

Theodore Clifford Best *Appellant*

v.

Marlene Shirley Best *Respondent*

INDEXED AS: **BEST v. BEST**

File No.: 26345.

1999: February 17; 1999: July 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Equal division of net family property — Defined benefit pension — Actuarial methods of valuing pension resulting in widely differing values — Whether termination pro rata or termination value-added method better accords with the Family Law Act — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, Preamble, ss. 4, 5, 9.

This appeal dealt with the treatment of pensions in the division of property on divorce, especially the appropriate technique for determining the value of the appellant's pension. The parties separated after 12.08 years of marriage. The appellant had contributed to his pension plan for 20.52 years before marriage and the benefits were vested. He was still working at the time of trial. The pension plan was a defined benefit plan, meaning that the annual pension benefit paid upon retirement is calculated according to a fixed formula: 2 percent of the average of the retiree's five highest annual salaries, multiplied by the total number of years of service prior to retirement. Also at issue were the determination of the appellant's likely date of retirement for purposes of determining pension value during the marriage, whether part of the appellant's equalization obligation could be settled "if and when" he received the pension, whether

Theodore Clifford Best *Appellant*

c.

Marlene Shirley Best *Intimée*

RÉPERTORIÉ: **BEST c. BEST**

N° du greffe: 26345.

1999: 17 février; 1999: 9 juillet.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit de la famille — Partage égal des biens familiaux nets — Pensions à prestations déterminées — Méthodes actuarielles de détermination de la valeur de la pension donnant des résultats très différents — Laquelle de la méthode au prorata ou de la méthode de la valeur ajoutée s'accorde le mieux avec la Loi sur le droit de la famille? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 4, 5, 9.

Le présent pourvoi concernait le traitement des pensions de retraite dans le cadre du partage des biens en cas de divorce et, plus particulièrement, la technique appropriée pour déterminer la valeur de la pension de l'appelant. Les parties se sont séparées après 12,08 années de mariage. L'appelant avait cotisé à un régime de retraite pendant 20,52 années avant le mariage et acquis le droit aux prestations de retraite. Il travaillait toujours quand le procès a eu lieu. Le régime de retraite de l'appelant était un régime à prestations déterminées, c'est-à-dire un régime dans lequel la prestation de retraite annuelle versée aux retraités est calculée selon une formule fixe: l'appelant avait droit à une rente annuelle égale à 2 p. 100 de la moyenne de ses cinq années les mieux rémunérées, multipliée par le nombre total d'années de service accumulées avant la retraite. Il s'agissait également de déterminer la date à laquelle l'appelant prendrait vraisemblablement sa retraite aux fins du calcul de la valeur de la pension durant le mariage, de décider si l'appelant pouvait s'acquitter d'une partie de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle» en ne versant à l'intimée sa part de la pension que lorsqu'il la recevrait, si tant est qu'il la recevait, de décider si son obligation alimentaire à l'endroit de son ex-conjointe aurait dû prendre fin à la date

his spousal support obligation should have been terminated on retirement, and costs.

In valuing the pension, both sides agreed to use a “termination” method, meaning that the pension’s value at separation was calculated by assuming that the appellant stopped working on the date of separation. Different actuarial methods were put forward for valuation of the amount of the pension to be attributed to the marriage period. The termination value-added method, which was advanced by the respondent, determines the pension’s present value at the date of marriage and again at the date of separation; the value accrued during the marriage is then determined by deducting the first value from the second. The termination *pro rata* method advanced by the appellant first calculates the present value of the pension benefit accrued on the date of separation. Second, the pension’s value on the date of marriage is determined by multiplying this pension value by the ratio of the number of years of pensionable service prior to the marriage divided by the total pensionable service up to separation. The amount attributable to the marriage is the difference between the value on the date of separation and the value on the date of marriage.

The dispute over valuation methods arose when the parties’ actuaries sought to determine the pension’s value as of the date of marriage. The value at marriage was higher under the *pro rata* method than it was under the value-added method. As a result, the amount attributable to marriage — the difference between the value at separation and the value at marriage — was accordingly smaller under the *pro rata* method. The trial judge and the Court of Appeal both found in the respondent’s favour and used the value-added method.

In valuing the pension, the trial judge had to make an assumption about the likely date on which the appellant would have retired, taken from the perspective of the date of separation. The trial judge disregarded the fact that the appellant was still working at the time of trial and decided that, from the perspective of the time of

de son départ à la retraite, et, enfin, de statuer sur la question des dépens.

Pour déterminer la valeur de la pension, les deux parties ont convenu d’utiliser la méthode «de la cessation d’emploi»; on a donc calculé la valeur de la pension de l’appelant au moment de la séparation en présumant que ce dernier avait cessé de travailler à cette date. Différentes méthodes actuarielles ont été proposées pour déterminer la partie de la valeur de la pension devant être attribuée à la période du mariage. L’intimée a proposé d’utiliser la méthode de la valeur ajoutée à la cessation d’emploi, suivant laquelle la valeur actualiste de la pension de retraite est déterminée d’abord à la date du mariage, puis à la date de la séparation; on calcule ensuite l’augmentation de la valeur de la pension durant le mariage en retranchant la première valeur de la deuxième. Selon la méthode au prorata à la cessation d’emploi proposée par l’appelant, on calcule d’abord la valeur actualisée de la pension de retraite accumulée à la date de la séparation. On calcule ensuite la valeur de la pension de retraite à la date du mariage en multipliant la valeur à la date de la séparation par une fraction égale au nombre d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage divisé par le nombre total d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation. La valeur attribuable aux années de mariage est la différence entre la valeur de la pension de retraite à la date de la séparation et sa valeur à la date du mariage.

C’est lorsque les actuaires des parties ont voulu déterminer la valeur de la pension à la date du mariage qu’est né le désaccord au sujet des méthodes d’évaluation. La valeur de la pension à la date du mariage déterminée en application de la méthode au prorata était supérieure à celle qui résultait de la méthode de la valeur ajoutée. Par conséquent, la valeur de la pension de retraite attribuable aux années de mariage — soit la différence entre la valeur à la date de la séparation et la valeur à la date du mariage — était inférieure lorsqu’on appliquait la méthode au prorata. Le juge de première instance et la Cour d’appel ont tous les deux tranché l’affaire en faveur de l’intimée et utilisé la méthode de la valeur ajoutée.

Pour déterminer la valeur de la pension, le juge de première instance a dû faire une hypothèse concernant la date à laquelle l’appelant prendrait vraisemblablement sa retraite, en considérant la question à la date de la séparation. Faisant abstraction du fait que l’appelant travaillait encore à la date du jugement, le juge de première

separation, the appellant would have retired when eligible for early retirement.

The trial judge ordered that the appellant could satisfy his equalization obligation in monthly instalments over 10 years. He rejected the appellant's request that part of the equalization be paid "if and when" the pension was received. The trial judge also ordered monthly spousal support payments of \$2500. The trial judge awarded the respondent a portion of her costs. The Court of Appeal upheld these conclusions and awarded costs on the appeal to the respondent.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting in part): The appeal should be allowed on the issues of the valuation method and costs and dismissed in all other aspects.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Generally speaking, the *pro rata* method yields a valuation of a defined benefit pension that is fairer than the valuation produced by the value-added method.

The parties agreed it would be assumed that the appellant stopped working on the date of separation (the termination method). The pension's value on the date of separation is determined by calculating the benefit earned under the pension's benefit formula and then the amount that, if invested on the date of separation, would provide that income stream starting at the assumed retirement date. This calculation, also known as "discounting" the pension's value back to the separation date, requires the use of certain assumptions, such as the date of retirement to determine the length of the discounting period, the employee's longevity and a discounting rate to reflect the effects of inflation and investment return. The parties agreed in principle on the pension's value on the date of separation.

Under the *Family Law Act*, the value of assets owned prior to the marriage must be excluded from the equalization of assets. The parties disagreed as to the proper method to value the pension as of the date of marriage. Under the *pro rata* method, the pension is described as increasing in value at a constant rate over time; under the value-added method, the pension is described as

instance a conclu, considérant cette question à la date de la séparation, que l'appellant aurait pris sa retraite lorsqu'il aurait été admissible à une retraite anticipée.

Dans son ordonnance, le juge de première instance a indiqué que l'appellant pouvait s'acquitter de son obligation d'égalisation sous forme de mensualités échelonnées sur une période de 10 ans. Il a refusé d'autoriser l'appellant à s'acquitter d'une partie de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle», c'est-à-dire en ne versant à l'intimée sa part de la pension de retraite que lorsqu'il la recevrait, si tant est qu'il la recevait. Le juge de première instance a également ordonné à l'appellant de verser à l'intimée une pension alimentaire de 2 500 \$ par mois. Il a accordé à l'intimée une partie de ses dépens. La Cour d'appel a confirmé ces conclusions et accordé à l'intimée les dépens en appel.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé dissidente en partie): Le pourvoi est accueilli relativement aux questions de la méthode d'évaluation et des dépens et rejeté à tous les autres égards.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: De façon générale, la méthode au prorata produit une évaluation plus équitable d'une pension à prestations déterminées que la méthode de la valeur ajoutée.

Les parties ont convenu de présumer que l'appellant avait cessé de travailler à la date de la séparation (la méthode de la cessation d'emploi). On détermine la valeur de la pension à la date de la séparation en calculant la prestation accumulée au moyen de la formule de calcul de la prestation, et on calcule ensuite la somme qui, investie à la date de la séparation, produirait le même flux de revenu que la pension à partir de la date présumée du départ à la retraite. Ce calcul, également appelé «actualisation» de la valeur de la prestation de retraite à la date de la séparation, exige l'application de certaines hypothèses, notamment en ce qui concerne la date présumée du départ à la retraite afin de déterminer la durée de la période d'actualisation, la longévité présumée de l'employé, et un taux d'actualisation tenant compte des effets de l'inflation et du rendement du capital investi. Les parties ont convenu en principe de la valeur de la pension de retraite à la date de la séparation.

En vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, la valeur des biens possédés avant le mariage doit être exclue du processus d'égalisation des biens. Les parties ne se sont pas entendues sur la méthode qu'il convenait d'appliquer pour déterminer la valeur de la pension de retraite à la date du mariage. Selon la méthode au prorata, la valeur de la pension augmente à un rythme constant au

increasing slowly at first and more quickly later according to the effects of compounding. At any point in time, the *pro rata* method will assign a higher value to the pension than the value-added method. If, as here, the employee accumulated pensionable service prior to marriage, the pension's value on the date of marriage will differ widely depending on which method is used. Both methods are recognized as acceptable from an actuarial point of view.

