COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

20-21-CA

A.F.

APPELLANT

- and -

R.R.

RESPONDENT

A.F. v. R.R., 2021 NBCA 37

CORAM:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
February 9, 2021

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
June 8, 2021

Judgment rendered:
August 5, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

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

A.F.

APPELANT

- et -

R.R.

INTIMÉE

A.F. c. R.R., 2021 NBCA 37

CORAM :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 9 février 2021

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 8 juin 2021

Jugement rendu :
le 5 août 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

For the appellant:
Kevin J. Haché

R.R. on her own behalf

THE COURT

The appeal is dismissed in part, without costs. The assessment of the arrears is upheld but the payment of the arrears is referred for a hearing.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Kevin J. Haché

R.R. en son propre nom

LA COUR

L'appel est rejeté en partie, sans dépens. L'évaluation de l'arriéré est confirmée, mais la question du paiement de l'arriéré est renvoyée pour audition.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] Les règles qui régissent la modification rétroactive des ordonnances d'entretien d'enfant s'appliquent au présent appel. En l'espèce, l'appelant a déposé une motion dans laquelle il demandait une diminution rétroactive de ses paiements d'aliments pour enfants et l'annulation de l'arriéré alimentaire accumulé, au motif qu'il avait subi des changements importants de sa situation financière depuis que la première ordonnance judiciaire avait été rendue. L'intimée a déposé une motion par laquelle elle demandait que la prestation alimentaire pour enfants soit augmentée rétroactivement à partir de 2004. La motion de l'intimée a été rejetée et elle n'a pas formé d'appel reconventionnel. Le juge a rejeté la motion de l'appelant et a refusé d'annuler l'arriéré, se fondant sur l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231. Il a ordonné à l'appelant de rembourser l'arriéré à raison de 100 $ par mois. L'appelant affirme que l'arrêt *D.B.S.* ne s'applique pas en l'espèce et il interjette appel de la décision sur une question de droit.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus que les principes énoncés par le juge Bastarache dans l'arrêt *D.B.S.* s'appliquent, sous réserve de certaines modifications. À mon avis, la conclusion du juge est correcte, mais son ordonnance établissant des paiements mensuels de 100 $ à l'égard de l'arriéré ne repose sur aucune analyse. Je suis confortée dans cette opinion par l'arrêt *Colucci c. Colucci*, 2021 CSC 24, [2021] A.C.S. n° 24 (QL) (*Colucci n° 2*), dans lequel la juge Martin explique qu'il y a lieu d'appliquer une version adaptée de la démarche préconisée dans l'arrêt *D.B.S.* quand le parent débiteur demande la réduction rétroactive de la prestation alimentaire pour enfants.

II. Contexte

[3] Les parents se sont séparés en 2004. Ils ont eu deux enfants ensemble : A., né en mai 2000, et R., née en février 2003. En novembre 2004, après la séparation, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance en application de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F.-2.2 (la *Loi*), enjoignant à l'appelant de payer une prestation alimentaire pour enfants de 350 $ par mois, plus 25 $ par mois au titre des frais spéciaux. Ces montants ont été établis en fonction du revenu annuel de l'appelant, qui était alors de 24 000 $.

[4] En 2017, l'appelant a subi une blessure qui, prétend-il, l'a rendu inapte au travail. Il a continué de faire certains paiements au titre de la prestation alimentaire pour enfants, mais la plupart ont été faits en conséquence d'une saisie-arrêt de sommes que lui-même recevait du gouvernement fédéral. En 2018, il a déclaré des revenus de 20 660 $, puis de 2 768 $ en 2019. En 2020, il touchait des prestations d'aide sociale de 564 $ par mois. Il ressort du dossier, toutefois, que, pendant cette même période, l'appelant a acheté un certain nombre d'articles récréatifs et qu'il aurait peut-être hérité de certaines sommes. Nous y reviendrons.

[5] Au 28 août 2020, l'arriéré alimentaire se chiffrait à 5 425,60 $. Le 7 octobre 2020, l'appelant a déposé une motion par laquelle il sollicitait une ordonnance réduisant son obligation alimentaire à l'égard des deux enfants rétroactivement à partir du 1er janvier 2019, évoquant un changement de situation financière. Il demandait également la cessation de toute obligation future à l'égard de A., l'aîné des enfants, qui n'était plus enfant à charge.

[6] Dans sa motion, l'appelant demandait les mesures réparatoires suivantes :

a) que le soutien alimentaire et les dépenses spéciales soient modifiés pour un enfant seulement, soit R. née le 21 février 2003, rétroactif au 1er janvier 2019, conformément à l'article 115 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B.,

1980, c. F-2.2, et qu'étant donné le revenu de A.F., qu'aucun soutien ne soit payable.

b) que les arrérages dus en pension alimentaire au montant de 5 425,60 $ en date du 28 août 2020, soient annulés, ainsi que tout autre montant accumulé jusqu'à la date de la motion.

[7] L'intimée a déposé un affidavit en réponse par lequel elle demandait que la prestation alimentaire pour enfants soit augmentée rétroactivement à partir de 2004 et que les dispositions de l'ordonnance concernant les frais spéciaux soient modifiées rétroactivement à l'année 2010.

[8] En janvier 2020, à l'issue d'une audience, un juge a évalué le revenu de l'appelant à 2 768 $ pour l'année 2019 et a fixé à 6 768 $ son revenu – tiré de prestations d'aide sociale – pour l'année 2020. Il a déterminé que la prestation alimentaire pour enfants pour l'avenir serait de 0 $ par mois pour A. et pour R. à partir du 1er décembre 2020 et a conclu que A. ne serait plus un enfant à charge pour les fins de la prestation alimentaire pour enfants à partir du 1er août 2021. Il a par ailleurs refusé d'annuler l'arriéré en souffrance et a ordonné à l'appelant de faire à ce titre des paiements de 100 $ par mois. Enfin, le juge a rejeté les deux motions en mesures réparatoires rétroactives au motif que les parents ne [TRADUCTION] « répondaient pas aux exigences » régissant la modification rétroactive d'une prestation alimentaire pour enfants établies dans l'arrêt *DBS*. L'appelant demande à notre Cour de rendre une ordonnance :

1. [TRADUCTION] « annulant » l'arriéré alimentaire à partir du 1er janvier 2019;

2. [TRADUCTION] « annulant » l'obligation de verser une prestation alimentaire pour enfants à partir du 1er décembre 2020;

3. enjoignant aux deux parties de se transmettre chaque année une copie de leur déclaration de revenus.

