « changement important de situation ». Il était aussi convenu que l'entente demeurerait en vigueur si le divorce était obtenu. Un jugement de divorce a été prononcé le 6 décembre 2005.

[10] J'ouvre une parenthèse pour faire remarquer que le dossier d'appel semble indiquer que l'entente de séparation, une fois le divorce accordé, n'a pas été annexée au prononcé en tant qu'ordonnance de mesures accessoires, ce par quoi elle serait devenue une ordonnance du tribunal et se serait trouvée assujettie aux dispositions de modification

de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.). Il ne résulte pas de cette omission, s'il s'agit bel et bien d'une omission, l'irrecevabilité de la motion de M. Brown en modification pourvu que l'entente de séparation ait été déposée comme le prévoient le par. 134(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, chap. F-2.2, et la règle 73.16 des *Règles de procédure*. Une entente déposée en conformité avec ces dispositions devient une ordonnance du tribunal. L'attention des parties a été attirée sur l'ambiguïté de la situation à l'audience d'appel. Si l'entente de séparation n'a pas valeur d'ordonnance, il n'est de la compétence, ni des tribunaux d'entendre la demande de modification de M. Brown, ni du Directeur de l'exécution des ordonnances de soutien d'ordonner la saisie-arrêt (laquelle a été ordonnée en l'instance). Le juge saisi de la motion n'ayant pas abordé la question, nous avons entendu l'appel, sans objection des parties. Si l'omission s'avérait, il serait facile d'y remédier *nunc pro tunc*.

[11] Les parties conviennent que les clauses de l'entente de séparation n'ont pas été respectées après mai 2004 (si ce n'est que 2 335 \$ ont été versés le 31 janvier 2008). Au cours des années qui ont suivi, ni l'une ni l'autre partie n'a pris de mesure à l'égard du non-paiement des pensions alimentaires de l'épouse et de l'enfant, et de l'accumulation de l'arriéré alimentaire. M. Brown n'a pas demandé de modification rétroactive en ce qui a trait à l'arriéré; il n'a pas demandé non plus de modification des aliments pour l'avenir. Avant 2008, M^{me} Brown n'a rien fait en vue de l'exécution de l'arriéré. Cette année-là, elle a déposé l'entente de séparation (« ordonnance de soutien ») auprès du Service des ordonnances de soutien familial qui, le 31 octobre 2008, a donné avis de la tenue d'une audience en matière d'arriéré. En définitive, un ordre de paiement (de saisie-arrêt) a été délivré à l'employeur actuel de M. Brown. M. Brown se trouvait avoir obtenu, le 1^{er} octobre 2007, un emploi assorti d'un salaire annuel de 130 700 \$, qu'il occupe toujours.

[12] Tous conviennent que, au 1^{er} octobre 2008, l'arriéré de pension alimentaire totalisait 132 965 \$. Il est convenu également que M. Brown a l'obligation actuelle de verser à l'épouse la pension alimentaire que stipule l'entente de séparation. Cependant, après délivrance de l'avis d'audience du Directeur de l'exécution des

ordonnances de soutien, M. Brown a fait connaître par avis de motion qu'il demandait une modification rétroactive des aliments de l'épouse et de l'enfant (l'arriéré). Il sollicitait en outre une ordonnance mettant fin aux aliments de sa fille parce qu'elle habitait désormais avec lui, et prescrivant au contraire à M^{me} Brown de verser une pension alimentaire au profit de l'enfant en conformité avec les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. À l'appui de sa demande (motion), il a déposé ses déclarations de revenus des années où il avait failli au paiement des aliments. Elles font état de revenus annuels de 30 000 \$ à 108 000 \$. La veille de l'audition de la motion, M. Brown a déposé les états financiers de sa société de conseils, source de l'essentiel des revenus de ses déclarations annuelles.

[13] Au terme d'une audience d'une heure, le juge saisi de la motion a constaté qu'il lui fallait répondre à deux questions : (1) avec qui la fille des Brown résidait-elle depuis juin 2007?; (2) l'arriéré de pension alimentaire devait-il être réduit ou éliminé en raison du défaut de M^{me} Brown de faire respecter ses droits par exécution? À la première question, il a répondu que la fille des Brown avait vécu avec son père de juin 2007 à août 2008 et que M. Brown n'avait pas à verser de pension alimentaire pour l'enfant pendant cette période. Il a donc réduit de 14 100 \$ (quinze mois) l'arriéré de la pension alimentaire de l'enfant. Le juge saisi de la motion s'est ensuite demandé s'il devait prononcer une ordonnance rétroactive contraignant M^{me} Brown à verser au profit de l'enfant la pension alimentaire de ces quinze mois. Il a appliqué l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *D.B.S. c. S.R.G.* et refusé de prononcer l'ordonnance. Pour réponse à la seconde question, le juge saisi de la motion a refusé de réduire davantage ou d'éliminer l'arriéré de pension alimentaire. Son refus me semble reposer sur deux motifs. Il estimait, par application de trois décisions traitant d'augmentations rétroactives des pensions alimentaires d'époux ou d'enfants, qu'une modification rétroactive qui aurait réduit ou éliminé les aliments à verser n'était pas justifiée : [TRADUCTION] « [L]es répercussions que pourrait avoir, sur le style de vie [de M^{me} Brown], une réduction de l'arriéré actuel des aliments ordonnés nous sont à peu près inconnues ». Également, il a conclu que rien en droit n'établissait que le défaut de l'attributaire de pension de contraindre le débiteur au paiement de ses aliments, ou de ceux d'un enfant, fondait à annuler un arriéré. Le juge

saisi de la motion a donc ordonné une réduction de l'arriéré alimentaire qui le ramenait à 118 865 \$.