Unfortunately, the *Family Law Act* does not specify which method is to be used. The only guidance is s. 4(1) of the *Family Law Act*, which provides that the court must calculate each spouse's "net family property", which is defined as the value of all assets owned by each spouse on the date of separation less the value of all assets owned on the date of marriage. The *Family Law Act* does not prescribe how the value of any particular asset is to be determined. Consequently, a present-value calculation, as used by the value-added method, is not necessarily to be preferred over any other method. The words "calculated as of the date of the marriage" in s. 4(1) do not reflect a legislative choice of one actuarial method over another but rather address the more basic issue that a spouse cannot exclude an asset from his or her net family property simply because it was owned before the marriage. Further, s. 4(1) does not provide that the value at marriage cannot be mathematically derived from the value at separation.

The *Family Law Act* does not require that a defined benefit pension's value at marriage be calculated in the same way as the value of other types of assets; it only requires that net family property be calculated by subtracting the value of all assets at marriage from the value of all assets at separation. If proper consideration for the nature of a defined benefit pension requires a valuation method different from methods used for other assets, the *Family Law Act* does not preclude it. Absent clear legislative direction, the *pro rata* method, which enjoys the *imprimatur* of the actuarial profession, should be considered. The general purpose of matrimonial property statutes is to divide marital assets as equitably as possible. The legislative silence as to any preference between value-added or *pro rata* method means that the defined

fil des années; suivant la méthode de la valeur ajoutée, la valeur de la pension augmente lentement au départ puis plus rapidement par la suite en raison des effets de la capitalisation. À tout moment, la méthode au prorata attribue à la pension une valeur supérieure à celle que lui attribue la méthode de la valeur ajoutée. Dans les cas où, comme en l'espèce, l'employé a accumulé de nombreuses années de service ouvrant droit à pension avant le mariage, la valeur de la pension de retraite à la date du mariage variera de façon considérable selon la méthode utilisée. Les deux méthodes sont considérées acceptables du point de vue actuariel.

Malheureusement, la *Loi sur le droit de la famille* ne précise pas quelle est la méthode qui doit être utilisée. Les seules indications à cet égard figurent au par. 4(1) de la *Loi sur le droit de la famille*, qui intime aux tribunaux de calculer la valeur des «biens familiaux nets» de chaque conjoint, expression qui est définie comme la valeur de tous les biens dont chaque conjoint est propriétaire à la date de la séparation moins la valeur de tous les biens dont chacun était propriétaire à la date du mariage. La *Loi sur le droit de la famille* ne prescrit pas la façon de calculer la valeur de quelque bien en particulier. Par conséquent, il ne faut pas nécessairement privilégier un calcul fondé sur la valeur actualisée, comme celui utilisé dans le cadre de la méthode de la valeur ajoutée, au détriment de toute autre méthode. Les mots «calculée à la date du mariage» figurant au par. 4(1) n'expriment pas la préférence du législateur pour une méthode actuarielle d'évaluation des pensions plutôt qu'une autre; ils touchent plutôt le point plus fondamental qu'un conjoint ne peut exclure un bien de ses biens nets familiaux pour la seule raison qu'il en était propriétaire avant le mariage. En outre, le par. 4(1) ne précise pas que la valeur à la date du mariage ne peut pas être dérivée mathématiquement de la valeur à la date de la séparation.

La *Loi sur le droit de la famille* n'exige pas que la valeur à la date du mariage d'une pension à prestations déterminées soit calculée de la même façon que la valeur d'autres types de biens; elle exige simplement que la valeur des biens familiaux nets soit calculée en soustrayant la valeur des biens à la date du mariage de leur valeur à la date de la séparation. S'il ressort de l'examen approprié de la nature d'une pension à prestations déterminées que l'utilisation d'une méthode d'évaluation différente des méthodes utilisées pour calculer la valeur d'autres biens est nécessaire, la *Loi sur le droit de la famille* n'interdit pas d'utiliser une telle méthode. En l'absence de directives claires du législateur, la méthode au prorata, qui jouit de l'aval de la profession actuarielle, doit être prise en considération. L'objectif général

benefit pension must be valued according to the method that values the pension most equitably.

The Court should choose the valuation method that most nearly describes how the defined benefit pension's value varied over time, with proper regard for the nature of the asset itself. Unlike an interest in a defined contribution plan, the ultimate annualized benefit paid under a defined benefit plan is unrelated to the size of contributions or rate of return on investment. It is far from self-evident that the increase in value of an interest in a defined benefit pension plan should be modelled after the increase in value in an investment asset. Treating a defined benefit pension as gaining value in that way constitutes a major weakness of the value-added method.

The respondent's arguments favouring the value-added method are also problematic. A subjective feeling that the promise of a pension takes on greater importance as an employee approaches retirement does not translate into an objective increase in value that should be reflected in an equalization calculation. Further, the value-added method does not take into account the decreasing value of the dollar owing to inflation. The 1976 dollar at marriage is worth more than the inflated 1988 dollar at separation and yet is subtracted directly from the inflated dollar at separation, meaning that all inflation on the pension's total value is treated as a "gain" in value during the marriage. In addition, the value-added method as it was applied in this case used different assumed retirement dates for valuing the pension at marriage and at separation.

The *pro rata* method better reflects the nature of a defined benefit pension by averaging the pension's present value over each year of service. The true value of the defined benefit plan — namely, the benefit itself — increases at a constant (or arithmetic) rate with the passage of time, not along a growth curve (or geometric

des lois sur les biens matrimoniaux est de répartir ces biens le plus équitablement possible. Le fait que la loi n'indique aucune préférence pour la méthode de la valeur ajoutée par rapport à la méthode au prorata, ou vice-versa, signifie que le calcul de la valeur de la pension à prestations déterminées doit être fait au moyen de la méthode qui l'évalue le plus équitablement possible.

La Cour doit choisir la méthode d'évaluation qui décrit le plus exactement la façon dont la valeur de la pension à prestations déterminées a évolué au fil des ans, en tenant dûment compte de la nature du bien lui-même. Contrairement à un intérêt dans un régime à cotisations déterminées, la prestation annualisée versée en bout de ligne à un employé dans le cadre d'un régime à prestations déterminées n'est pas liée au montant des cotisations ou au taux de rendement du capital investi. Il est loin de tomber sous le sens que l'augmentation de valeur d'un intérêt dans un régime de retraite à prestations déterminées devrait être mesurée de la même façon que l'augmentation de valeur d'un placement. Le fait qu'elle considère que la valeur d'un régime de retraite à prestations déterminées augmente ainsi constitue une lacune importante de la méthode de la valeur ajoutée.

Les arguments présentés par l'intimée au soutien de la méthode de la valeur ajoutée posent également problème. Une impression subjective que la promesse d'une pension revêt une importance plus grande à mesure que l'employé approche de l'âge de la retraite ne se traduit pas par une augmentation objective de valeur qui doit se refléter dans le calcul d'égalisation. En outre, la méthode de la valeur ajoutée ne tient pas compte de la valeur décroissante du dollar en raison de l'inflation. Bien que le dollar de 1976, année du mariage, vaille davantage que le dollar courant de 1988, année de la séparation, il est néanmoins retranché directement du dollar courant à la séparation, ce qui signifie que l'effet de l'inflation sur la valeur totale de la pension est traité comme une «plus-value» survenue pendant la durée du mariage. De plus, un autre problème qui caractérise la manière dont la méthode de la valeur ajoutée a été utilisée dans le cas qui nous occupe est le fait qu'on se soit servi d'hypothèses différentes quant à l'âge du départ à la retraite pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage et à la date de la séparation.

La méthode au prorata reflète mieux la nature d'une pension à prestations déterminées en répartissant la valeur actualisée de la pension sur chaque année de service. La valeur véritable du régime de retraite à prestations déterminées — c'est-à-dire la prestation elle-même — augmente à un taux constant (ou taux arithmé-

rate). The *pro rata* method accurately takes account of the pension's nature as a future asset, instead of misleadingly treating it as a present asset with a lump sum value that increases at the rates of inflation and return on risk-free investments. It also reflects the fact that, in a "best earnings" defined benefit pension, the effect of a salary increase is not limited to the particular year in which it occurs, but extends over the entire period of service. Further, the *pro rata* method involves less speculation than the value-added method: it requires only one discounting calculation and also does not artificially ignore relevant information available at separation in determining the value on the date of marriage.

Although the value-added method could be reformed to address these concerns, the *pro rata* method generally values defined benefit pensions more equitably under the *Family Law Act*. Note, however, that the possibility of using a retirement method (as opposed to a termination method) of valuation remains open, although it might be at odds with the present wording of the *Family Law Act*.

The many issues raised by pension valuation in equalization calculations are complex and deserve legislative attention. Until the legislature addresses this area in an amendment to the *Family Law Act*, the parties will have to reach agreement on a proper valuation method or, as in this case, refer the dispute to the courts.

The second issue in this case concerns the assumed retirement age that the court used in valuing the pension. Retirement age is crucial to valuation because it determines the length of the discounting period and the length of time that the pension is paid out. Under a termination method, post-separation evidence should not be used in determining a likely retirement date unless the evidence reflects facts that were within the employee spouse's contemplation at the time of separation. The presence of an early retirement provision will almost always be relevant to the choice of a likely retirement age. The trial judge's conclusion was not unreasonable in light of the evidence prior to separation. It was not unfair to take the facts as frozen as of the date of separa-

tion) à mesure que le temps passe, et non pas suivant une courbe de croissance (ou taux géométrique). La méthode au prorata rend compte fidèlement de la nature de la pension en tant qu'élément d'actif futur, au lieu de la considérer à tort comme un élément d'actif courant, auquel on peut attribuer une valeur globale qui augmente en fonction du taux d'inflation et du taux de rendement de placements sans risque. Elle reflète également le fait que l'effet d'une hausse de salaire dans un régime de pension à prestations déterminées «salaire maximal moyen» ne se limite pas à l'année particulière au cours de laquelle cette hausse est accordée, mais se fait également sentir pendant toute la durée du service. De plus, la méthode au prorata est moins conjecturale que la méthode de la valeur ajoutée: elle ne requiert qu'un seul calcul d'actualisation et, en outre, ne fait pas artificiellement abstraction des renseignements pertinents qui sont connus à la date de la séparation pour déterminer la valeur à la date du mariage.

Bien que la méthode de la valeur ajoutée puisse être modifiée pour tenir compte de ces inquiétudes, la méthode au prorata produit généralement une évaluation plus équitable des pensions à prestations déterminées dans le cadre de la *Loi sur le droit de la famille*. Il faut signaler, cependant, qu'il demeure possible de recourir à la méthode de la retraite (par opposition à la méthode de la cessation d'emploi), bien que l'utilisation de cette méthode pourrait être incompatible avec le texte actuel de la *Loi sur le droit de la famille*.

Les nombreuses questions que soulève l'évaluation des pensions dans les calculs d'égalisation sont complexes et elles méritent l'attention du législateur. En attendant que le législateur règle ce problème en modifiant la *Loi sur le droit de la famille*, les intéressés devront s'entendre sur la méthode d'évaluation qu'il convient d'appliquer ou, comme en l'espèce, soumettre le litige aux tribunaux.