III. Moyen d'appel

[9] Il y a un seul moyen d'appel : l'appelant affirme que le juge a commis une erreur de droit en fondant sa décision sur les principes établis dans l'arrêt *D.B.S.*

IV. Norme de contrôle

[10] La norme de contrôle est celle de la décision correcte. Si la Cour conclut que l'interprétation donnée par le juge aux principes juridiques qui sous-tendent la demande de réparation est incorrecte, la décision ne saurait être maintenue (voir *N.E.R. c. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 R.N.-B. (2e) 147).

V. Analyse

[11] Il existe une raison de principe justifiant une analyse différente selon que le demandeur demande une augmentation rétroactive de la prestation alimentaire pour enfants, ce que vise l'arrêt *D.B.S.*, ou que le parent débiteur demande l'annulation de l'arriéré accumulé au motif que son revenu a diminué depuis la dernière ordonnance. Si le parent débiteur demande une diminution rétroactive, il lui incombe d'établir pourquoi la perception ou le paiement de l'arriéré sera impossible à l'avenir.

[12] L'analyse diffère également si un parent débiteur demande une réduction rétroactive de son obligation alimentaire au motif que sa situation financière actuelle a changé de manière importante. Dans de tels cas, l'arriéré s'est accumulé pendant une période où le parent débiteur n'a pas connu une réduction de son revenu, le parent réceptionnaire peut raisonnablement s'attendre à recevoir l'argent, et il y a une possibilité que la situation du parent débiteur change ultérieurement de sorte qu'il puisse alors s'acquitter de son obligation alimentaire. Ce cas est semblable à la situation, en droit civil, d'une personne qui s'attend raisonnablement à ce qu'une créance exigible lui soit payée dans l'avenir.

[13] La juge Martin a décrit ces scénarios dans l'arrêt *Colucci (n° 2)* :

1) le cas où, même si sa capacité de payer n'a pas changé de manière importante durant la période où l'arriéré s'est accumulé, le parent débiteur demande l'annulation de cet arriéré au motif qu'il n'est actuellement pas capable de le payer;

2) le cas où, parce que sa situation financière a changé de manière importante au cours des années antérieures pendant lesquelles l'arriéré s'accumulait, le parent débiteur demande une ordonnance annulant l'arriéré ou réduisant rétroactivement la prestation alimentaire pour enfants pour cette raison (par. 8 et 30).

[14] Dans le premier cas, le tribunal doit être réticent à accorder la diminution rétroactive de l'arriéré accumulé et il ne devrait habituellement pas le faire à moins de disposer de preuve forte selon laquelle le parent débiteur n'aura pas la possibilité de payer à l'avenir (voir *Gray c. Rizzi*, 2016 ONCA 152, [2016] O.J. No. 958 (QL), par. 58; *Colucci (n° 2)*, par. 138). Dans le second cas, l'analyse est plus souple et suit le raisonnement établi dans l'arrêt *D.B.S.*

[15] Dans l'arrêt *P.M B. c. M.L.B.*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2e) 323, le juge Robertson a conclu ainsi :

> 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. [par. 6]

Je souscris à cette opinion.

[16] À mon avis, ces propos correspondent à l'essence du cas qui nous occupe, et la question a été résolue par la juge Martin dans l'arrêt *Colucci (nº 2)*, aux par. 137 à 141.

A. *L'arrêt D.B.S. s'applique-t-il en l'espèce?*

[17] Dans un article intitulé « *The Supreme Court Begins to Re-write D.B.S. in Michel v. Graydon* » (2020) 39:3 Can Fam LQ 309, le professeur Rollie Thompson, c.r., souligne les divergences d'opinions quant à l'application de l'arrêt *D.B.S.* aux demandes de modification dans lesquelles le parent débiteur demande une diminution rétroactive de son obligation alimentaire. C'est précisément à cette question que la Cour suprême a été appelée à répondre dans *Colucci (nº 2)*. À ce sujet, le professeur Thompson a écrit :

> [TRADUCTION]
> Cette intéressante question, que la Cour suprême a accepté d'entendre dans l'affaire *Colucci (nº 2)* et qui divise les tribunaux de première instance et d'appel, concerne la façon d'appliquer l'arrêt *D.B.S.* aux demandes de réduction rétroactive d'une prestation alimentaire pour enfants. En premier lieu, il faut distinguer entre une demande de réduction rétroactive et une demande d'annulation ou de dispense de paiement de l'arriéré alimentaire, distinction que souligne le juge Bastarache dans l'arrêt *D.B.S.* Comment établir la distinction entre ces deux types de demandes? Le critère qui est appliqué à l'annulation de l'arriéré est beaucoup plus rigoureux quand le montant de la prestation alimentaire pour enfants a été établi correctement en premier lieu. Par ailleurs, comment appliquer les facteurs établis dans l'arrêt *D.B.S.* à une demande de réduction de la prestation alimentaire pour enfants, alors que ces facteurs ont été en fait établis dans le cadre d'une demande d'augmentation rétroactive? Dans l'arrêt *Colucci (nº 2)*, la juge Roberts, de la Cour d'appel, a dressé une liste élargie de facteurs, mais

> la décision sur le fond repose principalement sur les raisons du retard mis par le parent débiteur à présenter sa demande et sur son comportement répréhensible. [p. 317]

[18] Dans l'arrêt *Colucci (nº 2)*, la juge Martin a conclu que l'arrêt *D.B.S.* peut s'appliquer si le revenu du demandeur a fait l'objet d'un changement important jugé légitime, mais que le demandeur a tardé à demander une ordonnance modificative. Dans ce cas, les facteurs établis dans l'arrêt *D.B.S.*, notamment les raisons du retard à présenter une demande, un comportement répréhensible du parent débiteur et les difficultés excessives que risquerait de subir le parent réceptionnaire, sont autant de facteurs pertinents quand il s'agit de déterminer la date de rétroactivité. L'arrêt *D.B.S.* peut ne pas s'appliquer si le parent débiteur omet de verser la prestation alimentaire pour enfants établie par une ordonnance légitime et que l'arriéré s'accumule, puis sa situation financière change de façon importante, au point de l'inciter à demander l'annulation de l'arriéré du seul fait qu'à ce moment particulier, il n'est pas en mesure de payer. Cette distinction, établie d'abord dans l'arrêt *Gray*, a été confirmée par la juge Roberts, dans l'arrêt *Colucci c. Colucci*, 2019 ONCA 561, [2019] O.J. No. 3528 (QL), au par. 20, et par la Cour suprême dans l'arrêt *Colucci (nº 2)*.