[14] M. Brown a comparu devant notre Cour sans l'assistance d'un avocat, ce qui explique que son mémoire ait supposé erronément que notre Cour était admise à réexaminer toute l'assise factuelle de la cause et à tirer ses propres conclusions sur des questions de fait, ou sur des questions mixtes de droit et de fait. J'ai pu extraire de son mémoire et de sa plaidoirie deux sujets de plainte principaux : (1) le juge saisi de la motion avait conclu erronément que sa fille résidait désormais avec sa mère; (2) le juge saisi de la motion avait commis une erreur lorsqu'il avait ramené le débat à la question de savoir s'il fallait réduire ou éliminer l'arriéré de pension alimentaire par suite du défaut de M^{me} Brown de faire respecter son droit aux aliments. Le second des moyens est à volets multiples. M. Brown maintient que le juge aurait dû réduire ou annuler l'arriéré en raison : (a) d'un changement de situation attribuable à une baisse de revenu; (b) du défaut de M^{me} Brown de solliciter en temps opportun l'exécution forcée (retard); (c) de la règle interdisant la « thésaurisation »; (d) de « difficultés ». Notre Cour aborde ci-après chacun de ces moyens, encore que dans un ordre différent.

III. Cadre juridique

[15] Dès qu'il s'agit du cadre juridique dans lequel doit s'inscrire la décision d'accorder ou non une ordonnance modificative rétroactive touchant un arriéré de pension alimentaire, il est inévitable de se heurter aux incohérences du droit. Il existe, dans la jurisprudence du Nouveau-Brunswick, une décision claire et sans équivoque de notre Cour qui établit qu'un « changement important de situation » est une condition préalable à l'octroi d'une ordonnance modificative rétroactive réduisant ou annulant un arriéré sous le régime de la *Loi sur les services à la famille* : *R.R. c. A.C.* (2006), 300 R.N.-B. (2^e) 1, [2006] A.N.-B. n^o 204 (QL), 2006 NBCA 58. Cette décision précède toutefois la publication de l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *D.B.S. c. S.R.G.* De plus, il n'était question, dans ce précédent néo-brunswickois, ni d'ordonnances rétroactives rendues sous le régime de la *Loi sur le divorce*, ni de l'existence ou non d'un

pouvoir discrétionnaire résiduel des tribunaux de réduire ou d'annuler un arriéré de pension alimentaire s'ils n'ont pas conclu à un changement important de situation. Le juge Morrison a récemment décidé que les tribunaux n'avaient pas ce pouvoir discrétionnaire (*T.D.O. c. C.A.O.* (2009), 343 R.N.-B. (2^e) 253, [2009] A.N.-B. n^o 115 (QL), 2009 NBBR 119; on trouvera par contre dans *O'Donnell c. Morgan*, [2001] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 4, [2001] A.N.-B. n^o 66 (QL), une opinion contraire s'accordant avec la jurisprudence d'autres provinces).

A. *Condition préalable – changement important de situation*

[16] Le point de départ de l'analyse doit être le cadre législatif dans lequel sont rendues les ordonnances modificatives rétroactives. Je m'arrête d'abord aux dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce*. Son al. 17(1)a) autorise le tribunal compétent à rendre une ordonnance « qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir » une ordonnance alimentaire. Son par. 2(1) définit l'ordonnance alimentaire comme une ordonnance prononcée tant au profit d'un époux qu'au profit d'un enfant. Le par. 17(4) de la *Loi sur le divorce* exige du tribunal, avant qu'il ne modifie l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un enfant, qu'il s'assure qu'un changement de situation est survenu selon les lignes directrices applicables. Ces lignes directrices sont celles de l'art. 14 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, lequel prévoit que l'un ou l'autre des trois événements ci-après constitue un changement de situation : (1) dans le cas d'aliments dont le montant a été fixé d'après les lignes directrices, tout changement qui amènerait une modification de l'ordonnance alimentaire; (2) dans le cas d'une ordonnance alimentaire dont le montant n'a pas été déterminé selon la table, tout changement dans les ressources, les besoins ou, 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; (3) 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 sur le divorce*. Le par. 17(4.1) de la *Loi* prescrit que, avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-

époux depuis que l'ordonnance alimentaire a été prononcée. Le « changement de situation » que requiert le par. 17(4) est « un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, [1994] A.C.S. n° 94 (QL), p. 688).

[17] Je passe aux dispositions de la *Loi sur les services à la famille*. Son art. 134 prévoit qu'une entente qui comporte une disposition stipulant le soutien d'une personne à charge, par une personne à qui cette obligation de soutien est prescrite, peut être déposée devant la cour, auquel cas cette entente est réputée pour une ordonnance rendue par la cour et peut être modifiée en application de la *Loi*. Suivant la *Loi*, un époux peut être une personne à charge. Son par. 118(1) habilite la cour à révoquer, modifier ou suspendre, pour l'avenir ou à titre rétroactif, toute condition énoncée dans l'ordonnance et à dégager l'époux débiteur de l'obligation de payer tout ou partie de l'arriéré, lorsqu'elle est convaincue, selon le cas : a) que la situation du débiteur ou du créancier alimentaire a « considérablement changé », b) qu'une preuve non disponible à la précédente audience peut maintenant être produite, c) que la conduite de la personne à charge a prolongé ou accentué déraisonnablement le besoin de soutien. Au chapitre du soutien des enfants, le par. 118(2) prévoit que la cour, lorsqu'elle est convaincue qu'un changement de situation prévu aux règlements concernant les ordonnances de soutien pour enfant s'est produit depuis qu'elle a rendu la dernière ordonnance de soutien pour enfant, peut révoquer, modifier ou suspendre toute condition énoncée dans l'ordonnance, pour l'avenir ou à titre rétroactif, et dégager le débiteur alimentaire du paiement de tout ou partie des arriérés ou des intérêts moratoires y afférents. Je note que l'adjectif « important » est absent de l'expression « changement de situation » au par. 118(2). Il y a lieu de supposer toutefois que son absence ne porte pas à conséquence, puisque l'adjectif « important » doit être implicitement intégré au texte. S'il ne l'était pas, tout changement de situation, quelque insignifiant ou négligeable qu'il soit, suffirait pour donner droit à une modification. Quant au passage voulant que le changement de situation soit un changement prévu par les règlements concernant les ordonnances de soutien pour enfant, le par. 4(7) du *Règlement sur les lignes directrices en matière de soutien pour enfant*, Règl. N.-B. 98-27, prescrit que le renvoi de l'art. 14 des *Lignes directrices fédérales sur*

les pensions alimentaires pour enfants au par. 17(4) de la *Loi sur le divorce* doit se lire comme un renvoi au par. 118(2) de la *Loi sur les services à la famille*. Ainsi, la définition de changement de situation donnée à l'art. 14 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* s'applique également lorsqu'une ordonnance de soutien pour enfant a été rendue, ou a force exécutoire, sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*.