La deuxième question litigieuse que soulève la présente affaire est l'hypothèse relative à l'âge du départ à la retraite que le tribunal a utilisée pour évaluer la valeur de la pension de retraite. L'âge du départ à la retraite est crucial pour l'évaluation parce qu'il détermine à la fois la durée de la période d'actualisation et la durée de la pension. Dans l'application de la méthode de la cessation d'emploi, la preuve postérieure à la séparation ne devrait pas être utilisée pour fixer la date probable de la retraite, à moins que cette preuve ne révèle des faits qu'envisageait le conjoint participant au moment de la séparation. L'existence d'une clause de retraite anticipée sera presque toujours pertinente quant au choix de l'âge probable du départ à la retraite. La conclusion du juge

tion, thereby disregarding evidence available after separation but before trial, such as the fact that the appellant continued to work past the assumed retirement date.

The trial judge's decision to allow the appellant to settle his equalization obligation with instalment payments over 10 years was within his discretion and deserves deference because the choice of method for settlement is highly contextual and fact-based. An "if and when" payment scheme, under which the appellant would pay a share of the pension benefits if and when received, should not be declared to be the default rule for equalization payments involving pensions. Although an "if and when" scheme has clear advantages where the difference in net family properties is owing to the capitalized value of a pension — in particular, it avoids exposing the pension-holder to the hardship of having to pay a lump sum immediately — its disadvantages include a continued financial link between the ex-spouses and a difficulty in determining the appropriate share to be paid over. Furthermore, the total amount paid is indeterminate and can result in over- or underpayment, depending on the pension-holder's life span; in this respect, an "if and when" settlement method effectively renders valuation of the pension unnecessary. This is inconsistent with the appellant's principal position in this case and may conflict with the *Family Law Act* because it effectively employs a "deferred" retirement method of valuation.

The trial judge did not include the future pension benefits as "income" in determining the appellant's ability to pay spousal support. There was therefore no need to decide the issue of "double dipping", i.e., whether a pension, once equalized as property, can also be treated as income from which the pension-holding spouse can make support payments. There was also no error in valuing the pension as though the appellant terminated

de première instance n'était pas déraisonnable à la lumière de la preuve qui existait avant la séparation. Il n'était pas injuste de s'en tenir aux faits tels qu'ils existaient à la date de la séparation et d'omettre ainsi de tenir compte de la preuve qui existait après la séparation mais avant le procès, par exemple le fait que l'appellant ait continué de travailler après la date présumée du départ à la retraite.

Le juge de première instance n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire en permettant à l'appellant de s'acquitter de son obligation d'égalisation sous forme de versements échelonnés sur une période de 10 ans, et il convient de faire montre de retenue envers cette décision étant donné que le choix de la méthode d'exécution de l'obligation d'égalisation est en grande partie tributaire du contexte et des faits. Un régime de paiement «conditionnel», en vertu duquel l'appellant verserait à l'intimée une partie des prestations de retraite seulement lorsqu'il les recevrait, si tant est qu'il les reçoit, ne doit pas être considéré comme la règle générale en matière de paiements d'égalisation dans les cas où une pension est en cause. Bien qu'un régime de paiement «conditionnel» comporte des avantages manifestes lorsqu'une part importante de la différence entre la valeur des biens familiaux nets des parties est attribuable à la valeur capitalisée d'une pension — en particulier qu'il évite d'exposer le conjoint participant au préjudice que constituerait le fait de devoir payer immédiatement une somme forfaitaire —, un tel régime présente aussi des inconvénients, notamment le maintien de l'association financière des ex-conjoints et la difficulté que soulève la détermination de la part appropriée de chaque prestation de retraite à verser au conjoint non participant. En outre, la somme totale à verser est indéterminée et il peut y avoir soit paiement excédentaire soit paiement insuffisant, selon la longévité du conjoint participant. À cet égard, le recours à un régime de règlement «conditionnel» fait en sorte qu'il est effectivement inutile de déterminer la valeur de la pension de retraite. Ce régime est incompatible avec l'argument principal de l'appellant en l'espèce et pourrait soulever un problème d'incompatibilité avec la *Loi sur le droit de la famille* puisqu'il repose effectivement sur une méthode d'évaluation «différée» à la retraite.

Le juge de première instance n'a pas considéré les prestations de retraite à venir comme un «revenu» afin de déterminer la capacité de l'appellant de verser une pension alimentaire. Il n'était donc pas nécessaire de trancher la question de la «double ponction», c.-à-d. la question de savoir si une pension qui a servi comme bien aux fins du calcul d'égalisation peut également être considérée comme un revenu aux fins du paiement de la

employment in 1988, even though in determining spousal support, the trial judge recognized that the appellant was still employed in 1993. The agreement to use the termination method justified disregarding post-separation evidence for the narrow issue of pension valuation. Given that the amount of spousal support was linked to the appellant's salary, that order might now be variable on the basis of a change in circumstances.

The parties were to bear their own costs in all courts.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part): While the actuarial profession may accept both the value-added and *pro rata* valuation methods, the choice of which method ought to be used for family law purposes remains a legal matter, and therefore, a matter of compliance with the applicable legislation. The reasons of both the trial judge and the Court of Appeal found the value-added method was more consistent with the Act, produced a fairer value and found no justification for using a different valuation method because the asset was different. These reasons were adopted.

The criteria set out in the Act are not satisfied by both methods, and even if they were, the courts must go further to determine the method which best accords with the Act. Only the value-added method captures the letter and spirit of s. 4(1) of the *Family Law Act*. While the general purpose of the Act is to effect the adjustment of property in an equitable manner, the specific purpose of the valuation of the pension is to determine the increase in value of the assets during marriage. The legislature developed a scheme for apportionment and the Court is merely to use the valuation method which best determines the increase in value of the pension for the marriage partners. As the primary consideration of courts must be to abide by the legislation, particularly an enabling statute, there was no reason for the Court to depart from the clear and unambiguous wording of the statute and the assumption that the legislature intended to say exactly what is written. The Act quite simply stipulates that the value of the asset is to be determined by subtracting one specific value from another, with those values being determined as of the close of that particular business day. It directs that the courts must go beyond a simple analysis of the annualized benefit to be paid and use a method which values the pension according to

pension alimentaire par le conjoint participant. De plus, le fait d'évaluer la pension en considérant que l'appelant avait cessé de travailler en 1988 n'a pas constitué une erreur, même si, dans la fixation de la pension alimentaire, le juge de première instance a reconnu que l'appelant travaillait toujours en 1993. L'accord relatif à l'utilisation de la méthode de la cessation d'emploi justifiait de ne pas tenir compte de la preuve postérieure à la séparation pour la question limitée de l'évaluation de la pension de retraite. Compte tenu du fait que le montant de la pension alimentaire est tributaire du salaire de l'appelant, il semble que l'ordonnance pourrait être modifiée sur la base d'un changement de circonstances.

Les parties supporteront leurs propres dépens dans toutes les cours.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie): Bien que la profession actuarielle accepte tant la méthode de la valeur ajoutée que la méthode au prorata, le choix de celle qui devrait être employée en droit de la famille est une question de droit et, par conséquent, une question de conformité avec la législation applicable. Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont conclu, dans leurs motifs, que la méthode de la valeur ajoutée était plus compatible avec la Loi et donnait une évaluation plus équitable, et que rien ne justifiait de recourir à une méthode différente parce que le bien en cause était d'une nature différente. Ces motifs ont été adoptés.

Les deux méthodes ne satisfont pas aux critères énoncés dans la Loi et, même si elles y satisfaisaient, les tribunaux doivent aller plus loin pour déterminer quelle est la méthode la plus conforme à la Loi. Seule la méthode de la valeur ajoutée respecte l'esprit et la lettre du par. 4(1) de la *Loi sur le droit de la famille*. Bien que l'objectif général de la Loi soit de pourvoir à la répartition équitable des biens, l'objectif précis de l'évaluation de la valeur de la pension de retraite est de déterminer l'augmentation de la valeur des biens survenue pendant le mariage. La législature a établi un régime permettant une telle répartition et la Cour est simplement tenue d'utiliser la méthode d'évaluation qui permet le mieux de déterminer l'augmentation de la valeur de la pension de retraite pour les conjoints. Comme le principal souci des tribunaux doit être de se conformer aux dispositions législatives, particulièrement aux lois habilitantes, il n'y a aucune raison en l'espèce pour laquelle notre Cour devrait s'écarter du texte clair et non ambigu de la Loi et déroger à la présomption que la législature avait l'intention de dire exactement ce qui est écrit. La Loi dispose tout simplement que la valeur du bien doit être déterminée en déduisant une valeur donnée d'une autre, le calcul de ces valeurs devant se faire à la fermeture des

both human and fiscal factors. If using the value-added method were to lead to hardship or an unconscionable result, a remedial provision is available under s. 5(6).

The analysis of fairness, being both orderly and equitable, should not be result-driven. What has, in some cases, been perceived as unfair, is instead the just result of the greater value ascribed to the later years of a pension than to those of the earlier years. It would be inequitable to deprive the respondent of her share of the good fortune that arose during the marriage. Three main reasons support the greater pension increase in value over the marriage years in this case. First, the time value of money makes the value of the pension greater the closer one gets to the actual commencement of benefit payments. Second, the majority of pension schemes calculate the annual benefit amount payable to the employee by some function of the highest years of salary. The value-added method will recognize this reality and the significance of those highest years falling within the period of the marriage. Thirdly, the early retirement provision (rule of 90) makes years of service later in a career more significant. Certain years of service later in a career will have the effect of not only decreasing the amount of time before the pension begins paying out, thus reducing the discounting effect, but also increasing the total number of years of payment and, therefore, the value of the benefit. The premise that all years which contribute to the pension must be of equal value is not only extraordinary but also totally unrealistic. Lastly, it would not be illogical for Parliament or the legislature, as a matter of policy, to choose a method of valuation which may be found to benefit the non-employee spouse when the couple is closer to retirement age. Parliament and the legislatures have repeatedly demonstrated their intent to protect those who may prove to be more vulnerable in our society by reason of growing older.

Costs would have been awarded to the respondent throughout.

bureaux à cette date. Elle prescrit que les tribunaux ne peuvent se contenter d'une simple analyse de la prestation annualisée qui sera versée et qu'ils doivent employer une méthode qui évalue la pension de retraite en fonction de facteurs d'ordre fiscal et humain. Si l'utilisation de la méthode de la valeur ajoutée devait entraîner un préjudice ou un résultat inadmissible, une mesure corrective pourrait être prise en vertu du par. 5(6).