[19] Dans l'arrêt *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2019] A.C.S. nº 102 (QL), la Cour suprême a réaffirmé les principes de base qui fixent l'augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants qu'elle avait établis dans l'arrêt *D.B.S.* À cet égard, le juge Brown a réitéré les éléments suivants :

1. le soutien alimentaire au profit d'un enfant est un droit qui appartient à l'enfant, droit auquel les parents ne peuvent renoncer par voie d'accord;

2. le soutien alimentaire devrait viser autant que possible à permettre à l'enfant de conserver le niveau de vie qu'il avait avant la séparation de ses parents;

3. le soutien alimentaire au profit d'un enfant est calculé en fonction du revenu du parent débiteur;

4. une ordonnance alimentaire rétroactive ne se limite pas aux cas exceptionnels;

5. l'ordonnance d'augmentation rétroactive du soutien alimentaire au profit d'un enfant ne fait que réaffirmer l'obligation alimentaire existante (par. 10).

[20] Comme on l'a vu, dans l'arrêt *Colucci (nº 2)*, la juge Martin a avalisé la version modifiée par la juge Roberts, de la Cour d'appel de l'Ontario, de la démarche établie dans l'arrêt *D.B.S.* Ce faisant, elle a répondu à deux questions fondamentales. D'abord, elle a établi le cadre à suivre dans l'examen d'une demande de réduction rétroactive de la prestation alimentaire pour enfants. Ensuite, elle a répondu à la question de savoir comment un tribunal doit trancher les cas où le parent débiteur demande l'annulation de l'arriéré accumulé.

[21] À propos de l'importance pour le parent débiteur de communiquer des renseignements financiers exacts, la juge Martin a écrit : « En termes simples, la communication est l'élément central sur lequel repose un soutien alimentaire des enfants équitable et les critères juridiques pertinents doivent favoriser la communication en temps utile des renseignements nécessaires » (par. 48). Quand le parent débiteur constate que sa situation financière a changé, il lui incombe de faire part des changements au parent réceptionnaire. Au sujet de la communication des renseignements financiers dans le contexte d'une demande de réduction de la prestation alimentaire pour enfants, la juge Martin a écrit :

> En revanche, dans le contexte d'une réduction, l'expérience enseigne qu'il ne suffit pas que le parent débiteur aborde simplement le sujet d'une réduction de la pension alimentaire avec le parent créancier. Le parent débiteur qui sollicite une réduction rétroactive a un avantage sur le plan de l'information. La date de rétroactivité présumée doit inciter le parent débiteur à communiquer de façon continue avec le parent créancier et à agir avec une célérité raisonnable pour officialiser une réduction par voie d'ordonnance judiciaire ou de modification à une entente préexistante. Le moment où la communication est faite et

> l'étendue de celle-ci seront des considérations cruciales dans l'appréciation des questions de savoir s'il y a eu information réelle et, le cas échéant, à quel moment, ainsi que s'il y a lieu de déroger à la date de rétroactivité présumée.
>
> En conséquence, dans les affaires de réduction de la pension alimentaire, les tribunaux ont reconnu que l'information réelle devait être accompagnée d'une [TRADUCTION] « preuve raisonnable » suffisante pour permettre au parent créancier « d'évaluer la situation d'une façon indépendante et concrète et d'y donner suite comme il se doit » *Gray*, par. 62, citant *Corcios*, par. 55; *Templeton*, par. 51. Cela fait en sorte que l'information réelle constitue un point de départ réaliste pour les négociations et permet au parent créancier d'ajuster ses attentes, d'apporter les changements nécessaires à son train de vie et à ses dépenses et de prendre des décisions éclairées (*Hrynkow c. Gosse*, 2017 ABQB 675, par. 13 (CanLII); *Hodges c. Hodges*, 2018 ABCA 197, par. 10 (CanLII)). [par. 87 et 88]

[22] L'arrêt *Colucci (nº 2)* réaffirme la pertinence des facteurs établis par le juge Bastarache dans l'arrêt *D.B.S.* dans les cas où le parent débiteur a réellement informé le parent réceptionnaire que sa situation financière avait changé de manière importante, comme en l'espèce. La règle des trois ans s'applique, sous réserve de quelques modifications, à condition que le parent débiteur ait communiqué en temps opportun des renseignements financiers exacts. Toutefois, il faut que la baisse de revenu soit substantielle, qu'elle ait une certaine continuité, qu'elle soit réelle et qu'elle ne découle pas d'un choix (*Colucci (nº 2)*, par. 61).

[23] Il incombe au parent débiteur de signaler son actif, ses revenus de toutes sources, des gains inattendus et des changements d'emploi. L'omission de le faire peut être considérée comme un comportement répréhensible selon les critères établis dans l'arrêt *D.B.S.* (*Colucci (nº 2)*, par. 41).

[24] Appliquant l'arrêt *Gray*, la juge Martin a conclu que l'annulation de l'arriéré de la prestation alimentaire pour enfants est une mesure réparatoire exceptionnelle. Comme on l'a vu, le tribunal ne doit l'accorder que s'il est convaincu qu'il n'y a aucune possibilité que l'arriéré soit payé à l'avenir. Le cas échéant, a écrit la juge Martin, le

tribunal doit considérer d'autres mesures pour assurer le remboursement, par exemple, la suspension temporaire des paiements, l'adoption d'un plan de paiement raisonnable ou d'autres modalités de paiement souples qui assurent l'exécution de l'obligation alimentaire envers un enfant (par. 140 et 141).

[25] L'appelant affirme que le juge a manifestement invoqué à tort l'arrêt *D.B.S.* pour rejeter sa demande d'annulation de l'arriéré, puisqu'il ne s'agissait pas d'une motion visant l'augmentation rétroactive de la pension alimentaire pour enfants. Il soutient que, comme sa situation financière a changé de façon importante pendant que l'arriéré s'accumulait, le juge était tenu de réévaluer les paiements en fonction de ce changement et d'annuler l'arriéré en conséquence. À la lumière de l'arrêt *Colucci (n° 2)*, ces assertions n'ont plus aucun fondement. La lecture de l'ordonnance montre clairement que le juge n'a pas tenu compte des dispositions de la *Loi* ni des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* DORS/97-175 (les *Lignes directrices*). Il a rejeté les deux motions et s'est contenté d'indiquer que les parties ne répondaient pas aux exigences établies dans l'arrêt *D.B.S.*

B. *Analyse*

[26] Appliquant la règle de la proportionnalité (règle 1.02.1 des *Règles de procédure*), je vais faire l'analyse que le juge saisi de la motion aurait dû faire, selon moi. Partons du fait que la motion a été déposée le 7 octobre 2020. C'est donc là la date de l'avis officiel et de l'information réelle. La motion peut être divisée en deux volets : la réduction de la prestation alimentaire pour enfants avec effet rétroactif au 1er janvier 2019 et l'annulation de l'arriéré accumulé à cette date. Une réduction prenant effet après la date de l'avis n'est pas considérée comme rétroactive (voir *Wharry c. Wharry*, 2016 ONCA 930, [2016] O.J. No. 6408 (QL); *Cassidy c. McNeil*, 2010 ONCA 218, [2010] O.J. No. 1158 (QL); *Dickson c. Dickson*, 2011 MBCA 26, [2011] M.J. No. 78 (QL)). L'analyse de la période allant du 1er janvier 2019 jusqu'à la date de l'audience n'est pas considérée comme faisant partie de l'analyse prescrite par l'arrêt *D.B.S.*, qui s'applique, en revanche, à la période précédant le 7 octobre 2020. La juge Martin a réaffirmé ce principe dans l'arrêt

Colucci (nº 2) et est même allée plus loin, affirmant qu'il ne conviendrait pas de faire remonter la prestation alimentaire à une date précédant de plus de trois ans la date de l'information réelle (par. 74).