[18] Il est permis de conclure sans s'avancer exagérément que, sous les régimes législatifs fédéral et provincial, le droit à une modification rétroactive en vue de réduire ou d'éliminer l'arriéré des aliments prescrits au profit d'un époux ou d'un enfant dépend de la capacité du débiteur alimentaire d'établir qu'un changement important de situation s'est produit pendant la période de rétroactivité. Il est vrai que les al. 118(1)*b*) et *c*) de la *Loi sur les services à la famille* prévoient deux autres raisons pour lesquelles le débiteur peut être déchargé du paiement de l'arriéré des aliments de l'époux (personne à charge). Toutes deux relèvent largement, cependant, du « changement de situation ». Dans l'un et l'autre cas, le débiteur soutiendra qu'il était tenu à une obligation alimentaire plus lourde qu'elle ne devait l'être et que, par conséquent, réduire ou annuler l'arriéré est indiqué. S'il plaide l'al. 118(1)*b*), le débiteur alimentaire avancera qu'une preuve qui ne s'est fait jour que récemment montre qu'il aurait dû verser une pension alimentaire moindre. L'al. 118(1)*b*) codifie, en fait, l'arrêt rendu par notre Cour dans *Levinsky c. MacNeil* (1986), 76 R.N.-B. (2^e) 410, [1986] A.N.-B. n^o 106 (QL). S'il invoque par ailleurs l'al. 118(1)*c*), le débiteur pourra peut-être établir que l'attributaire de pension alimentaire ne s'est pas employé raisonnablement à atteindre l'objectif d'indépendance ou a accentué le besoin de soutien.

[19] Rien n'empêche de faire preuve de souplesse, ainsi que par le passé, dans l'interprétation du concept de « changement de situation », de sorte qu'il puisse embrasser de multiples états de faits qui justifieront de rendre une ordonnance rétroactive amenant remise partielle ou entière d'un arriéré alimentaire. Nul doute que des arguments fondés sur la préclusion et sur la créance désavantageuse, qui feraient valoir que l'attributaire des aliments a donné à entendre qu'il ne forcerait pas l'exécution de

l'obligation alimentaire, satisferaient au critère requérant un changement de situation. En conséquence, pour statuer sur le présent appel et par souci de simplifier l'analyse, je considérerai les cas décrits aux al. 118(1)*b*) et *c*) de la *Loi sur les services à la famille* comme ressortissant au concept de « changement de situation ».

[20] Dans les faits, les deux motifs les plus courants de décharge du paiement de l'arriéré alimentaire sont une capacité de paiement réduite du débiteur ou un besoin atténué de soutien du créancier alimentaire au cours de la période de rétroactivité. Dans la plupart des causes, le débiteur incapable de payer a connu une baisse de revenu (le plus souvent en raison d'une perte d'emploi ou d'une maladie) au cours des années où l'arriéré s'est accumulé. Bien sûr, le débiteur qui souhaite une réduction de l'arriéré alimentaire par suite d'une baisse de revenu doit être prêt à divulguer entièrement sa situation.

[21] En résumé, il sera de la compétence ou non des tribunaux d'ordonner la remise partielle ou entière d'un arriéré de pension alimentaire selon la réponse donnée à deux questions distinctes : un changement important de situation est-il survenu pendant la période de rétroactivité et, vu toutes les autres circonstances pertinentes de cette période, un allègement de l'obligation alimentaire aurait-il été accordé n'eût été le retard à présenter la demande? D'une façon générale, les tribunaux examinent si le changement est considérable et durable, et s'il était réel et non le résultat d'un choix.

B. *Autres éléments pertinents?*

[22] À supposer que la cour accueille la preuve du demandeur et convienne qu'il aurait eu droit à un allègement de l'obligation alimentaire par suite d'un changement important de situation, d'autres éléments doivent-ils être pris en compte et soupesés avant de statuer? Par exemple, faut-il prendre en compte les éléments que la Cour suprême du Canada a énoncés dans *D.B.S. c. S.R.G.*? À mon respectueux avis, la réponse doit être non.

[23] Dans *D.B.S. c. S.R.G.*, la Cour suprême était priée de trancher plusieurs questions qui avaient trait à l'octroi d'ordonnances modificatives rétroactives prescrivant une augmentation des aliments qui étaient à payer au profit d'enfants. Elle a confirmé que, sous le régime de la *Loi sur le divorce* et de la législation provinciale applicable, les tribunaux avaient compétence pour rendre des ordonnances à effet rétroactif dans le but de hausser les aliments d'enfants, mais a indiqué qu'ils devaient prendre en compte certains éléments avant d'exercer ce pouvoir. La Cour suprême avait conscience, toutefois, de ce qu'il ne serait pas approprié dans tous les cas d'accorder une ordonnance qui modifierait rétroactivement la pension alimentaire d'un enfant : l'ordonnance ne serait pas indiquée, par exemple, lorsque l'enfant n'en tirerait aucun avantage tangible. Elle a souligné qu'une ordonnance rétroactive pourrait causer au parent débiteur des difficultés financières que ne lui occasionnerait pas une ordonnance pour l'avenir et que, contrairement à l'ordonnance pour l'avenir, l'ordonnance rétroactive pouvait, dans ce domaine du droit, rompre le subtil équilibre entre certitude et souplesse.

[24] Dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, les juges majoritaires de la Cour suprême ont énoncé et examiné les éléments que le tribunal doit prendre en compte avant d'accorder une augmentation rétroactive des aliments d'un enfant : (1) la raison pour laquelle le parent créancier a tardé à demander l'ordonnance alimentaire; (2) le comportement du parent débiteur (comportement répréhensible); (3) les situations antérieure et actuelle de l'enfant, y compris ses besoins au moment où la pension aurait dû être versée; (4) les difficultés qu'une ordonnance rétroactive pourrait causer au débiteur alimentaire. Aucun de ces éléments, précisent-ils, n'est déterminant. Les juges majoritaires ont ensuite conclu que l'ordonnance rétroactive, si le tribunal décide qu'elle est justifiée, doit prendre effet en règle générale à la date où l'attributaire de pension alimentaire a réellement informé le débiteur de son intention de demander que le changement voulu en matière alimentaire soit imposé (la date présomptive). Il est enfin apparu à la majorité que les ordonnances rétroactives étaient assujetties à une limite de trois ans pour la raison suivante : « Le législateur fédéral semble avoir prévu le coup en faisant porter sur les trois dernières années les renseignements financiers dont le parent créancier peut demander la communication : voir l'al. 25(1)a des *Lignes directrices* » (par. 123). Il semble que la

règle générale ne soit pas applicable s'il y a eu comportement répréhensible de la part du débiteur.