L'analyse fondée sur l'équité, c'est-à-dire l'analyse de ce qui est ordonné et équitable, ne devrait pas être axée sur le résultat. Ce qui, dans certains cas, a été perçu comme inéquitable, est plutôt la juste conséquence de la valeur plus grande accordée aux dernières années de participation à un régime de pension de retraite plutôt qu'aux premières. Il serait inéquitable de priver l'intimée de sa part de la bonne fortune survenue au cours du mariage. Il existe trois raisons principales qui permettent de conclure que la valeur de la pension de retraite a augmenté de façon plus importante pendant le mariage en l'espèce. Premièrement, la valeur temporelle de l'argent augmente la valeur de la pension à mesure qu'on se rapproche de la date du début du paiement des prestations. Deuxièmement, dans la majorité des régimes de pension de retraite, la prestation de retraite annuelle payable à l'employé est calculée en appliquant un facteur tenant compte des années les mieux rémunérées. La méthode de la valeur ajoutée tient compte de cette réalité et, lorsque c'est le cas, de l'importance du fait que ces années sont survenues durant le mariage. Troisièmement, la disposition applicable en matière de retraite anticipée (la règle des 90) confère plus d'importance aux années de service en fin de carrière. Certaines années de service vers la fin de la carrière d'une personne ont pour effet non seulement de raccourcir le délai avant le début du paiement de la pension et ainsi de réduire les effets de l'actualisation, mais aussi d'augmenter le nombre total d'années de paiement de la pension et, par conséquent, l'avantage reçu. La prémisse selon laquelle toutes les années de cotisation au régime de pension doivent avoir une valeur égale est non seulement extraordinaire, mais également tout à fait irréaliste. Enfin, du point de vue des principes, il ne serait pas illogique de la part du Parlement ou de la législature de choisir une méthode d'évaluation qui pourrait avantager le conjoint non participant lorsque le couple approche l'âge de la retraite. Le Parlement et les législatures ont, à maintes reprises, manifesté leur intention de protéger les personnes susceptibles d'être plus vulnérables dans notre société en raison du fait qu'elles vieillissent.

Les dépens auraient été adjugés en faveur de l'intimée dans toutes les cours.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Kennedy v. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454; *Bascello v. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342; *Christian v. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441; *Chinneck v. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL); *Perrier v. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266; *Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Valenti v. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246; *Deane v. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55; *Miller v. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113; *Shafer v. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410; *Beaudoin v. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL); *Patrick v. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228; *Spinney v. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL); *Munro v. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL); *Rusticus v. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL); *Ramsay v. Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447; *Humble v. Humble*, 805 S.W.2d 558 (1991); *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Knippshild v. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36; *Rutherford v. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41; *Gilmour v. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137; *Bourdeau v. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL); *Rauf v. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63; *Porter v. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12; *Moravcik v. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Marsham v. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609; *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447; *Leeson v. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52; *Forster v. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121; *Huisman v. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341; *Stevens v. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212; *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211; *Deroo v. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86; *Hilderley v. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383; *Radcliff v. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL); *Salib v. Cross* (1993), 15 O.R. (3d) 521; *Rickett v. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321; *Best v. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Nantais v. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453; *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

Clarke v. Clarke, [1990] 2 S.C.R. 795; *Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Kennedy c. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454; *Bascello c. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342; *Christian c. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441; *Chinneck c. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL); *Perrier c. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266; *Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Valenti c. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246; *Deane c. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55; *Miller c. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113; *Shafer c. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410; *Beaudoin c. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL); *Patrick c. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228; *Spinney c. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL); *Munro c. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL); *Rusticus c. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL); *Ramsay c. Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447; *Humble c. Humble*, 805 S.W.2d 558 (1991); *Hierlihy c. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Knippshild c. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36; *Rutherford c. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41; *Gilmour c. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137; *Bourdeau c. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL); *Rauf c. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63; *Porter c. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12; *Moravcik c. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102; *George c. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Marsham c. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609; *Weaver c. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447; *Leeson c. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52; *Forster c. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121; *Huisman c. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341; *Stevens c. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212; *Alger c. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211; *Deroo c. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86; *Hilderley c. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383; *Radcliff c. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL); *Salib c. Cross* (1993), 15 O.R. (3d) 521; *Rickett c. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321; *Best c. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Nantais c. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453; *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

Clarke c. Clarke, [1990] 2 R.C.S. 795; *Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Statutes and Regulations Cited

B.C. Reg. 77/95, s. 6.
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8.
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, Preamble, ss. 4(1), (4), 5(1), (6), 9(1), (3).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 74, Part 6.
General Regulation — Pension Benefits Act, N.B. Reg. 91-195, s. 28(2).
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 51.
Pension Benefits Act, S.N.B. 1987, c. P-5.1, s. 44(8).
Regulation respecting supplemental pension plans, (1990) 122 G.O. II, 2318, ss. 36, 37, 40.

Authors Cited

Burrows, G. Edmond. "Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age" (1995-96), 13 *C.F.L.Q.* 25.
 Burrows, G. Edmond. "Value Added or Pro Rata?" in *Money & Family Law*, vol. 10, no. 6, June 1995, p. 48.
 Canadian Institute of Actuaries. *Standard of Practice for the Computation of the Capitalized Value of Pension Entitlements on Marriage Breakdown for Purposes of Lump-Sum Equalization Payments*. Ottawa: Canadian Institute of Actuaries, 1993.
 Canadian Institute of Actuaries. Task Force on the Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown. Draft Paper. *The Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown*. Ottawa: Canadian Institute of Actuaries, 1998.
Corpus Juris Secundum, vol. 27C, § 558. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 McLeod, James G. Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211.
 McLeod, James G. Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448.
 McLeod, James G. Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182.

Lois et règlements cités

B.C. Reg. 77/95, art. 6.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 74, partie 6.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 4(1), (4), 5(1), (6), 9(1), (3).
Loi sur les prestations de pension, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1, art. 44(8).
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 51.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8.
Règlement général — Loi sur les prestations de pension, Règl. du N.-B. 91-195, art. 28(2).
Règlement sur les régimes complémentaires de retraite, (1990) 122 G.O. II, 3246, art. 36, 37, 40.

Doctrine citée

Burrows, G. Edmond. «Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age» (1995-96), 13 *C.F.L.Q.* 25.
 Burrows, G. Edmond. «Value Added or Pro Rata?» in *Money & Family Law*, vol. 10, no. 6, June 1995, p. 48.
Corpus Juris Secundum, vol. 27C, § 558. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Institut canadien des actuaires. Groupe de travail sur la répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage. Document préliminaire. *La répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage*. Ottawa: Institut canadien des actuaires, 1998.
 Institut canadien des actuaires. *Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation*. Ottawa: Institut canadien des actuaires, 1993.
 McLeod, James G. Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211.
 McLeod, James G. Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448.
 McLeod, James G. Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law, Part IV, Family Property Law*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Property Law*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1993.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1995.

Patterson, J. B. "Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions 'Termination Method' and 'Retirement Method'" (1998), 16 *C.F.L.Q.* 249.

Patterson, Jack. *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

Walker, Thomas J. "Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and Income?" (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 35 O.R. (3d) 577, 156 D.L.R. (4th) 717, 31 R.F.L. (4th) 1, 103 O.A.C. 344, 15 C.C.P.B. 170, [1997] O.J. No. 4007 (QL), dismissing an appeal by the appellant from a judgment of Rutherford J. (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, 1 C.C.P.B. 8, [1993] O.J. No. 2444 (QL), and subsequent endorsement as to costs, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Appeal allowed in part, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part.

William J. Sammon and Jirina Bulger, for the appellant.

Frank C. Tierney, Shawn L. C. Peers and Ian R. Stauffer, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MAJOR J. — This appeal raised some of the contentious and confusing issues surrounding the treatment of pensions in the division of property when a marriage ends. A central issue here was the appropriate technique for determining the value of a defined benefit pension under Ontario's *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. The legal proceedings in this divorce action have been costly, and

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law, Part IV, Family Property Law*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Property Law*. Toronto: Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1993.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division*. Toronto: Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1995.

Patterson, J. B. «Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions "Termination Method" and "Retirement Method"» (1998), 16 *C.F.L.Q.* 249.

Patterson, Jack. *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

Walker, Thomas J. «Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and Income?» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 35 O.R. (3d) 577, 156 D.L.R. (4th) 717, 31 R.F.L. (4th) 1, 103 O.A.C. 344, 15 C.C.P.B. 170, [1997] O.J. No. 4007 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge Rutherford (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, 1 C.C.P.B. 8, [1993] O.J. No. 2444 (QL), et de sa décision subséquente concernant les dépens, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Pourvoi accueilli en partie, le juge L'Heureux-Dubé dissidente en partie.

William J. Sammon et Jirina Bulger, pour l'appelant.

Frank C. Tierney, Shawn L. C. Peers et Ian R. Stauffer, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi vise quelques-unes des questions qui donnent lieu à controverse et confusion en ce qui a trait au traitement des pensions de retraite dans le cadre du partage des biens à la fin du mariage. La technique appropriée pour déterminer la valeur d'une pension à prestations déterminées en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990,

these reasons will hopefully end the parties' prolonged conflict.

ch. F.3, est au cœur du litige. Les procédures judiciaires engagées dans la présente action en divorce ont été coûteuses, et il est à souhaiter que les présents motifs mettront fin au long conflit entre les parties.

² I have concluded that, absent special circumstances, a *pro rata* method of pension valuation best achieves the purpose of the *Family Law Act*, namely, the equitable division of assets between spouses. It will be evident that, while the division of pensions can raise many complex questions, this Court can only address the limited issues involved in this particular appeal. It will be equally evident that legislative changes to the *Family Law Act* are required to provide further guidance for the equitable division of pension assets between spouses on the termination of marriage. In the absence of legislative action, couples undergoing divorces where pension benefits are an issue will have little choice in the absence of an agreement but to resort to expensive litigation.

J'ai conclu que, sauf circonstances spéciales, la méthode d'évaluation au prorata de la pension est celle qui permet le mieux de réaliser l'objectif visé par la *Loi sur le droit de la famille*, soit le partage équitable des biens entre les conjoints. Il ressortira clairement que, bien que le partage des pensions soulève plusieurs questions complexes, notre Cour ne peut examiner que les questions limitées en litige dans le présent pourvoi. On verra également que la *Loi sur le droit de la famille* appelle des modifications afin de mieux encadrer le partage équitable des avoirs de retraite entre conjoints à la cessation d'un mariage. Sans une telle intervention du législateur, les couples en instance de divorce qui ne peuvent s'entendre sur la question des prestations de retraite n'auront d'autre choix que d'initier des procédures coûteuses.

³ The intent of the Ontario legislature, expressed in the *Family Law Act*, is to divide the value of all assets accumulated during the marriage equally among the separated spouses. To reach that result in the case at bar required determining the growth in value of the pension owned by the appellant husband during the marriage. If it were not for the complexities of valuing defined benefit pensions, this would be relatively simple.

Le but du législateur ontarien, exprimé dans la *Loi sur le droit de la famille*, est le partage égal entre les conjoints séparés de la valeur de tous les biens accumulés durant le mariage. Pour parvenir à ce résultat dans le présent cas, il faut calculer l'accroissement de la valeur de la pension du mari appelant au cours du mariage. Si ce n'était des difficultés que comporte l'évaluation des pensions à prestations déterminées, ce calcul serait assez simple.