[27] L'alinéa 2(4)b) des *Lignes directrices* prévoit que les principes généraux s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux ordonnances modificatives d'une ordonnance alimentaire. Ces principes englobent la prise en compte des revenus de toute provenance du parent débiteur et autorisent l'attribution d'un revenu au parent débiteur si le tribunal conclut que ce dernier a choisi de ne pas travailler ou d'être sous-employé ou a omis de faire état de revenus tirés d'autres sources, par exemple, des revenus inattendus comme un gain à la loterie ou un héritage. Bien que l'alinéa 118(2) de la *loi* n'emploie pas les mots « changement de situation », il faut implicitement l'intégrer au texte, comme l'a conclu le juge d'appel Robertson dans l'arrêt *P.M B.* (par. 17).

[28] Dans l'arrêt *Colucci (nº 2)*, la juge Martin a écrit ce qui suit :

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

[29] En l'espèce, comme j'ai conclu qu'il y a lieu d'appliquer à la période qui précède le 7 octobre 2020 une version modifiée de l'analyse établie dans l'arrêt *D.B.S.*, voici des faits, tirés du dossier, qu'il convient de considérer, mais que le juge saisi de la motion n'a pas abordés :

1. Les renseignements financiers qui ont été communiqués sont incomplets. C'est la conclusion que je tire du fait que l'appelant avait dit antérieurement à R., sa fille, qu'il avait hérité de 50 000 $ en 2019 et de 50 000 $ en 2020, qu'il avait vendu sa Harley Davidson au prix de 3 000 $ et qu'il avait acheté un véhicule tout-terrain en 2020. À l'été 2020, il a appris à sa fille qu'il avait acheté un bateau au prix de 45 000 $ et qu'il avait terminé la rénovation d'un garage. Cette information se trouve dans des messages textes entre l'appelant et sa fille, R. Même si ces renseignements figuraient au dossier, le juge ne les a pas évoqués et a même déclaré qu'il n'en tiendrait pas compte. Ces renseignements permettent pour le moins de conclure que l'appelant n'a pas communiqué des renseignements financiers complets, mais aussi qu'il y aurait eu lieu de lui attribuer un revenu. Par ailleurs, l'état financier de l'appelant n'était pas complet, puisqu'il ne rendait pas compte d'éléments d'actif, de comptes en banque ou d'autres biens. La règle 73.17.3(3)b) prescrit que l'auteur d'une motion doit signifier un état financier en même temps que sa motion en modification. À mon avis, cet état financier devrait être complet. Comme on l'a vu dans l'arrêt *Colucci (n° 2)*, la juge Martin a souligné l'importance d'une communication complète et en temps opportun de la situation financière.

2. À la ligne 150 de sa déclaration de revenus, l'appelant a inscrit un revenu de 25 624 $ en 2017, un revenu net de 20 660 $ en 2018 et un revenu net de 2 768 $ en 2019. Or, le juge ne parle pas des déclarations de revenus dans son ordonnance ni dans sa décision.

3. Il n'y avait aucune preuve que la situation financière actuelle de l'appelant est permanente, ce qui permet de supposer que des paiements pourraient être faits dans l'avenir.

4. Les registres d'exécution de l'ordonnance alimentaire déposés à l'audience montrent des manquements répétés à l'obligation alimentaire. On y voit entre

> autres qu'en 2018, l'appelant a payé 94 $ par mois par l'entremise d'interceptions effectuées par le gouvernement fédéral, pour un total de 1 154 $ au cours de cette année. Tous les paiements de l'année 2019 ont été faits de cette façon, pour un total de 3 122,31 $. Tous les paiements ont aussi été faits de cette façon en 2020. Ceci soulève la question du comportement répréhensible, dont traite l'arrêt *Colucci (n° 2)*.

[30] L'appelant ne s'est pas acquitté entièrement de son obligation de communiquer ses renseignements financiers. Il a omis à répétition de verser la prestation alimentaire et a fait preuve d'un comportement répréhensible, mais il n'a pas dérogé à la règle des trois ans. Or, le juge n'a parlé d'aucun de ces éléments. Par ailleurs, l'appelant n'a pas présenté de preuve à l'appui d'une incapacité permanente à travailler. Dans sa déposition, l'intimée a dit croire, au contraire, que l'appelant ne souffrait pas d'une incapacité comme ce dernier le prétend. Il était donc raisonnable pour le juge de conclure que l'appelant aurait, dans l'avenir, la capacité de s'acquitter de l'arriéré. Dans l'arrêt *Colucci (n° 2)*, la juge Martin a rappelé que l'arriéré ne saurait être annulé à moins que le parent débiteur prouve qu'il ne peut pas et ne pourra jamais payer (par. 136 à 138).

[31] La décision du juge de ne pas annuler l'arriéré de la pension alimentaire est conforme au raisonnement suivi dans les arrêts *Gray* et *Colucci (n° 2)*. Elle repose sur les principes voulant que la prestation alimentaire pour enfants est un droit de l'enfant (*D.B.S.*, par. 38 et 60) et que le parent réceptionnaire a le droit de s'accrocher à un faible espoir de paiement. À mon avis, toutefois, le juge n'était pas fondé à exiger de l'appelant des paiements de 100 $ par mois à l'égard de l'arriéré.

[32] Après avoir déterminé le montant de l'arriéré, le juge avait un choix : exiger de l'appelant qu'il dépose un état financier complet et mis à jour, faisant état de ses éléments d'actif, de ses héritages et des revenus tirés de toutes les sources ou, à ce stade, tenir une audience afin d'évaluer la capacité de l'appelant de payer l'arriéré.