[25] Les juges minoritaires souscrivaient au dispositif, dans *D.B.S. c. S.R.G.*, mais proposaient une démarche différente. Ils estimaient que la date présomptive devait être la date du changement de situation, et non la date où l'attributaire de pension alimentaire avait informé le débiteur de son intention de demander que le changement voulu en matière alimentaire soit imposé. De même, ils ont conclu qu'examiner s'il y a eu comportement répréhensible n'a pas sa place dans la détermination du moment auquel rétroagit l'ordonnance par laquelle l'enfant recouvre son dû. L'obligation de verser une pension alimentaire accrue au profit d'un enfant est fonction du revenu des parents, et non de leur comportement fautif. Enfin, s'ils reconnaissaient que les difficultés excessives pouvaient militer contre une ordonnance rétroagissant à la date du changement, les juges minoritaires ne voyaient toutefois aucune raison de priver l'enfant des aliments auxquels il a droit en limitant arbitrairement aux trois années précédentes la période pour laquelle peut être obtenu le rajustement rétroactif de la pension alimentaire.

[26] *D.B.S. c. S.R.G.* est un précédent important, pour ce qui est de la décision à rendre en l'instance, parce que les juges majoritaires y reconnaissent expressément que les considérations de principe – certitude et prévisibilité – qui appellent à l'examen des quatre facteurs susmentionnés ne jouent plus lorsqu'il s'agit d'arriéré alimentaire. Sur ce point, le juge Bastarache, au nom de la majorité, a écrit ce qui suit :

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 [portant sur des augmentations rétroactives des aliments d'enfants]. [Par. 98.]

[27] Il s'ensuit du passage précité qu'il est superflu, lorsqu'est demandée une diminution rétroactive de l'arriéré de pension alimentaire, de voir si les ex-époux ont eu un comportement répréhensible. Rien ne sert, en particulier, d'examiner les raisons pour lesquelles le débiteur alimentaire n'a pas demandé une ordonnance modificative en temps opportun, ou de scruter les raisons pour lesquelles l'attributaire de pension alimentaire n'a pris aucune mesure en vue de remédier au défaut du débiteur d'acquitter à temps les versements de pension.

[28] Au point de vue des considérations de principe applicables, il n'est pas difficile de justifier que les demandes d'ordonnance modificative qui se traduiraient par une augmentation rétroactive de l'arriéré soient traitées différemment des demandes qui visent une réduction de la pension alimentaire d'un enfant ou d'un époux. Le tribunal qui est prié d'ordonner une réduction doit constater qu'une pension alimentaire moindre était à payer, indépendamment du défaut d'acquitter le montant supérieur prescrit. Le débiteur demandeur et l'attributaire de pension alimentaire ne seront lésés ni l'un ni l'autre par l'octroi de l'ordonnance modificative rétroactive, en ce sens que ni l'un ni l'autre n'aura à verser ou à rembourser une somme dont il ne dispose peut-être pas au moment de la demande de modification. Les objectifs de principe – certitude et prévisibilité en droit – sont donc parfaitement respectés. Il n'en est pas nécessairement ainsi lorsque la demande de modification rétroactive vise une hausse des aliments. Il est demandé au débiteur de verser des sommes dont il ne dispose peut-être pas à ce moment-là ou qu'il pourra avoir du mal à acquitter. L'argument de difficultés ou d'injustice ne peut donc être écarté, et c'est pourquoi il faut prendre en considération divers éléments avant de statuer sur une demande de modification rétroactive visant une augmentation des aliments.

[29] Il est vrai que la proposition de droit voulant qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner une foule d'éléments avant de déterminer s'il convient ou non d'accorder une ordonnance modificative rétroactive qui allégera l'obligation alimentaire va à l'encontre d'une jurisprudence considérable. À mon respectueux avis, il faut réévaluer à la lumière de *D.B.S. c. S.R.G.* les décisions antérieures à cet arrêt de 2006 de la Cour suprême (voir, d'une façon générale, *DiFrancesco c. Couto* (2001), 56 O.R. (3d) 363 (C.A. Ont.),

[2001] O.J. No. 4307 (QL), *Earle c. Earle*, [1999] B.C.J. No. 383 (C.S.C.-B.) (QL) et *Ralph c. Ralph* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 153 (C.S.T.-N., Div. 1^{re} inst.), [1994] N.J. No. 267 (QL), appliquant *Tremblett c. Tremblett* (1998), 75 Nfld. & P.E.I.R. 175 (C.S.T.-N.), [1988] N.J. No. 217 (QL), qui lui-même appliquait *Belcourt c. Belcourt* (1987), 6 R.F.L. (3d) 396 (C.B.R. Alb.), [1987] A.J. No. 137 (QL), et comparer avec *Sewell c. Grant*, [2005] Y.J. No. 37 (QL), 2005 YKSC 39, *Malka c. Seliktar*, [2004] O.J. No. 4477, et *Stebner c. Stebner* (2005), 17 R.F.L. (6th) 363, [2005] A.J. No. 392 (QL), 2005 ABQB 266). Il se trouve cependant des décisions rendues après *D.B.S. c. S.R.G.* où les tribunaux ont tenu compte d'une foule d'éléments mis à part le changement important de situation : *D.M. c. S.A.*, [2008] N.S.J. No. 294 (QL), 2008 NSFC 15, et *Houston c. McAdam* (2008), 282 Nfld. & P.E.I.R. 202, [2008] N.J. No. 393 (QL), 2008 NLUFC 39.