⁴ However, the Court was faced with two different actuarial methods for valuing the pension's growth during the marriage. The appellant favoured the "termination *pro rata*" method, which required the pension benefit to be paid at retirement to be calculated as if the employee terminated employment on the date of separation. The pension's value on the date of separation is the present value of that income stream, using an assumed retirement age and accepted actuarial assumptions regarding rates of interest, inflation, and longevity. The value on the date of marriage is obtained by multiplying the value on the date of separation by a fraction equal to the number of

Toutefois, on présente à la Cour deux méthodes actuarielles différentes pour calculer l'accroissement de la valeur de la pension pendant le mariage. L'appellant préconise le recours à la méthode de calcul «au prorata à la cessation d'emploi», méthode suivant laquelle la prestation de retraite payable à la retraite est calculée comme si l'employé avait cessé de travailler à la date de la séparation. La valeur de la pension à cette date est la valeur actualisée de ce flux de revenu, déterminée en tenant compte d'un âge de retraite présumé et de certaines hypothèses actuarielles acceptées en ce qui concerne les taux d'intérêt, l'inflation et la longévité. La valeur de la pension à la date du

years of pensionable service that occurred prior to the marriage over the total number of years of pensionable service prior to separation. The amount accrued during the marriage is the difference between the values on the date of separation and on the date of marriage; the non-employee spouse (in this case, the respondent wife) would be entitled to half that amount upon separation.

The respondent favoured the “termination value-added” method. This method uses the same process as the *pro rata* method to value the pension on the date of separation: the determination of the pension benefit earned followed by a calculation of the present value of that income stream on the date of separation. Under the value-added method, the value on the date of marriage is calculated in a similar way: the employee is assumed to have terminated employment on the date of marriage, the pension benefit earned to that point is calculated, and the present value for such an income stream, discounted back to the date of marriage, is determined. Once again, the amount accumulated during marriage is the difference between the two values, and the non-employee spouse is entitled to half of it.

The value-added method essentially treats the pension as an investment asset that grows with the employee’s salary and increases with the compounding of amounts previously earned. Under the value-added method, each successive year is of increasingly higher value. As a result, in cases like this one where there is significant pensionable service prior to the marriage, the value-added method allocates more value to the later years of pension holding than to the earlier years. In this case, the marriage lasted for just over 12 (or approximately 37 percent) of the appellant’s 32 years of pensionable service before separation, but the value-added

mariage est obtenue en multipliant la valeur à la date de la séparation par une fraction égale au nombre d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage divisé par le nombre total d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation. La somme accumulée au cours du mariage est la différence entre la valeur à la date de la séparation et la valeur à la date du mariage; le conjoint non participant (en l’espèce l’épouse intimée) aurait droit à la moitié de cette somme à la séparation.

Pour sa part, l’intimée préconise la méthode de la «valeur ajoutée à la cessation d’emploi». Cette méthode utilise le même mécanisme que la méthode au prorata pour calculer la valeur de la pension à la date de la séparation: on détermine la valeur de la prestation de retraite acquise, puis la valeur actualisée de ce flux de revenu à la date de la séparation. Selon la méthode de la valeur ajoutée, la valeur de la pension à la date du mariage est calculée d’une façon similaire: on présume que l’employé a cessé de travailler à la date du mariage, on calcule d’abord la prestation de retraite acquise à ce moment-là, puis la valeur actualisée de ce flux de revenu à la date du mariage. Une fois de plus, la somme accumulée durant le mariage est la différence entre ces deux valeurs, et le conjoint non participant a droit à la moitié de cette somme.

Essentiellement, la méthode de la valeur ajoutée considère la pension comme un placement dont la valeur croît avec le salaire de l’employé et la capitalisation des montants déjà accumulés. Suivant la méthode de la valeur ajoutée, chaque nouvelle année a une valeur de plus en plus grande. En conséquence, dans un cas comme celui dont la Cour est saisie, où de nombreuses années de service ouvrant droit à pension ont été accumulées avant le mariage, la méthode de la valeur ajoutée attribue aux dernières années de participation au régime une valeur plus grande qu’aux premières. En l’espèce, le mariage n’a duré qu’un peu plus de 12 (soit environ 37 p. 100) des 32 années de service ouvrant droit à pension accumulées par l’appelant avant la séparation, mais la méthode de la valeur

5

6

method apportions about 88 percent of the pension's value to that period.

ajoutée attribue à cette période environ 88 p. 100 de la valeur de la pension.

7 In contrast, the effect of the *pro rata* method is that all years of pensionable service are treated as equal; the growth of the pension is uniform over time, with no pension year more valuable than another. In this case, the *pro rata* method assigns approximately 37 percent of the pension's value to the marriage. Because this method assigns more value to the pre-marital years and less to the marital years than the value-added method, it is obvious why the appellant submitted this method to be the more equitable.

Par contre, la méthode au prorata produit l'effet suivant: toutes les années de service ouvrant droit à pension sont traitées également, la valeur de la pension augmente uniformément avec le temps et aucune année de service n'a une valeur plus grande qu'une autre. En l'espèce, la méthode au prorata attribue environ 37 p. 100 de la valeur de la pension à la période du mariage. Le fait que cette méthode attribue une valeur plus grande aux années antérieures au mariage et une valeur moins grande aux années de mariage que la méthode de la valeur ajoutée explique à l'évidence pourquoi l'appelant plaide que cette méthode est la plus équitable.

I. Facts

I. Les faits

8 The appellant, Theodore Clifford Best, was born on April 14, 1935. He was employed as a school principal since 1960 and served as an elected trustee of the Ottawa Board of Education since 1972. He and the respondent, Marlene Shirley Best, were married on February 7, 1976, when Mr. Best was 40 years old. Both spouses had been married before, and this second marriage was turbulent.

L'appelant, Theodore Clifford Best, est né le 14 avril 1935. Il a travaillé comme directeur d'école à partir de 1960, et il a été élu commissaire au Conseil scolaire d'Ottawa en 1972. Il a épousé l'intimée, Marlene Shirley Best, le 7 février 1976. Il avait alors 40 ans. Chacun d'eux avait été marié auparavant. Ce deuxième mariage a été orageux.

9 The parties separated with no hope of reconciliation in February 1988, and a divorce judgment in 1989 ended their 12-year childless marriage. After the divorce, extensive litigation ensued over the division of property. The trial in 1993 lasted approximately 12 days. Many of the property disputes decided by the trial judge were not appealed. The important issue in dispute was the fair division of the appellant's pension rights as a member of the Teachers' Superannuation and Superannuation Adjustment Funds, in which he enrolled in September 1955, 20.52 years before the marriage.

Les parties se sont séparées sans espoir de réconciliation en février 1988 et, en 1989, un jugement de divorce a mis fin, après 12 ans, à leur mariage sans enfant. Après le divorce, il y eut un long litige sur le partage des biens. L'audition de l'affaire en 1993 a duré une douzaine de jours. Beaucoup des décisions patrimoniales n'ont pas été portées en appel. La principale question en litige était le partage équitable des droits à pension de l'appelant en tant que membre du Régime de retraite des enseignants et du Fonds de rajustement des prestations de pension des enseignants, auxquels il a adhéré en septembre 1955, soit 20,52 années avant le mariage.

10 The pension plan was a "defined benefit" pension, meaning that the annual pension benefit paid to retirees is calculated according to a benefit formula. In this case, upon retirement, the appellant was entitled to an annual benefit equal to

Le régime de retraite de l'appelant est un régime «à prestations déterminées», c'est-à-dire que la prestation de retraite annuelle versée aux retraités est déterminée selon une formule de calcul de la prestation. En l'espèce, à la retraite, l'appelant

2 percent of the average of his five best annual salaries, multiplied by the total number of years of service prior to retirement. The appellant's pension also contained an early retirement provision, which allowed an employee to retire and obtain an unreduced pension without penalty as soon as the sum of the employee's age and years of service reached 90. The pension was indexed for inflation, both before and after retirement, according to the Consumer Price Index. The appellant's pension benefits vested prior to the date of marriage.

avait droit à une rente annuelle égale à 2 p. 100 de la moyenne de ces cinq années les mieux rémunérées, multipliée par le nombre total d'années de service accumulées avant la retraite. Le régime de retraite de l'appelant comporte également une clause de départ à la retraite anticipé, qui permet à l'employé de se retirer sans réduction de la pension payable dès que la somme de son âge et de ses années de service égale 90. La pension est indexée sur l'inflation, aussi bien avant qu'après la retraite, en fonction de l'Indice des prix à la consommation. L'appelant a acquis le droit aux prestations de retraite avant la date du mariage.

The Ontario Court (General Division) decided the action in the respondent's favour on October 15, 1993: see *Best v. Best* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120. At that time, the appellant was 58 years old and was still employed and accumulating pensionable service. The respondent was also 58 at the time, but was not employed, owing in part to poor health. The appellant retired on June 30, 1996, while the case was on appeal. The Ontario Court of Appeal dismissed the appellant's appeal on October 3, 1997: see *Best v. Best* (1997), 35 O.R. (3d) 577. At that time, both parties were 62 years old.

La Cour de l'Ontario (Division générale) a tranché l'action en faveur de l'intimée le 15 octobre 1993: voir *Best c. Best* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120. L'appelant, qui avait alors 58 ans, travaillait encore et continuait d'accumuler des années de service ouvrant droit à pension. L'intimée avait elle aussi 58 ans, mais elle ne travaillait pas, en partie pour des raisons de santé. L'appelant a pris sa retraite le 30 juin 1996, pendant que l'appel était en instance. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté son appel le 3 octobre 1997: voir *Best c. Best* (1997), 35 O.R. (3d) 577. Les deux parties étaient alors âgées de 62 ans.

11

II. Relevant Statutory Provisions

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3

[Preamble] Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationships

. . . .

4. — (1) In this Part,

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3

[Préambule] Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux

. . . .

4 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

12

“net family property” means the value of all the property, except property described in subsection (2), that a spouse owns on the valuation date, after deducting,

. . .

- (a) the spouse’s debts and other liabilities, and
- (b) the value of property, other than a matrimonial home, that the spouse owned on the date of the marriage, after deducting the spouse’s debts and other liabilities, calculated as of the date of the marriage;

“property” means any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property and includes,

. . .

- (c) in the case of a spouse’s rights under a pension plan that have vested, the spouse’s interest in the plan including contributions made by other persons;

“valuation date” means the earliest of the following dates:

- 1. The date the spouses separate and there is no reasonable prospect that they will resume cohabitation.
- 2. The date a divorce is granted.

. . .

(4) When this section requires that a value be calculated as of a given date, it shall be calculated as of close of business on that date.

. . .