[33] Le juge n'a pas expliqué sa décision d'ordonner à l'appelant de payer 100 $ par mois à l'égard de l'arriéré. Ainsi, il a rendu une ordonnance qui impose à l'intimée une attente de 54 mois avant d'obtenir un paiement. Notre Cour a critiqué la pratique qui consiste à émettre des ordonnances arbitraires (voir *Teakles c. Dubee*, 2016 NBCA 36, [2016] A.N.-B. n° 318 (QL); *F.M. c. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 R.N.-B. (2e) 240). Dans l'arrêt *F.M.*, la Cour a écrit :

> La juge saisie des motions était donc habilitée à constater un arriéré de la pension alimentaire pour enfant et à rendre une ordonnance portant sur son paiement. Elle a établi les arriérés alimentaires des années 2012, 2013 et 2014, et calculé que la pension alimentaire pour enfant impayée était de 8 578 $, somme à rajuster, peut-être, du fait de [TRADUCTION] « frais de garde payés en trop en 2014 ». Son analyse s'est arrêtée là. La juge n'est revenue sur l'arriéré qu'au dernier paragraphe de ses motifs, dans lequel elle ordonnait au père d'acquitter l'arriéré à raison de 714,83 $ par mois sans expliquer comment elle était arrivée à ce chiffre. L'ordonnance exigeait du père des mensualités totales de 1 385,83 $, somme du montant ordinaire des aliments pour enfant, établi selon l'art. 3 des *Lignes directrices*, et du remboursement de l'arriéré. Les motifs n'indiquaient pas comment la juge avait calculé le remboursement mensuel de l'arriéré ou quel effet ce paiement aurait sur la capacité du père d'acquitter ses obligations mensuelles.
>
> Comme je l'ai fait remarquer précédemment, les annexes IV et V de l'état financier du père n'étaient pas remplies; la Cour ne disposait donc pas de renseignements financiers en ce qui concerne ses dépenses mensuelles. Elle ne disposait pas non plus de renseignements sur les dépenses mensuelles de la mère, qui, elle aussi, n'avait pas rempli ces annexes.
>
> Dans *P.M B. c. M.L.B.*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2e) 323, le conjoint débiteur demandait, du fait que son revenu avait diminué depuis l'ordonnance antérieure, une remise de l'arriéré des aliments pour enfant. Il est vrai que l'analyse était centrée sur une question différente de celle qui se pose en l'espèce, mais la Cour a fait observer que la réponse donnée à une demande de communication de renseignements financiers est un facteur que les tribunaux doivent prendre en compte. La Cour d'appel de l'Ontario l'a

réaffirmé dans *Gray c. Rizzi*, 2016 ONCA 152, [201] O.J. No. 958 (QL) :

> [TRADUCTION]
> Cette obligation de communication de renseignements et de négociation avec le parent réceptionnaire s'impose de façon continue, de sorte que le réceptionnaire puisse évaluer la situation financière du débiteur et y réagir. Un manquement du débiteur à ses obligations continuelles d'information et de communication de renseignements financiers influera très probablement sur la réparation que prescrira la cour. [par. 63]

Les plaideurs qui manquent à leurs obligations de communication de renseignements financiers le font à leurs risques et périls (*Kay c. Kay* (1999), 215 R.N.-B. (2e) 291, [1999] A.N.-B nº 289 (C.A.) (QL), décision prononcée au nom de la Cour par le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre), *Noble et O'Brien c. Arsenault et Arsenault*, 2014 NBCA 39, 420 R.N.-.B. (2e) 133). Outre qu'une ordonnance obligeait les parents au partage annuel de renseignements sur leurs revenus, comme nous l'avons vu, les *Lignes directrices* prescrivent la communication de renseignements sur demande de l'un ou l'autre des parents. Les mesures réparatoires qui sont du ressort du juge saisi de la motion, lorsqu'il est question du défaut de se conformer à une ordonnance exigeant la communication de renseignements financiers, sont le rejet d'actes de procédure, l'ordonnance d'outrage au tribunal, l'attribution d'un revenu et des dépens (art. 24 des *Lignes directrices*).

Avant d'ordonner le paiement d'un arriéré des aliments pour enfant, une cour dispose en général de l'état financier rempli par le parent débiteur. L'état financier permet une analyse détaillée de la capacité du parent d'acquitter l'arriéré. Les motifs de [*P.M.B.*], encore qu'ils portent avant tout sur le processus d'exécution, sont instructifs sur ce point. Lorsqu'une cour impose le paiement d'un arriéré, elle détermine comment il sera acquitté à partir des renseignements financiers communiqués.

Après avoir statué sur l'arriéré des aliments pour enfant, la juge aurait dû donner au père la possibilité de présenter des observations sur ses dépenses mensuelles et de proposer un plan de paiement. Le père était en droit de produire une

> preuve faisant état de sa capacité de payer, et il avait droit à une explication rationnelle de la façon dont la juge était arrivée à sa conclusion. L'insuffisance des motifs, sur ce point, entache d'une erreur la décision de la juge saisie des motions.
>
> Je suis d'avis de prescrire le renvoi de cette partie de l'ordonnance en vue d'une décision. Je reconnais que ce pourrait être dénué de portée pratique, toutefois, vu le temps qui s'est écoulé depuis l'ordonnance de la juge.
>
> [par. 39 à 44]

[34] En l'espèce, puisque l'appelant n'a pas rempli intégralement son état financier, le juge aurait dû insister pour qu'il dépose un nouvel état et fixer un délai pour ce faire, puis il aurait dû tenir une audience afin d'évaluer sa capacité de payer l'arriéré.

[35] J'annulerais les dispositions de l'ordonnance du juge qui prescrivent un paiement de 100 $ par mois au titre de l'arriéré et je renverrais pour audition cette partie de sa décision.

VI. Dispositif

[36] Je rejetterais l'appel en partie. Je confirmerais le montant de l'arriéré déterminé par le juge, mais je renverrais la question de son paiement pour audition. Je n'adjugerais pas de dépens, puisque l'intimée se représentait elle-même et qu'elle n'a pas demandé le remboursement de ses débours.

English version of the judgment of the Court delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal engages the rules with respect to retroactive variations of child support orders. In this case, the appellant filed a Motion in which he sought an Order reducing his child support payments retroactively and rescinding child support arrears on the basis he had experienced material changes in his financial circumstances following the issuance of a prior court order. The respondent filed a Motion seeking an increase in child support, retroactive to 2004. Her Motion was dismissed, and she does not cross-appeal. The judge dismissed the appellant's Motion and refused to rescind the arrears, applying *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231. He ordered the appellant to pay the arrears at a rate of $100.00 monthly. The appellant asserts *D.B.S.* does not apply, and he appeals the decision as a matter of law.

[2] For the reasons that follow, I conclude the principles set out by Bastarache J. in *D.B.S.* apply with some modifications. It is my opinion the judge came to the right conclusion, but he failed to conduct an analysis when he ordered a monthly payment of $100 towards the arrears. I am bolstered in this opinion by the decision in *Colucci v. Colucci*, 2021 SCC 24, [2021] S.C.J. No. 24 (QL) ("*Colucci No. 2*"), in which Martin J. explains that a modified *D.B.S.* approach is applicable in cases where a retroactive reduction of child support is being sought by the payor.