[30] Enfin, je reconnais qu'il n'est question, dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, que d'ordonnances modificatives rétroactives rendues à l'égard de pensions alimentaires pour enfants. L'arrêt ne dit rien du cadre d'analyse applicable aux aliments d'un époux. Aucune raison de principe valable ne me paraît justifier, en l'instance comme de façon générale, d'établir une distinction entre les aliments d'un enfant et ceux d'un époux pour ce qui est d'une modification rétroactive touchant l'arriéré d'une pension alimentaire. J'adhère en revanche à la distinction que la Cour d'appel de l'Alberta a marquée entre les arriérés des aliments d'un enfant et d'un époux dans *Haisman c. Haisman* (1994), 157 A.R. 47 (C.A.), [1994] A.J. No. 553 (QL), lorsqu'elle a conclu qu'un enfant ne doit pas être pénalisé pour le retard du parent chargé de la garde à forcer l'exécution de l'obligation alimentaire. Le besoin de cette distinction disparaît, cependant, dès qu'il est admis que le retard à forcer l'exécution (la notion de faute) n'est plus une considération pertinente quand l'ordonnance rétroactive doit amener une diminution des aliments. Je dois signaler en outre que la décision albertaine reconnaît elle aussi le droit du débiteur alimentaire à une réduction rétroactive de l'arriéré s'il s'est trouvé incapable d'acquitter les versements d'une pension alimentaire pour enfant au cours de la période de rétroactivité, indépendamment du défaut de l'attributaire de pension alimentaire de réclamer les aliments en temps opportun. Mais, à partir du moment où la notion de faute n'est plus un facteur du droit applicable, qu'il s'agisse de la faute du débiteur ou de la

faute de l'attributaire, il devient inutile de marquer une distinction entre les ordonnances modificatives rétroactives qui réduisent les aliments d'un enfant et celles qui réduisent les aliments d'un époux.

C. Défaut de demander l'exécution de l'arriéré – Thésaurisation, retard préjudiciable et autres principes

[31] Il importe de voir les ramifications juridiques d'une déclaration voulant que le droit ne s'intéresse plus aux raisons pour lesquelles l'attributaire de pension alimentaire n'a pas sollicité en temps opportun des mesures d'exécution destinées à remédier au défaut du débiteur alimentaire d'acquitter les versements de pension. La jurisprudence antérieure établissait que le défaut de l'attributaire de pension alimentaire d'entreprendre des démarches en vue d'obtenir le règlement de l'arriéré devait lui être distinctement défavorable. Le droit admettait un principe, ou une règle, qui interdisait la « thésaurisation » de l'arriéré par l'attributaire de pension alimentaire. La règle supposait que le versement de la totalité de l'arriéré apporterait à l'époux attributaire (invariablement l'ex-conjointe) « le fruit d'une thésaurisation contraire à l'equity ». La thésaurisation était jugée contraire à l'equity pour la raison suivante : étant donné que l'épouse était arrivée à « survivre » sans recevoir les versements périodiques ordonnés, elle n'en avait manifestement aucun besoin. Si l'on allait au bout de ce raisonnement, il serait permis d'affirmer que, pourvu que les pauvres réussissent à survivre, l'État n'a pas à dispenser d'assistance sociale. L'attributaire a tout de même droit à un niveau de vie qui repose, en partie, sur le montant de la pension alimentaire accordée. Le non-paiement de la pension alimentaire porte atteinte à ce droit et a pour conséquence que l'attributaire, ou se débrouille avec moins, ou compte sur autrui pour pallier le manquement à l'obligation alimentaire. En dépit de la justification manifestement boiteuse de l'interdiction de thésauriser, maints tribunaux ont adopté une « règle d'usage » limitant à un an l'arriéré des aliments d'un époux (la « règle d'un an »). Heureusement, la règle n'a pas été appliquée à l'arriéré des aliments ordonnés au profit d'enfants.

[32] Il est déconcertant que la jurisprudence plus ancienne ait attaché autant d'importance au fait que l'attributaire de pension alimentaire avait manqué à solliciter l'exécution forcée en temps opportun et permis, ainsi, l'accumulation de l'arriéré de pension alimentaire, alors qu'elle passait lestement sur le fait que le débiteur était celui qui n'avait pas demandé en temps opportun une modification des aliments qui se serait appuyée sur un changement important de situation. Certaines des décisions s'expliquent par le fait qu'elles ont été rendues à une époque où les lois fédérales et provinciales ne conféraient pas le droit de demander une ordonnance modificative rétroactive en vue d'une réduction ou d'une annulation de l'arriéré alimentaire (voir, d'une façon générale, *The Queen c. MacDonald* (1976), 14 O.R. (2d) 409, [1976] O.J. No. 2331 (QL)).

[33] Aujourd'hui, s'il fallait imputer une faute à quelqu'un, il faudrait l'imputer au débiteur alimentaire, et non à l'attributaire de pension alimentaire. Les principes du droit des créances nous enseignent que le débiteur a l'obligation de rechercher et de payer le créancier, non l'inverse (*Ilkay c. Acadia Motors Ltd.* (2006), 308 R.N.-B. (2^e) 122, [2006] A.N.-B. n° 445 (QL), 2006 NBCA 103, par. 9). Nous savons également que la common law n'admet pas la remise de dettes avec le temps, si ce n'est dans la mesure où elle interdit d'intenter une poursuite en recouvrement après l'expiration d'un délai de prescription (je reviendrai sur ce point).

[34] À mon sens, il serait malavisé de s'attendre des attributaires de pension alimentaire qu'ils forcent, par des démarches concrètes, le règlement d'aliments impayés. Il se peut, non seulement que leur manquent les ressources financières ou la capacité d'engager des procédures, mais encore, tout simplement, qu'ils soient moralement épuisés et mal préparés à reprendre une joute psychologique les opposant à une personne de toute façon réfractaire à l'obligation juridique de soutien alimentaire. De même, je ferais valoir que de nombreuses raisons peuvent expliquer qu'un débiteur alimentaire ne demande pas en temps opportun une ordonnance qui modifierait une obligation alimentaire existante. Il se peut que l'argent ou la capacité manquent semblablement au débiteur alimentaire pour agir.