5. — (1) When a divorce is granted or a marriage is declared a nullity, or when the spouses are separated and there is no reasonable prospect that they will resume cohabitation, the spouse whose net family property is the lesser of the two net family properties is entitled to one-half the difference between them.

. . .

(6) The court may award a spouse an amount that is more or less than half the difference between the net family properties if the court is of the opinion that

«bien» Droit, actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble. Sont compris:

. . .

- c) dans le cas du conjoint, en vertu d’un régime de retraite, qui a été acquis, le droit du conjoint y compris les contributions des autres personnes.

«biens familiaux nets» Valeur de tous les biens, à l’exception des biens décrits au paragraphe (2), dont le conjoint est le propriétaire à la date d’évaluation, après déduction des éléments suivants:

- a) ses dettes et autres éléments de passif,
- b) la valeur des biens, à l’exception d’un foyer conjugal, dont le conjoint était le propriétaire à la date du mariage, après déduction de ses dettes et autres éléments de passif, calculée à la date du mariage.

«date d’évaluation» La première des dates suivantes:

- 1. La date à laquelle les conjoints se séparent et qu’il n’existe aucune perspective raisonnable qu’ils cohabitent de nouveau.
- 2. La date à laquelle le divorce est accordé.

. . .

(4) Lorsque le présent article prévoit qu’une valeur soit calculée à une date donnée, le calcul se fait à la fermeture des bureaux à cette date.

. . .

5 (1) Si un jugement conditionnel de divorce est prononcé, que le mariage est déclaré nul ou que les conjoints sont séparés et qu’il n’existe aucune perspective raisonnable qu’ils cohabitent de nouveau, le conjoint qui possède le moins de biens familiaux nets a droit à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets de son conjoint et les siens.

. . .

(6) Le tribunal peut accorder à un conjoint un montant qui est inférieur ou supérieur à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets qui appartiennent à

equalizing the net family properties would be unconscionable, having regard to,

. . .

- (h) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, or improvement of property.

9. — (1) . . . the court may order,

- (a) that one spouse pay to the other spouse the amount to which the court finds that spouse to be entitled under this Part;

. . .

- (c) that, if necessary to avoid hardship, an amount referred to in clause (a) be paid in instalments during a period not exceeding ten years or that payment of all or part of the amount be delayed for a period not exceeding ten years; and

- (d) that, if appropriate to satisfy an obligation imposed by the order,

- (i) property be transferred to or in trust for or vested in a spouse, whether absolutely, for life or for a term of years. . . .

. . .

(3) If the court is satisfied that there has been a material change in the circumstances of the spouse who has the obligation to make instalment or delayed payments, the court may, on motion, vary the order, but shall not vary the amount to which the court found the spouse to be entitled under this Part.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* — *Rutherford J.* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120

In determining this appeal it is necessary to outline the careful and comprehensive reasoning of the trial judge. He first sought to determine the age at which the appellant was likely to retire, an important factor in the valuation of the appellant's pension. Had the appellant terminated employment on the date of separation, February 1988, he would have qualified for early retirement under the "rule

chacun des conjoints si le tribunal est d'avis que l'égalisation des biens familiaux nets serait inadmissible, compte tenu des facteurs suivants:

. . .

- h) n'importe quelle autre circonstance concernant l'acquisition, l'aliénation, la conservation, l'entretien ou l'amélioration des biens.

9 (1) . . . le tribunal peut ordonner les mesures suivantes:

- a) qu'un conjoint verse à l'autre conjoint le montant auquel le tribunal a décidé que ce conjoint a droit en vertu de la présente partie;

. . .

- c) si cela est nécessaire en vue d'éviter un préjudice, que le montant visé à l'alinéa a) soit payé par versements échelonnés au cours d'une période qui ne dépasse pas dix ans ou que le paiement de la totalité ou d'une partie du montant soit différé pendant une période qui ne dépasse pas dix ans;

- d) si cela est approprié pour exécuter une obligation qu'impose l'ordonnance:

- (i) soit le transfert, le versement en fiducie ou l'assignation d'un bien en faveur d'un conjoint, en propriété absolue, viagère, ou pour un nombre d'années déterminé . . .

. . .

(3) Si le tribunal est convaincu que la situation du conjoint tenu de faire des versements échelonnés ou différés a changé de façon importante, le tribunal peut, à la suite d'une motion, modifier l'ordonnance. Toutefois, il ne modifie pas le montant auquel le tribunal a décidé que le conjoint a droit en vertu de la présente partie.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* — *Le juge Rutherford* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120

Pour trancher le présent pourvoi, il est nécessaire de présenter le raisonnement minutieux et détaillé du juge de première instance. Celui-ci cherche d'abord à déterminer l'âge auquel l'appellant prendrait vraisemblablement sa retraite, puisqu'il s'agissait d'un facteur important dans l'évaluation de la pension de l'appellant. Si ce dernier avait cessé de travailler à la date de la sépara-

of 90" by increase in age alone on September 9, 1992, at age 57.4. Rutherford J. concluded that, looking at it from the perspective of the date of separation, the evidence justified choosing that date as the most likely retirement date. Because he refused to use "hindsight", the assumption was that the appellant did not continue to earn pensionable service beyond February 1988. In choosing a probable retirement date of September 9, 1992, the trial judge had to ignore the fact that the appellant was still working on the date of judgment.

tion, en février 1988, il aurait été admissible à une retraite anticipée selon la «règle des 90» le 9 septembre 1992, à l'âge de 57,4 ans, par le seul effet de l'augmentation de son âge. Le juge Rutherford conclut que, considérée du point de vue de la date de la séparation, la preuve justifiait le choix de cette date comme date la plus probable de départ à la retraite. Comme il refuse de tenir compte des faits postérieurs, il pose comme hypothèse que l'appellant n'a pas continué d'accumuler des années de service ouvrant droit à pension après le mois de février 1988. En choisissant le 9 septembre 1992 comme date probable du départ à la retraite, le juge de première instance a dû faire abstraction du fait que l'appellant travaillait encore à la date du jugement.

14 The trial judge then proceeded to the question of valuation methods. Because there was no significant dispute over the pension's value on the date of separation, the trial judge accepted the respondent's figure of \$424,912.

Le juge de première instance s'arrête ensuite au choix de la méthode d'évaluation. Comme la valeur de la pension à la date de la séparation n'était pas vraiment contestée, le juge de première instance accepte le chiffre de 424 912 \$ avancé par l'intimée.

15 The dispute over valuation methods arose when the parties' actuaries sought to determine the pension's value as of the date of marriage. The respondent's actuary, H. Wayne Woods, used the "termination value-added" method, which yielded a pension value of \$52,871 on the date of marriage. Subtracting this from the pension's value at the date of separation (\$424,912) yields \$372,041, which the respondent argued was the proper value of the pension to be attributed to the appellant's net family property under the *Family Law Act*.

C'est lorsque les actuaires des parties ont voulu déterminer la valeur de la pension à la date du mariage qu'est né le désaccord au sujet des méthodes d'évaluation. L'actuaire de l'intimée, H. Wayne Woods, a utilisé la méthode de la «valeur ajoutée à la cessation d'emploi», qui fixait à 52 871 \$ la valeur de la pension à la date du mariage. En soustrayant cette somme de la valeur de la pension à la date de la séparation (424 912 \$), on obtient 372 041 \$ qui, d'affirmer l'intimée, est la valeur exacte de la pension qui doit être ajoutée aux biens familiaux nets de l'appellant en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*.

16 The appellant's actuary, Bernard Potvin, used what was called a "termination, prorated" method. Under this method, because there had been significant pre-marital pensionable service, the pension contributed only \$151,480 to the appellant's net family property.

L'actuaire de l'appellant, Bernard Potvin, a utilisé ce qu'on a appelé la méthode «au prorata à la cessation d'emploi». Selon cette méthode, comme l'appellant avait accumulé de nombreuses années de service ouvrant droit à pension avant le mariage, la pension majeure de 151 480 \$ seulement la valeur des biens familiaux nets de l'appellant.

17 Rutherford J. then considered the arguments in favour of each method. Mr. Woods testified for the

Le juge Rutherford examine ensuite les arguments présentés au soutien de chaque méthode.

respondent that the value-added method was more consistent with the valuation of other assets under the *Family Law Act*. Mr. Potvin testified for the appellant that the *pro rata* method yielded a more equitable result because it weighted each year of service equally and gave a fairer division of the pension between pre-marital and marital years. While the value-added method was appropriate for other assets, Mr. Potvin maintained that the *pro rata* method was more suitable to valuing a defined benefit pension. The trial judge noted that, although the marriage took place during 12 years of the appellant's 32 years of pensionable service, the value-added method apportioned over 80 percent of the pension's value to the marriage period. The *pro rata* method credited the marriage with approximately 37 percent of the pension's value. The difference between the amounts attributable to the marriage under the two methods is \$220,561.

Rutherford J. stated that no cited case law dealt with the specific issue of valuing a defined benefit pension on the date of marriage. He then held as follows (at p. 140):

In my view, particularly in circumstances such as exist in this case, there is considerable force to the argument in favour of the prorated method. The force is most easily felt when one compares the 12-year marriage out of 32-year pension accrual with the over 80% of the pension's value allocated to the marriage period as a result of the value added method. However, whatever one's view of the equity inherent in it, I do not see the prorated method as consistent with the equalization of the value of property contemplated by s. 5 of the *Family Law Act*. I prefer the value added method for the valuation of Mr. Best's pension to the prorated method because the former is more consistent with the method of determining the value of other assets in the same exercise. While there is a certain equity in spreading the pension's value out equally over each year of service, it appears to be based on a theory favouring distribution

Témoignant pour l'intimée, M. Woods a affirmé que la méthode de la valeur ajoutée était plus compatible avec l'évaluation d'autres biens en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*. Déposant en faveur de l'appelant, M. Potvin a déclaré que la méthode au prorata produisait un résultat plus équitable, parce qu'elle accordait une importance égale à chaque année de service et permettait un partage plus équitable de la pension entre les années du mariage et celles qui l'ont précédé. Selon M. Potvin, bien que la méthode de la valeur ajoutée convienne à l'évaluation d'autres biens, c'est la méthode au prorata qui est plus appropriée pour évaluer une pension à prestations déterminées. Le juge de première instance souligne que, quoique le mariage ait duré 12 des 32 années de service ouvrant droit à pension de l'appelant, la méthode de la valeur ajoutée attribue à la période du mariage plus de 80 p. 100 de la valeur de la pension. Par contre, la méthode au prorata n'attribue à cette période qu'environ 37 p. 100 de la valeur de la pension. La différence entre les sommes attribuables à la période du mariage selon les deux méthodes s'élève à 220 561 \$.