II. Background

[3] The parents separated in 2004. There were two children born of their relationship: A., in May 2000, and R., in February 2003. In November 2004, following the parents' separation, a judge of the Court of Queen's Bench issued an Order, pursuant to the provisions of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c F.-2.2, (*Act*), which obligated the

appellant to pay child support in the amount of $350 per month, with an additional payment of $25 per month for special expenses. These amounts were assessed based on the appellant's annual income of $24,000.

[4] The appellant suffered an injury in 2017, which he contends, rendered him unable to work. He continued to make some of his child support payments; however, many of these were the result of the garnishment of federal monies. He reported income of $20,660 in 2018, and of $2,768 in 2019. In 2020, he received Social Assistance income of $564 per month. From the Record, there was some evidence, however, the appellant had purchased a number of recreational items and he may have received inheritance monies over the same period. These will be discussed later in the reasons.

[5] By August 28, 2020, the child support arrears had accumulated to $5,425.60. On October 7, 2020, the appellant filed a Motion in which he sought an order that would have retroactively reduced his child support obligations for both children, effective January 1, 2019, on the basis his financial circumstances had changed. He also requested termination of all future obligations he had for the oldest child, A., who was no longer a dependent.

[6] In his Motion, the appellant claimed the following relief:

a) that the support and special expenses be varied so they apply only to one child, R., born on February 21, 2003, effective retroactively to January 1, 2019, pursuant to section 115 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, and, given A.F.'s income, that no support be payable;

b) that the support arrears in the amount of $5,425.60 accumulated by August 28, 2020, as well as any other amount accumulated to the date of the motion, be cancelled.

[7] The respondent filed a responding affidavit in which she sought an increase in the child support payments, retroactive to 2004, as well as a variation of the order for special expenses, retroactive to 2010.

[8] In January 2020, following a hearing, a judge assessed the appellant's income at $2,768 for the year 2019 and determined his income from social assistance benefits was $6,768 for 2020. He assessed prospective child support for A. and R. at $0 per month effective December 1, 2020 and concluded A. was no longer a dependent for child support purposes, effective August 1, 2021. He refused to cancel the outstanding arrears and ordered them paid at a rate of $100 monthly. He dismissed both Motions for retroactive relief on the basis the parents failed to [TRANSLATION] "comply with the rules" governing retroactive variations of child support established in *D.B.S.* The appellant seeks an Order from this Court:

1. [TRANSLATION] "Cancelling" the arrears of child support effective January 1, 2019;

2. [TRANSLATION] "Cancelling" the obligation to pay any child support effective December 1, 2020; and

3. Requiring both parties to annually exchange copies of their income tax returns.

III. Ground of Appeal

[9] There is one ground of appeal. The appellant argues the judge committed an error of law when he based his decision on the principles established in *D.B.S.*

IV. Standard of Review

[10] The standard of review is correctness. If it is concluded the judge misinterpreted the legal principles underlying the request for relief, the decision cannot stand (see *N.E.R. v. J.D.M.*, 2011 NBCA 57, 377 N.B.R. (2d) 147).

V. Analysis

[11] There is a principled reason for the distinction in the analysis between those cases where an applicant seeks a retroactive increase in child support, as discussed in *D.B.S.*, and those where the payor parent seeks to rescind accumulated arrears on the basis his or her income has decreased since the last order. Where a retroactive reduction is sought, the onus is on the payor to establish why there would be no possibility of collection, or payment of the arrears, in the future.

[12] There is also a distinction between those cases where a payor seeks to reduce his or her child support obligations retroactively based on a present material change in financial circumstances. In those cases, the arrears have accumulated during a time when the payor has not experienced a reduction in his or her income, there is a reasonable expectation by the recipient that he or she would receive the funds, and there is a possibility the circumstances of the payor might change in the future, to enable him or her to pay them. This is similar to the situation where one person, in the civil context, waits in expectation that a debt due and owing might have a reasonable expectation of being paid in the future.

[13] These scenarios were described by Martin J. in *Colucci (No. 2)* as:

1) the case where the payor did not experience a material change in his or her ability to pay during the time the arrears accumulated, and he or she applies to have them rescinded, arguing there is no present ability to pay them; and

2) the case where the payor has experienced a genuine change in his or her financial circumstances during the preceding years when the arrears were accumulating, and an order rescinding the arrears or retroactively decreasing support is presently sought on that basis (paras. 8 and 30).

[14] In the first scenario, a court should be reluctant to retroactively reduce the accumulated arrears and should generally not do so, unless there is cogent evidence there would be no possibility of payment in the future (see *Gray v. Rizzi*, 2016 ONCA 152, [2016] O.J. No. 958 (QL), at para. 58; *Colucci (No. 2)* at para. 138). In the second, the analysis is more flexible and falls in line with the reasoning set out in *D.B.S.*

[15] In *P.M B. v. M.L.B.*, 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323, Robertson J.A. concluded:

> 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. [para. 6]

I agree.

[16] In my view, this statement reflects what is at the core of the case before us, and it was resolved by Martin J. in *Colucci (No. 2)* at paras. 137-141.

A. *Does D.B.S. apply?*

[17] Professor Rollie Thompson, Q.C., authored a paper entitled, *The Supreme Court Begins to Re-write D.B.S. in Michel v. Graydon* (2020) 39:3 Can Fam LQ 309. In it, he observes there were diverging opinions whether *D.B.S.* applied to variation applications where the payor sought to reduce his or her child support payments retroactively. This is the question the Supreme Court was asked to answer in *Colucci (No. 2)*. He wrote:

> The interesting issue which warranted leave to the Supreme Court in *Colucci (No. 2)*, an issue which has divided trial and appeal courts, is how to apply *D.B.S.* to applications to decrease child support retroactively. First, there is a distinction between a retroactive downward variation and a request for cancellation or forgiveness of arrears, a distinction noted by Bastarache J. in *D.B.S.* How does one draw the line between the two kinds of claims? A much more demanding test is applied to cancellation of arrears, where child support was properly determined in the first place. Second, how are the *D.B.S.* factors to be applied when there is an application to decrease child support, factors which were fashioned for retroactive claims to increase support? In *Colucci (No. 2)*, Justice Roberts for the Court of Appeal articulated an expanded list of factors, but the factors of the payor's reason for the delay and the payor's blameworthy conduct dominated the resolution of the merits. [p. 317]

[18] Martin J., in *Colucci (No. 2)* concludes *D.B.S.* may apply in those cases where the moving party has had a legitimate material change in income but has waited to apply for a variation order. In that instance, the factors set out in *D.B.S.*, such as the reason for the delay, blameworthy conduct on the part of the payor, and undue hardship that may be caused to the payee are all considered relevant when determining the date of retroactivity. *D.B.S.* may not apply in those cases where the payor fails to make the child support payments legitimately ordered, arrears accumulate, then he or she suffers a material change in financial circumstances which acts as the catalyst for an application for a rescission of those arrears based solely on the fact he or she cannot pay them now. This distinction was described originally in *Gray* and was endorsed by Roberts J.A. in *Colucci v. Colucci*, 2019 ONCA 561, [2019] O.J. No. 3528 (QL), at para. 20, and by the Supreme Court in *Colucci (No. 2)*.