[35] Tout comme la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Ballentine c. Ballentine* (1999), 45 O.R. (3d) 706, [1999] O.J. No. 3103 (QL) (jugement confirmé pour d'autres motifs, [2000] O.J. No. 2870 (C.A.) (QL)), et la Cour d'appel de l'Alberta dans *Haisman c. Haisman*, j'estime que la règle interdisant la thésaurisation et la règle limitant à un an l'accumulation de l'arriéré n'ont pas leur place en droit. Ces règles n'ont jamais servi l'intérêt public et elles ne s'accordent pas avec les dispositions de la *Loi sur les services à la famille* et de la *Loi sur le divorce*. Le même raisonnement vaut d'ailleurs tant pour les aliments d'un enfant que pour ceux d'un époux. On pourra se reporter, sur le sujet de l'histoire et de l'application de la règle interdisant la thésaurisation et de la règle d'un an, aux décisions colligées dans l'ouvrage d'Ann Wilton et de Judy S. Miyauchi, *Enforcement of Family Law Orders and Agreements: Law and Practice* (éd. à feuillets mobiles, vol. 1, Toronto, Thomson-Carswell, 2007, p. 1-48.16 et suiv.).

[36] Il semble que la règle interdisant la thésaurisation et la règle d'un an, qui limitent l'arriéré recouvrable, aient pour origine le principe du retard préjudiciable en equity. Les tribunaux jugent, par application de ce principe, que le défaut de faire valoir un droit ou une créance dans un délai raisonnable ou approprié, au préjudice de la partie adverse, emporte préclusion lorsque la partie demanderesse, par ce qu'elle a fait, a laissé croire à la partie défenderesse que le droit ne serait pas invoqué. Il arrive que l'« acquiescement », de même, emporte préclusion. Ce peut être le cas lorsqu'une personne qui se sait admise à forcer le respect d'un droit néglige de le faire pendant un temps suffisant pour que la partie adverse puisse en inférer légitimement l'abandon de ce droit. Le concept juridique de « renonciation », en revanche, repose sur une intention réelle, expresse ou tacite, d'abandonner un droit (considération qui ne joue pas en matière de « préclusion »). Il est à espérer que paraîtra excusable, ici, l'absence d'une exégèse savante qui préciserait en quoi ces principes de droit se distinguent ou se chevauchent. Mon propos est simplement le suivant : le seul retard à solliciter des mesures d'exécution ne saurait fonder à plaider la préclusion d'après les principes de retard préjudiciable, d'acquiescement ou de renonciation, en vue de la réduction ou de l'annulation d'un arriéré alimentaire (*Ballentine c. Ballentine*). Il ne peut donc être avancé qu'un retard, en soi, a incité le débiteur à croire qu'il n'y aurait pas exécution de l'arriéré.

[37] Il se peut que l'attributaire de pension alimentaire convienne expressément de renoncer aux aliments ordonnés au profit d'un époux, ou qu'il agisse de telle sorte que le débiteur alimentaire croie raisonnablement que l'exécution de l'obligation alimentaire ne sera pas forcée, et que le débiteur se fie à son désavantage aux assertions ou aux incitations de l'attributaire. Le cas échéant, le débiteur est en droit de plaider un changement important de situation, survenu au moment de l'assertion ou de l'incitation (comparer *Cho c. Cho* (2001), 56 O.R. (3d) 150 (C.A.), [2001] O.J. No. 3871 (QL), avec *Wigle c. Wigle* (2003), 39 R.F.L. (5th) 233 (C. sup. Ont.), [2003] O.J. No. 1771 (QL)). Il est à noter cependant que les aliments sont un droit de l'enfant auquel le parent créancier ou attributaire ne peut renoncer (*D.B.S. c. S.R.G.*, par. 104).

D. *Pouvoir discrétionnaire résiduel de remise de l'arriéré? Incapacité de payer et difficultés*

[38] La conclusion à un changement important de situation est une condition préalable indispensable à l'octroi d'une ordonnance modificative rétroactive réduisant ou éliminant l'arriéré des aliments d'un enfant ou d'un époux. Dans l'hypothèse où la cour rejetterait l'argument de changement important avancé par le débiteur, ou n'accorderait qu'une réduction partielle de l'arriéré, conserve-t-elle un pouvoir discrétionnaire résiduel de réduction ou d'élimination de l'arriéré? Étant donné que la législation ne confère pas expressément le pouvoir de remettre l'arriéré, il s'impose de déterminer si l'on peut à bon droit inférer le pouvoir discrétionnaire résiduel des dispositions législatives ou conclure à son existence implicite pour le motif que ce pouvoir est nécessaire à une administration efficace du régime législatif (voir *Stone c. Woodstock (Town)* (2006), 302 R.N.-B. (2^e) 165, [2006] A.N.-B. n^o 277 (QL), 2006 NBCA 71, au chapitre du pouvoir du tribunal de conclure à l'existence implicite de mots dans un texte législatif).

[39] Je ne saurais nier l'existence d'une jurisprudence abondante qui reprend le point de vue généralement admis voulant que les tribunaux conservent la compétence de réduire ou d'annuler l'arriéré en cas d'incapacité de payer actuelle et future du débiteur

alimentaire défaillant. Je sais, aussi, qu'existent des lois qui autorisent expressément la remise de l'arriéré pour des motifs souples. La *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, chap. 128, est une loi de la Colombie-Britannique dont les par. 96(2) et (3) autorisent la remise de l'arriéré si la cour est convaincue qu'il serait [TRADUCTION] « manifestement injuste » de la refuser. Cette loi introduit en outre la notion de faute dans le contexte de la décision d'annuler ou non (*Girard c. Girard*, [2006] B.C.J. No. 2810 (QL), 2006 BCCA 482). Les législations fédérale et néo-brunswickoise ne comportent ni l'une ni l'autre de disposition équivalente.

[40] Je suis d'avis, tant au regard de l'interprétation législative qu'au regard de considérations de principe, que le droit ne devrait pas supposer l'existence implicite d'un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise des arriérés, et ce, pour deux raisons. D'abord, ce pouvoir discrétionnaire est inconciliable avec certaines autres dispositions législatives qui cherchent à maintenir, plutôt qu'à éteindre, les dettes qui résultent du manquement à une obligation alimentaire. Ensuite, le pouvoir discrétionnaire résiduel, dans la mesure où il repose sur les arguments connexes d'incapacité de payer et de difficultés, repose sur des arguments invoqués mal à propos. Ces arguments sont pertinents, mais uniquement s'ils sont opposés à l'exécution de l'arriéré. Bref, une distinction s'impose entre le pouvoir de remise de l'arriéré et le pouvoir de contrainte au paiement. J'aborde chacune de ces deux raisons dans l'ordre où elles ont été évoquées.