Le juge Rutherford déclare qu'aucune des décisions invoquées ne portait sur la question précise de la détermination de la valeur d'une pension à prestations déterminées à la date du mariage. Il décide (à la p. 140):

[TRADUCTION] À mon avis, particulièrement dans des circonstances comme celles du présent cas, l'argument en faveur de la méthode au prorata est très convaincant. La force de cet argument ressort surtout lorsqu'on met en regard, d'une part, les 12 années qu'a durées le mariage par rapport au 32 années de service ouvrant droit à pension accumulées, et, d'autre part, le pourcentage — plus de 80 p. 100 — de la valeur de la pension qui est attribuée à la période du mariage selon la méthode de la valeur ajoutée. Toutefois, quelle que soit la façon dont on conçoit l'équité intrinsèque de la méthode au prorata, elle ne me paraît pas compatible avec l'égalisation de la valeur des biens prévue à l'art. 5 de la *Loi sur le droit de la famille*. Pour déterminer la valeur de la pension de M. Best, je préfère la méthode de la valeur ajoutée à la méthode au prorata, car la première est plus compatible avec la méthode qui est appliquée dans le cadre du même exercice pour déterminer la valeur d'autres biens. Il y a une certaine équité

and equal weight for each year that is somewhat artificial.

The trial judge accepted the respondent's valuation that the pension accumulated \$372,041 in value over the course of the marriage. He discounted this amount by 28 percent for income tax, yielding a final value of \$267,869. Rutherford J. then performed the equalization calculation under s. 5(1) of the *Family Law Act*, and, after an adjustment not relevant here, concluded that the appellant owed the respondent an equalization payment of \$147,649.50.

dans le fait de répartir également la valeur de la pension sur chaque année de service, mais elle semble reposer sur une théorie plutôt artificielle favorisant une distribution et un poids égal pour chaque année.

Le juge de première instance accepte l'évaluation avancée par l'intimée et selon laquelle la valeur de la pension accumulée au cours du mariage s'élevait à 372 041 \$. Il a réduit cette somme de 28 p. 100 pour tenir compte de l'effet de l'impôt sur le revenu, ce qui a donné une valeur finale de 267 869 \$. Le juge Rutherford fait le calcul d'égalisation prévu au par. 5(1) de la *Loi sur le droit de la famille* et, après un rajustement qui n'est pas pertinent en l'espèce, il conclut que l'appelant doit verser à l'intimée un paiement d'égalisation de 147 649,50 \$.

19 Rutherford J. ordered the appellant to satisfy his equalization obligation first by transferring his interest in the matrimonial home, which he found to be worth \$60,065, to the respondent. Given that the bulk of the equalization obligation was owing to the value of the pension, which would not produce income for the appellant until some point in the future, the court allowed the appellant to pay the remaining \$87,584.50, with interest, in monthly installments over a 10-year period, similar to a mortgage repayment scheme.

Le juge Rutherford ordonne à l'appelant de s'acquitter de son obligation d'égalisation en transférant d'abord à l'intimée son intérêt dans la résidence familiale, qu'il a évalué à 60 065 \$. Comme la valeur de la pension représentait la majeure partie de l'obligation d'égalisation et que cette valeur ne procurerait un revenu à l'appelant qu'à une date ultérieure, le tribunal permet à l'appelant de payer le solde de 87 584,50 \$, majoré de l'intérêt, sous forme de mensualités échelonnées sur une période de 10 ans, comme s'il s'agissait du remboursement d'un emprunt hypothécaire.

20 Rutherford J. next addressed the issue of spousal support, noting that the appellant had been paying the respondent \$1900 per month in support since 1988. He noted that the appellant's annual income totalled approximately \$100,000, that he intended to continue working as a school principal although he did not plan to seek reelection as a school board trustee, and that he was recently married to a woman who had a long teaching career, was working half-time, and had substantial equity in her home.

Le juge Rutherford examine ensuite la question de la pension alimentaire et fait remarquer que l'appelant versait à l'intimée une pension mensuelle de 1 900 \$ depuis 1988. Il a souligné que le revenu annuel de l'appelant totalisait environ 100 000 \$, que ce dernier entendait continuer de travailler comme directeur d'école, mais qu'il n'envisageait pas de tenter de se faire réélire comme conseiller scolaire, et qu'il avait récemment épousé une enseignante de longue date, qui travaillait à temps partiel et qui était propriétaire d'une maison d'une valeur nette importante.

21 The trial judge contrasted this position with that of the respondent, who did not have any real basis for self-support. Although she was employed as a secretary at the time of the marriage, her secretarial skills had become outdated and she would

Le juge de première instance compare cette situation à celle de l'intimée, qui n'avait aucun moyen véritable de subvenir à ses besoins. Bien qu'elle ait travaillé comme secrétaire au moment du mariage, ses compétences en ce domaine

require training and experience in order to find a job. Although she had obtained a bachelor's degree and qualified as a real estate salesperson, the trial judge concluded (at p. 143) that "her age, her osteoarthritic condition and the prevailing economic circumstances seriously cloud her prospects for earning a substantial livelihood and becoming self-supporting".

Rutherford J. ordered the appellant to pay the respondent \$2500 per month in spousal support, and added that the payment would increase or decrease proportionally to any change in the appellant's salary. Rutherford J. also ordered the appellant to retain the respondent as a beneficiary of his medical plan as long as possible.

On June 6, 1994, after receiving further submissions from the parties, Rutherford J. entered an endorsement relating to costs: see *Best v. Best*, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Although the respondent had made an offer of settlement that was more favourable to the appellant than the judgment rendered, numerous factors detracted from the respondent's presumptive right to costs from the date of her settlement offer. Dismayed with the high bills of costs in this case — approximately \$50,000 for the appellant and \$90,000 for the respondent — the trial judge held that the respondent was entitled to recover \$45,000 in costs.

B. Court of Appeal for Ontario — Charron J.A. (Finlayson and Doherty J.J.A. concurring) (1997), 35 O.R. (3d) 577

On October 3, 1997, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal. Charron J.A. agreed on all points with the trial judge's reasoning regarding pension valuation. She added that, since the trial judge's reasons had been released, the Court of Appeal had decided in *Kennedy v. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454, that a retirement date must be chosen "on a case by case basis upon consideration of all of the relevant evidence" (p. 460). Charron J.A. concluded that Rutherford J. had followed this rule by examining

n'étaient plus à jour et elle aurait besoin de formation et d'expérience pour se trouver du travail. Même si l'intimée était titulaire d'un diplôme universitaire de premier cycle et agent immobilier agréé, le juge de première instance a conclu (à la p. 143) que, en raison [TRADUCTION] «de son âge, de l'arthrose dont elle souffre et de la conjoncture économique, ses chances de bien gagner sa vie et de devenir financièrement autonome sont sérieusement compromises».

Le juge Rutherford ordonne à l'appelant de verser à l'intimée une pension alimentaire de 2 500 \$ par mois, ajoutant que ce montant augmenterait ou diminuerait proportionnellement à toute fluctuation du salaire de l'appelant. Le juge Rutherford ordonne également à l'appelant de maintenir l'intimée comme bénéficiaire de son régime de soins de santé le plus longtemps possible.

Le 6 juin 1994, après avoir reçu d'autres observations des parties, le juge Rutherford a statué sur les dépens: voir *Best c. Best*, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Quoique l'intimée ait fait une offre de règlement qui était plus favorable à l'appelant que le jugement rendu, de nombreux facteurs militaient contre la reconnaissance du droit présumé de l'intimée aux dépens à compter de la date de son offre de règlement. Consterné par l'importance des frais dans la présente espèce — environ 50 000 \$ pour l'appelant et 90 000 \$ pour l'intimée —, le juge de première instance décide que l'intimée avait le droit de recouvrer 45 000 \$ au titre des dépens.

B. La Cour d'appel de l'Ontario — Le juge Charron (avec l'accord des juges Finlayson et Doherty) (1997), 35 O.R. 577

Le 3 octobre 1997, la Cour d'appel rejette l'appel de l'appelant. Madame le juge Charron est en tous points d'accord avec le raisonnement du juge de première instance sur l'évaluation de la pension. Elle ajoute que, depuis le prononcé des motifs du juge de première instance, la Cour d'appel a décidé, dans *Kennedy c. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454, que le choix de la date du départ à la retraite doit se faire [TRADUCTION] «au cas par cas, après examen de tous les éléments de preuve pertinents» (p. 460). Le juge Charron conclut que

22

23

24

all the evidence before him in choosing a probable retirement date of September 9, 1992.

le juge Rutherford a suivi cette règle et examiné tous les éléments de preuve présentés lorsqu'il a arrêté au 9 septembre 1992 la date probable de la retraite.

25 Charron J.A. also noted, at p. 585, that using “hindsight” in choosing a retirement date for valuation purposes would “introduce great uncertainty in the litigation process” and “may well militate against the early resolution of matrimonial disputes”. Charron J.A., at p. 585, considered that post-separation evidence could be relevant to determine “the probable age of retirement *as contemplated* by the pension plan holder” on the date of separation (emphasis in original). Conduct contemplated as of the separation date, as well as the fact of separation itself, could also be relevant, but facts that were unknown to or not contemplated by the pension holder at separation could not.

Le juge Charron souligne également, à la p. 585, que la prise en compte de faits postérieurs pour choisir la date du départ à la retraite aux fins d'évaluation de la pension serait une [TRADUCTION] «source d'incertitude considérable dans les procédures judiciaires» et «pourrait fort bien nuire au règlement rapide des litiges matrimoniaux». À la p. 585, le juge Charron estime que la preuve relative à la période postérieure à la séparation pourrait être pertinente pour déterminer [TRADUCTION] «l'âge probable du départ à la retraite *envisagé* par le participant au régime de pension» à la date de la séparation (en italique dans l'original). La perspective envisagée à la date de la séparation, ainsi que le fait même de la séparation pourraient également être pertinents, mais les faits qui n'étaient pas connus du titulaire de la pension ni envisagés par lui au moment de la séparation ne pourraient l'être.

26 Charron J.A. then addressed the appellant's argument that, instead of ordering monthly instalments, the trial judge should have ordered that the equalization payment be made on an “if and when” basis, such that the appellant would pay the respondent her share of the pension benefit if and when he received it. Charron J.A. adverted to the fact that many Ontario courts had made use of “if and when” orders, but that such orders are complicated and not always suitable. Charron J.A. concluded that Rutherford J. did not exceed his discretion by preferring an amortized payment scheme over an “if and when” arrangement.

Le juge Charron examine ensuite l'argument de l'appelant selon lequel le juge de première instance aurait dû ordonner non pas des versements mensuels, mais plutôt un paiement d'égalisation sur une base «conditionnelle», de telle sorte que l'appelant ne verserait à l'intimée sa part de la prestation de retraite que lorsqu'il la recevrait, si tant est qu'il la recevait. Le juge Charron fait état du fait que de nombreux tribunaux ontariens ont rendu des ordonnances «conditionnelles», mais que de telles ordonnances sont complexes et ne conviennent pas toujours. Le juge Charron conclut que le juge Rutherford n'avait pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire en préférant un régime de versements périodiques à un arrangement «conditionnel».