[19] In *Michel v. Graydon*, 2020 SCC 24, [2019] S.C.J. No. 102 (QL), the Supreme Court reinforced the basic principles that anchor retroactive increases in child support originally set out in *D.B.S.* Brown J. reiterated:

1. Child support is the right of the child, and it cannot be bargained away by the parent;

2. Child support should strive to provide children with the same standard of living they enjoyed when their parents were together;

3. Child support is calculated according to the income of the payor;

4. An order for retroactive child support is not exceptional; and

5. An order for retroactive increases in child support is merely a re-affirmation of an existing support obligation (para. 10).

[20] As noted, in *Colucci (No. 2)*, Martin J. endorsed Roberts J.A.'s modified *D.B.S.* approach in these cases. She answered two fundamental questions. In the first, she set out the proper framework to follow when considering a request to retroactively reduce child support payments. In the second, she answered the question how a court should decide those cases where the payor seeks a rescission of his or her arrears.

[21] On the importance of accurate financial disclosure by the payor, Martin J. writes: "[s]imply stated, disclosure is the linchpin on which fair child support depends and the relevant legal tests must encourage the timely provision of necessary information" (para. 48). Once a payor knows he or she has experienced a change in his or her financial circumstances, it is his or her responsibility to disclose the changes to the recipient. On disclosure in the context of a sought reduction in support, Martin J. states:

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

> when effective notice has been given and determining whether to depart from the presumptive date of retroactivity.
>
> In decrease cases, therefore, courts have recognized that effective notice must be accompanied by "reasonable proof" that is sufficient to allow the recipient to "independently assess the situation in a meaningful way and respond appropriately" (*Gray*, at para. 62, citing *Corcios*, at para. 55; *Templeton*, at para. 51). This ensures that effective notice provides a realistic starting point for negotiations and allows the recipient to adjust expectations, make necessary changes to lifestyle and expenditures, and make informed decisions (*Hrynkow v. Gosse*, 2017 ABQB 675, at para. 13 (CanLII); *Hodges v. Hodges*, 2018 ABCA 197, at para. 10 (CanLII)).
> [paras. 87-88]

[22] *Colucci (No. 2)* acknowledges that the factors Bastarache J. set out in *D.B.S.* are relevant in cases where effective notice of a material change in the payor's financial circumstances has been given, as it was in this case. The three-year rule will apply, with some modifications, provided accurate and timely financial disclosure has been made by the payor; however, the decrease in income must be significant, have some degree of continuity, and be real and not one of choice (*Colucci (No. 2)* at para. 61).

[23] The burden is on the payor to disclose his or her assets, his or her income from all sources, unexpected windfalls, or changes in his or her employment. Failure to do so may be considered blameworthy conduct on the *D.B.S.* criteria (*Colucci (No. 2)* at para. 41).

[24] Martin J. applied *Gray* and concluded that rescission of child support arrears is an exceptional remedy. As noted, rescission should only occur when a court is satisfied there is no possibility of payment in the future. She states, in that event, there are alternative measures a court should consider to ensure payment. These include temporarily suspending payment, allowing the payor to enter a reasonable payment plan, or finding another creative way to ensure the child support obligation is met (paras. 140-141).

[25] The appellant asserts the judge's reliance on *D.B.S.* to reject his request for the cancellation of arrears was clearly wrong on the basis this was not a Motion to retroactively increase child support. Because the appellant experienced a material change in his financial circumstances during the time the arrears accumulated, he submits the judge had an obligation to reassess his payments based on that change and rescind arrears accordingly. His contention has no traction now in light of the decision in *Colucci (No. 2).* From the Order, it is clear the judge did not consider the provisions of the *Act*, nor the *Federal Child Support Guidelines*, S.O.R./97-175 ("*Guidelines*"). He dismissed both Motions stating simply that the parties had not met the requirements of *D.B.S.*

B. *Analysis*

[26] Applying the proportionality rule (Rule 1.02.1 of the *Rules of Court*), I will conduct the analysis I believe the judge should have employed in this case. As a starting point, the Motion was filed on October 7, 2020. This was the date of formal and effective notice. This Motion can be dissected into two parts: a retroactive reduction of child support to January 1, 2019; and the rescission of arrears that had accumulated to that date. Any reduction following the date of notice would not be considered retroactive (see *Wharry v. Wharry*, 2016 ONCA 930, [2016] O.J. No. 6408 (QL); *Cassidy v. McNeil*, 2010 ONCA 218, [2010] O.J. No. 1158 (QL); *Dickson v. Dickson*, 2011 MBCA 26, [2011] M.J. No. 78 (QL)). The analysis with respect to the period between January 1, 2019, and the date of hearing is not considered part of the *D.B.S.* analysis. The *D.B.S.* analysis applies to the period prior to October 7, 2020. Martin J. endorsed this principle in *Colucci (No. 2)* and went further, opining that it is inappropriate to make a support award retroactive to a date more than three years before formal notice is given (para. 74).

[27] Section 2(4)(b) of the *Guidelines* states the general principles apply, with such modifications as required, to Orders where child support is varied. This includes the consideration of the payor's income from all sources and permits the imputation of income in those cases where the court concludes a payor is intentionally unemployed or underemployed, or has failed to report income from other sources such as windfall gains,

lottery wins or inheritances. Although s. 118(2) of the *Act* does not refer to the word "material," as Robertson J.A. concluded in *P.M B.*, it must be read in (para. 17).