[41] La thèse voulant que les tribunaux n'aient pas de pouvoir discrétionnaire résiduel d'annulation des arriérés est étayée par les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien*, ou s'accorde, tout au moins, avec ces dispositions. Le par. 178(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit que l'ordonnance qui libère un failli ne le dégage pas de dettes ou d'obligations de nature alimentaire. L'exception prévue vaut pour l'arriéré des aliments tant d'un époux que d'un enfant (*Horvath c. Horvath* (2007), 254 N.S.R. (2d) 113, [2007] N.S.J. No. 90 (QL), 2007 NSSC 70; *Writer c. Peroff*, [2006] O.J. No. 4567 (C. sup. Ont.) (QL)). Et quant à la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien*, son art. 43 porte que, malgré la *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, il n'y a

pas de délai de prescription relativement à l'exécution des arriérés exigibles en vertu d'une ordonnance de soutien. Suivant son art. 34, la cour peut délivrer un « certificat » indiquant le montant exigible aux termes d'une ordonnance rendue en vertu de la *Loi* (dont une ordonnance de règlement de l'arriéré); ce certificat, déposé auprès de la cour, devient dès lors un jugement de la cour et a la même force et les mêmes effets, et toute procédure peut être prise sous son régime comme s'il s'agissait d'un jugement obtenu en cour à l'encontre du payeur. Le certificat peut être inscrit au système d'enregistrement foncier, ensuite, de sorte qu'il « grève » les biens réels dont le débiteur est propriétaire ou qu'il pourra acquérir.

[42] L'impossibilité d'éteindre par une procédure de faillite les dettes provenant de manquements à une obligation alimentaire, de même que l'inapplicabilité du délai de prescription usuel des dettes à l'obligation alimentaire, conduisent à conclure que la législation moderne a pour objectif essentiel le maintien du droit de l'attributaire de pension d'insister sur le règlement de l'arriéré alimentaire, et non pas l'extinction de la dette par une reconnaissance de la compétence des tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise de l'arriéré. Il y a lieu de signaler également qu'une compétence implicite de remise de l'arriéré compromettrait la mesure d'exécution qui consiste à saisir et à vendre les biens exigibles du débiteur alimentaire, mesure envisagée au par. 34 de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien*. Cette disposition laisse espérer que le débiteur, encore que dépourvu de biens aujourd'hui, puisse acquérir demain des biens exigibles. Si la capacité de payer actuelle manque, l'espoir d'une capacité future subsiste néanmoins.

[43] La jurisprudence atteste que les tribunaux admettent volontiers l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise des arriérés. Cette compétence implicite prend appui, inévitablement, sur les arguments connexes d'« incapacité de payer » et de « difficultés excessives » (voir, par exemple, *Haisman c. Haisman*, par. 26 et 27, et *Lynch c. Lundrigan* (2004), 237 Nfld. & P.E.I.R. 304, [2004] N.J. No. 195 (QL), 2004 NLCA 35). Encore que l'argument de difficultés soit toujours séduisant, il y a lieu, pour des motifs que je crois être convaincants, de ne pas le retenir. Il m'apparaît d'abord que, en réalité, les difficultés auxquelles le débiteur alimentaire peut sembler se heurter en raison

d'une incapacité actuelle et future d'acquitter un arriéré sont des difficultés qu'il s'est imposées ou occasionnées lui-même. Quiconque avait la capacité financière de verser une pension alimentaire, et a choisi délibérément de ne pas l'acquitter, est l'artisan de son propre malheur. Le droit devrait se montrer peu sensible aux récriminations de ce plaideur, et réticent à établir un précédent qui pourrait être tenu pour un encouragement à laisser les arriérés s'accumuler longuement. Toutefois, la raison la plus persuasive qu'aient les tribunaux de demeurer sourds à l'argument de difficultés pour incapacité actuelle et future tient à ce que les difficultés alléguées sont davantage illusoires que réelles : on suppose à tort qu'il sera demandé au débiteur alimentaire de verser une somme dont il ne dispose pas pour rembourser, puis régler, l'arriéré qui s'est accumulé. Or, ce n'est pas le cas. Je m'explique.

[44]

Il faut distinguer la compétence de remettre l'arriéré et la compétence d'en ordonner l'exécution. Supposons que les ressources financières manquent véritablement au débiteur alimentaire pour rembourser l'arriéré. Que peut faire l'attributaire de pension alimentaire? En pratique, l'exécution forcée emprunte un chemin qui s'amorce au bureau du Directeur de l'exécution des ordonnances de soutien et s'achève aux portes du palais de justice. Une fois l'arriéré exactement chiffré, le juge aura à déterminer si le débiteur alimentaire a la capacité financière de s'attaquer au problème, par exemple en versant des mensualités qui seront soustraites de l'impayé. Si toutefois le revenu du débiteur ne lui permet pas de satisfaire à ses obligations alimentaires tant passée que présente, et d'acquitter des frais de subsistance raisonnables, il ne faudra pas s'attendre du tribunal qu'il rende une ordonnance qui tentera de tirer du débiteur ce qu'il n'a pas. Il se peut que le tribunal doive songer à ordonner une suspension temporaire du remboursement de l'arriéré. De toute façon, il ne pourra y avoir de véritables difficultés si le débiteur alimentaire connaît une réelle incapacité actuelle de rembourser l'arriéré, et si l'avenir s'annonce tout aussi sombre. Si les moyens financiers de s'attaquer au problème de l'arriéré lui manquent véritablement, les voies d'exécution forcée qui s'offrent à l'attributaire de pension alimentaire et au tribunal seront sans portée pratique. C'est pourquoi les difficultés alléguées sont plus illusoires que réelles. Surtout, il ne faut pas

confondre la question de l'exécution forcée et la question de savoir si les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remise des arriérés.