[28] Martin J. in *Colucci (No. 2)* writes the following:

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

[29] In this case, as I have determined a modified *D.B.S.* analysis applies to the time that predates October 7, 2020, the following facts from the Record are relevant considerations that were not discussed by the motion judge:

1. There was incomplete financial disclosure. I say this because the appellant had previously disclosed to the daughter, R., that he received an inheritance of $50,000 in 2019, an inheritance of $50,000 in 2020, he sold his Harley Davidson for $3,000 and he purchased an all-terrain vehicle in 2020. In the summer of 2020, he advised her he had purchased a boat for $45,000 and he finished a garage renovation. This information is found in text messages between the appellant and his daughter, R. The judge did not refer to this information and stated he would not consider it, although it forms part of the Record. These disclosures raise the spectre of not only incomplete financial disclosure, but also the possibility that income could have been imputed to the appellant. In addition, the appellant's financial statement was not complete. There was no information concerning his ownership of assets, bank accounts or other property. Rule 73.17.3(3)(b) requires the moving party to serve a financial statement with his or her Motion to vary. In my view, such

a statement should be fully completed. As noted, Martin J., in *Colucci (No. 2)*, emphasized the importance of complete and timely financial disclosure;

2. In his tax returns, the appellant claimed Line 150 income of $25,624 in 2017, net revenue of $20,660 in 2018, and net revenue of $2,768 in 2019. The judge did not refer to the tax returns in his Order/ Decision;

3. There was no evidence the appellant's current financial situation was permanent, thereby raising the possibility of payment in the future; and

4. There was a history of non-payment of child support recorded on the support enforcement ledgers tendered at the hearing. From those ledgers, one sees the appellant paid $94 monthly from federal interceptions in 2018 for a total of $1,154 in that year. His payments for the year 2019 were all made by way of federal interceptions for a total of $3,122.31. In 2020, all payments were made through federal interceptions as well. This raises the issue of blameworthy conduct, as discussed in *Colucci (No. 2)*.

[30] The appellant did not fully comply with his financial disclosure obligations. There was a history of non-payment, blameworthy conduct and no violation of the three-year rule. None of this was discussed by the judge. The appellant failed to produce evidence he was permanently disabled from working. In fact, the respondent deposed it was her belief the appellant was not disabled, as he claimed. Therefore, it was reasonable for the judge to conclude there would be a future ability to pay the arrears. In *Colucci (No. 2)*, Martin J. iterated there will be no rescission of arrears unless the payor shows a current and future inability to pay (paras. 136-138).

[31] The judge's decision not to rescind the arrears is consistent with the reasoning in *Gray* and *Colucci (No. 2)*. It is grounded in the principle that child support is the right of the child (*D.B.S.* at paras. 38 and 60), and a recipient spouse is entitled to cling

to the faint hope of payment. It is my opinion, however, the judge's decision to require the appellant to make payments of $100 monthly towards those arrears was wrong.

[32] Once the judge assessed the arrears, he had a choice. He could have required the appellant to refile complete and updated financial statements including information concerning his assets, any inheritances and third-party income from all sources. At that stage, the judge could have had a hearing for the purposes of assessing the appellant's ability to pay the arrears.

[33] The judge provided no explanation for his decision to order the appellant to pay $100 per month on the arrears. In doing so, he issued an Order which will require the respondent to wait over 54 months for payment. This Court has criticized the practice of crafting arbitrary Orders (see *Teakles v. Dubee*, 2016 NBCA 36, [2016] N.B.J. No. 318 (QL); *F.M. v. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 N.B.R. (2d) 240). In *F.M.*, the Court writes:

> As stated, the motion judge had the authority to assess arrears of child support and to make an order with respect to the payment of those arrears. She assessed the arrears of child support for the years 2012, 2013, and 2014 and she determined there were outstanding child support arrears of $8,578, subject, perhaps, to an adjustment for an "overpayment of childcare expenses in 2014". The analysis stopped at that point, until the concluding paragraph in the reasons, when the motion judge ordered the father to discharge the arrears at a rate of $714.83 monthly, with no explanation as to how she determined the monthly payment. The motion judge's order required the father to make global monthly payments of $1,385.83, which was a combination of the regular amount of child support assessed pursuant to s. 3 of the *Guidelines*, and the arrears payment. The reasons did not inform us how the motion judge calculated the monthly payment towards the arrears, or the effect this payment would have on the father's ability to meet his monthly commitments.
>
> As previously observed, Appendices IV and V of the father's Financial Statement were not completed; therefore the court did not have financial information concerning his monthly expenses. The mother did not complete the same

Appendices, so there was no information before the motion judge concerning her monthly expenses either.

In *Brown v. Brown* [*P.M B. v. M.L.B.*], 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323, the payor spouse requested remission of child support arrears on the basis his income had diminished following the issuance of the prior order. Although the analysis was focused on an issue different from that in the case at bar, the Court observes compliance with a request for financial disclosure is a factor a court should consider. In *Gray v. Rizzi*, 2016 ONCA 152, [2016] O.J. No. 958 (QL), the Court reiterates:

> This obligation to disclose and negotiate with the recipient parent is ongoing, so that the recipient can assess and react to changes in the payor's financial situation. A payor's failure to comply with his continuing notice and financial disclosure obligations most likely will impact the remedy which the court crafts. [para. 63]

Litigants who fail to comply with their financial disclosure obligations do so at their peril (see *Kay v. Kay* (1999), 215 N.B.R. (2d) 291, [1999] N.B.J. No. 289 (C.A.) (QL), per Drapeau J.A. (as he then was), writing for the Court; and *Noble and O'Brien v. Arsenault and Arsenault*, 2014 NBCA 39, 420 N.B.R. (2d) 133). As noted, not only was there a court-ordered obligation on both parents to share their income information annually, the *Guidelines* mandate disclosure following a demand for same by either parent. The remedies within the [purview] of a motion judge for the failure to comply with a court order requiring financial disclosure include the striking of pleadings, contempt, the imputation of income and costs (s. 24 of the *Guidelines*).

Prior to making an order for the payment of child support arrears, a court generally has the completed Financial Statement of the payor parent. The Financial Statement allows for a detailed analysis concerning the ability to pay the arrears. In *Brown*, although the reasons were focused on the enforcement process, they are instructive on this point. When a court assesses arrears, the determination of how they are to be paid flows from the financial disclosure.

Once the motion judge determined the child support arrears, the father should have been given the opportunity to make representations concerning his monthly expenses, and to

> propose a plan for payment. He was entitled to present evidence of his capacity to pay, and he was entitled to a rational explanation as to how the motion judge arrived at her conclusion. The insufficiency of reasons in this regard constitutes an error in the motion judge's disposition.
>
> I would remit that portion of the motion judge's decision for determination. I recognize this may be moot, however, given the period of time since the issuance of the order.
>
> [paras. 39-44]

[34] In this case, because the appellant had not fully completed his financial statement, the judge should have insisted he file one within a specified time and a hearing be held for the purpose of assessing his ability to pay the arrears.

[35] I would set aside the judge's Order requiring a payment of $100 per month on the arrears, and I would refer that portion of the judge's decision for a hearing.

VI. Disposition

[36] I would dismiss the appeal in part. I would uphold the judge's assessment of the arrears but would refer the issue of their payment for a hearing. I would not order costs on the basis the respondent was self-represented and did not request reimbursement for her disbursements.