[45] En résumé, les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire résiduel de réduire ou d'annuler un arriéré sur le fondement des arguments connexes d'« incapacité de payer » et de « difficultés ». Ils n'y sont pas habilités par interprétation : ni les lois fédérales ni les lois provinciales ne prévoient expressément l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et il ne peut être tenu, par inférence, pour un accessoire nécessaire ou pratique du pouvoir de rendre une ordonnance rétroactive. Quoi qu'il en soit, il ne pourra y avoir de difficultés s'il y a incapacité réelle de payer : nul ne peut verser une somme dont il ne dispose pas, même s'il est sommé de payer par les tribunaux. C'est la raison pour laquelle l'incapacité de rembourser l'arriéré est pertinente lorsqu'il est question d'exécution, et non de remise de l'arriéré. En droit, les attributaires de pension alimentaire sont admis à s'accrocher à l'espoir, si faible soit-il, d'une future capacité de payer du débiteur alimentaire.

IV. Application et analyse

[46] Le premier moyen d'appel porte sur une conclusion de fait du juge saisi de la motion, conclusion selon laquelle la fille de M. Brown résidait à l'époque avec sa mère, M^{me} Brown. On ne m'a pas convaincu qu'une erreur manifeste et dominante avait conduit le juge à conclure à ce fait. Par son second moyen d'appel, M. Brown avance que le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il a ramené le débat à la question de savoir s'il y avait lieu de réduire ou d'éliminer l'arriéré de pension alimentaire par suite du défaut de M^{me} Brown de demander en temps opportun des mesures d'exécution. Ce moyen me semble fondé.

[47] Si l'on se reporte au cadre juridique défini précédemment, il apparaît avec le recul que le juge saisi de la motion aurait dû se demander si la preuve présentée par M. Brown établissait qu'un changement important de situation était survenu pendant la période de rétroactivité. Sur ce point, les déclarations de revenus annuelles de M. Brown

ont confirmé ce qu'il avait indiqué au départ, en l'occurrence que ses revenus des années en question (revenus annuels de 30 000 \$ à 108 000 \$) avaient été inférieurs au revenu que lui supposait l'entente de séparation (125 000 \$). Toutefois, à la demande de M^{me} Brown, il a déposé une preuve complémentaire précisant la source des revenus qu'il avait déclarés à l'Agence du revenu du Canada. Cette preuve complémentaire était formée d'états des résultats et des bénéfices non répartis de la compagnie personnelle de M. Brown, compagnie par le biais de laquelle il offrait des services de conseils et dont il tirait un revenu porté dans ses déclarations annuelles. La preuve n'a été produite que la veille de l'audition de la motion. Évidemment, les états des résultats amènent à se demander si le revenu déclaré de M. Brown s'accorde avec le revenu de sa compagnie, et de quelle façon cette compagnie acquittait des dépenses possiblement personnelles. Il y a lieu de prendre en compte aussi l'indemnité de départ de 338 000 \$ reçue par M. Brown.

[48] M^{me} Brown a demandé un ajournement afin de pouvoir contre-interroger M. Brown sur son affidavit, mais, vu le motif pour lequel le juge rejetait la motion de M. Brown, statuer sur cette demande n'a pas été nécessaire. Il ne m'a pas échappé que, normalement, s'agissant de motions devant la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine, aucun temps n'est alloué pour le contre-interrogatoire de déposants. D'une manière générale, les procédures introduites devant ce tribunal le sont par avis de requête, en application de la règle 73.01 des *Règles de procédure*, mais les règles 73.17.2 et 73.17.3 prévoient qu'une motion visant à modifier, à révoquer ou à suspendre une ordonnance de soutien se fait au moyen d'un avis de motion.

[49] En l'instance, les parties savaient qu'une seule heure avait été affectée à l'audition de la motion, ce qui explique que les avocats aient voulu donner une ébauche de leurs arguments juridiques qu'ils pourraient achever dans le peu de temps dont ils disposaient. Quoi qu'il en soit – et ni les parties ni le juge saisi de la motion ne sont à blâmer –, il s'agit ici d'une cause où l'attributaire de pension alimentaire (M^{me} Brown) est en droit de contester les prétentions du débiteur (M. Brown), qui affirme avoir connu ces années-là une baisse de revenu justifiant une modification rétroactive qui toucherait l'arriéré alimentaire. J'ai indiqué au départ que deux questions étaient en fait à trancher :

un changement important de situation est-il survenu pendant la période de rétroactivité et, vu toutes les autres circonstances pertinentes de cette période, un allègement de l'obligation alimentaire aurait-il été accordé à M. Brown n'eût été son retard à présenter la demande? Ces questions se posent tant pour l'arriéré de pension alimentaire d'un enfant que pour l'arriéré des aliments d'un époux.

[50] Il y a lieu de renvoyer la présente cause au juge saisi de la motion, afin que puisse avoir lieu l'examen qu'exigent les questions ci-dessus. Si les réponses sont favorables à M. Brown, il aura droit à l'ordonnance demandée. S'il est incapable de faire la démonstration du changement important requis, il verra sa motion rejetée. Pour les motifs donnés précédemment, le tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire résiduel de remettre un arriéré sur le fondement d'autres considérations, dont les difficultés ou l'incapacité de payer du débiteur. Pour ce qui est de la seconde considération, je voudrais confirmer la justesse de la conclusion du juge saisi de la motion voulant que le défaut de l'attributaire de pension alimentaire de solliciter en temps opportun des mesures d'exécution ne fonde pas à annuler l'arriéré. En revanche, je ne saurais souscrire aux vues qu'exprime le juge lorsqu'il écrit que l'octroi d'une ordonnance modificative dépend des répercussions qu'une réduction de l'arriéré pourrait avoir sur le style de vie qu'a l'attributaire. Premièrement, le cadre juridique que définissent les textes examinés dans les présents motifs ne permet pas de prendre en considération un facteur de cet ordre. Deuxièmement, il serait exaspérant qu'on conjecture sur l'amélioration que pourrait connaître le style de vie de l'attributaire si l'arriéré était acquitté. L'acquiescement de l'arriéré doit compenser l'attributaire de pension alimentaire pour la privation du niveau de vie ou du style de vie qu'il aurait eu, n'eût été le défaut du débiteur de satisfaire à ses obligations alimentaires.

V. Conclusion

[51] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance de rejet de la motion, à l'exception de la partie de cette ordonnance réduisant de 14 100 \$ l'arriéré. Il convient de renvoyer l'affaire au juge saisi de la motion, qui devra entendre les parties et

statuer en conformité avec les présents motifs. Ni l'une ni l'autre partie n'est à condamner aux dépens de la motion ou de l'appel.