27 Charron J.A. also rejected the appellant's argument that the spousal support order should terminate upon his retirement, and decided that Rutherford J. was within his discretion in his award of costs. She dismissed the appeal and awarded costs on appeal to the respondent.

Le juge Charron rejette également l'argument de l'appelant selon lequel l'ordonnance alimentaire au profit de son ex-épouse devrait prendre fin à la date de son départ à la retraite, et statue que le juge Rutherford a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire en adjugeant les dépens comme il l'a fait. Elle rejette l'appel et accorde à l'intimée les dépens en appel.

IV. Issues

The appeal concerns the following issues:

1. Did the Court of Appeal and the trial judge err in concluding that the *Family Law Act* requires the use of the value-added method to value a defined benefit pension for purposes of the equalization calculation?
2. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's finding that the appellant was likely to retire on September 9, 1992?
3. Should the Court of Appeal have allowed the appellant to settle his equalization obligation on an "if and when" basis?
4. Should the Court of Appeal have ordered that the appellant's spousal support obligation terminated at his retirement?
5. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's decision regarding costs?

V. AnalysisA. *Valuing the Defined Benefit Pension*(1) Overview

To understand the controversy in this case, it is helpful to consider the nature of the asset at stake. For present purposes, it is important to distinguish between the defined benefit pension plan at issue, and a defined contribution pension plan.

A defined contribution plan consists of an investment account in each employee's name into which the employer (and often the employee) deposits contributions. Apart from the fact that the employer makes contributions, a defined contribution plan functions much like a personal Registered Retirement Savings Plan (RRSP). Over time, a defined contribution pension accrues value just

IV. Les questions en litige

Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La Cour d'appel et le juge de première instance ont-ils commis une erreur en concluant que la *Loi sur le droit de la famille* exige le recours à la méthode de la valeur ajoutée pour évaluer une pension à prestations déterminées aux fins du calcul d'égalisation?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la conclusion du juge de première instance que l'appellant prendrait probablement sa retraite le 9 septembre 1992?
3. La Cour d'appel aurait-elle dû permettre à l'appellant de s'acquitter de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle»?
4. La Cour d'appel aurait-elle dû ordonner que l'obligation alimentaire de l'appellant en faveur de son ex-épouse prenne fin à la date de son départ à la retraite?
5. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge de première instance concernant les dépens?

V. L'analyseA. *Évaluation de la pension à prestations déterminées*(1) Aperçu

Pour comprendre la controverse que soulève le présent cas, il est utile d'examiner la nature du bien qui est en jeu. Pour les fins qui nous occupent, il est important de faire la distinction entre le régime de retraite à prestations déterminées en cause ici et un régime de retraite à cotisations déterminées.

Un régime à cotisations déterminées est un compte de placement établi au nom de chaque employé, dans lequel l'employeur (et souvent l'employé) verse des cotisations. À l'exception du fait que l'employeur verse des cotisations, le régime à cotisations déterminées fonctionne en grande partie comme le régime enregistré d'épargne-retraite (REÉR) d'un particulier. Au fil

28

29

30

like an investment portfolio. At retirement, a defined contribution account is customarily liquidated and used to purchase a pension annuity to provide the retiree with regular income.

des ans, une pension à cotisations déterminées prend de la valeur comme un portefeuille de placements. À la retraite, le compte à cotisations déterminées est habituellement liquidé et utilisé pour acheter une rente qui procurera au retraité un revenu régulier.

31 A defined benefit pension, such as the appellant's, works in a different manner. A defined benefit pension plan pays its members a fixed pension benefit independent of the financial performance of the "pension fund". The plan does not assign particular assets to an individual employee's account. Participants in a plan do not receive individual statements reflecting investments. Instead, contributions are generally placed into a single pool of pension plan assets. When a pension member retires, the pension plan provides the retiree with a pension annuity, calculated according to a prescribed "benefit formula" on the date of retirement.

Une pension à prestations déterminées, comme celle de l'appelant, fonctionne différemment. Les participants à un régime de retraite à prestations déterminées reçoivent une prestation de retraite fixe, quel que soit le rendement financier de la «caisse de retraite». Le régime n'attribue pas d'éléments d'actif particuliers au compte d'un employé donné. Les participants ne reçoivent pas de relevés individuels des placements. Au contraire, les cotisations sont généralement versées dans un seul et même compte d'actifs de régime de retraite. Lorsqu'un participant au régime prend sa retraite, le régime lui verse une rente, déterminée selon une «formule de calcul de la prestation» à la date de la retraite.

32 The benefit formula can take different forms, although it is usually based on the number of years of pensionable service and the salaries earned over the particular employee's career. The appellant's pension falls into the category of "final earnings" defined benefit pensions, which calculate the benefit by multiplying a base percentage by the number of years of service to retirement and the average of the employee's last five years' salaries. (Strictly speaking, the appellant's pension is a "best earnings" salary, since it focuses on the best years, not the final ones. In many cases, the last years are also the best paid, such that the difference will not matter.) Defined benefit pensions may be organized differently, such as "career average earnings" plans, where the pension benefit is constituted by percentages of salary earned in each year of service, and "flat benefit" plans, where the pension benefit is calculated by multiplying a fixed dollar amount by the number of years of service. See Ontario Law Reform Commission, *Report on*

La formule de calcul de la prestation peut prendre différentes formes, mais elle repose habituellement sur le nombre d'années de service ouvrant droit à pension et sur les salaires gagnés au cours de la carrière de l'employé concerné. La pension de l'appelant appartient à la catégorie des pensions à prestations déterminées «fin de carrière», qui calculent la prestation en multipliant un pourcentage de base par le nombre d'années de service accumulées au moment de la retraite et le salaire moyen de l'employé au cours de ses cinq dernières années de travail. (À proprement parler, le régime de l'appelant est un régime «salaire maximal moyen», étant donné qu'il tient compte des années les mieux rémunérées et non pas des dernières. Lorsque, comme c'est bien souvent le cas, les dernières années sont aussi celles qui sont les mieux rémunérées, la distinction est sans importance.) Les pensions à prestations déterminées peuvent être conçues différemment, et prendre la forme d'un régime «salaires moyens de carrière», où la prestation de retraite est constituée de pourcentages du salaire gagné durant chaque année de service, ou d'un régime «à rente uniforme», où la prestation de retraite est calculée en multipliant une somme

Pensions as Family Property: Valuation and Division (1995) (hereinafter OLRC Report), at pp. 12-13.

A defined benefit pension plan is also funded differently from a defined contribution plan. Because the pension benefit is defined by the benefit formula, the amount that a retiree receives as a pension does not depend on the contributions of the employee over the course of employment. Employee contributions are generally a fixed percentage of salary; in some defined benefit pension plans, the employees make no contributions at all. The employer contributes whatever amount is necessary to fund the plan in light of current employee contributions, if any, and expected payouts, which are usually estimated by actuaries. Although contributions to a defined benefit pension plan are invested to ensure that the plan remains solvent and able to meet its payout obligations, the employees do not profit directly if the pension fund earns a superior return, nor do their benefits decrease if the market plummets. (I leave aside the possibility of a pension plan's being underfunded, which is not an issue in this case.) The formula "defines" each employee's pension benefit irrespective of contributions or investment return.

According to a 1990 survey by Statistics Canada, 90.7 percent of pension plan members in Canada belonged to defined benefit pension plans, and 59.8 percent belonged to "final earnings" or "best earnings" defined benefit plans. See OLRC Report, *supra*, at p. 85, n. 4, and p. 91, n. 21.

(2) Valuation Methods

Valuing a defined benefit pension prior to retirement is necessarily artificial. The true value of the appellant's pension benefit cannot be determined

fixe en dollars par le nombre d'années de service. Voir la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division* (1995) (ci-après le Rapport de la CRDO), aux pp. 12 et 13.

De plus les régimes de retraite à prestations déterminées sont financés différemment des régimes de retraite à cotisations déterminées. Comme la prestation de retraite est déterminée au moyen de la formule de calcul de la prestation, le montant de la rente que reçoit le retraité ne dépend pas des cotisations qu'il a versées durant ses années de service. Les cotisations des employés correspondent généralement à un pourcentage fixe du salaire; dans certains régimes de retraite à prestations déterminées, les employés ne versent pas de cotisation du tout. L'employeur verse le montant requis pour financer le régime en fonction des cotisations courantes des employés, s'il en est, et des paiements prévus, qui sont généralement estimés par des actuaires. Bien que les cotisations à un régime de retraite à prestations déterminées soient investies pour garantir que le régime demeure solvable et capable de respecter ses obligations envers les retraités, la situation des employés n'est pas meilleure si le fonds de pension a un rendement supérieur ni pire si le marché chute. (J'écarte la possibilité de sous-capitalisation d'un régime de retraite, puisque cette question ne se soulève pas en l'espèce.) La formule «détermine» la prestation de retraite de chaque employé indépendamment des cotisations versées ou du rendement du capital investi.

Selon un sondage de Statistique Canada en 1990, 90,7 p. 100 des participants à des régimes de retraite au Canada appartenaient à des régimes de retraite à prestations déterminées, et 59,8 p. 100 des participants appartenaient à des régimes à prestations déterminées «fin de carrière» ou «salaire maximal moyen». Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 85, n. 4, et à la p. 91, n. 21.

(2) Les méthodes d'évaluation

L'évaluation d'une pension à prestations déterminées avant la retraite est forcément artificielle. La valeur réelle de la prestation de retraite de l'ap-

33

34

35

with finality until retirement, when the total number of years of service and the five best salaries are known with certainty. The actuarial profession has developed different valuation methods that reflect different assumptions, all of which are sound from an actuarial point of view. The problem is determining whether one method is preferable from a legal perspective under the *Family Law Act*.

pelant ne peut pas être déterminée de façon définitive avant son départ à la retraite, car ce n'est qu'à cette date qu'on connaîtra avec certitude le nombre total de ses années de service et ses cinq années les mieux rémunérées. Les actuaires ont mis au point différentes méthodes d'évaluation, qui reposent sur diverses hypothèses et qui sont toutes valables du point de vue actuariel. Le problème est de choisir la méthode qui est préférable du point de vue juridique pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille*.

36 The various methods of pension valuation upon marriage breakup can be generally classified according to two characteristics: (a) the way they determine the pension's value at separation, and (b) the way they describe the pension's growth in value during the period leading up to separation.

Les différentes méthodes d'évaluation de la pension à la rupture du mariage peuvent généralement être classées selon deux caractéristiques: a) la façon dont elles déterminent la valeur de la pension au moment de la séparation, et b) la façon dont elles décrivent l'augmentation de la valeur de la pension durant la période précédant la séparation.

(a) *Termination Method v. Retirement Method*

a) *La méthode de la cessation d'emploi c. la méthode de la retraite*

37 The first methodological distinction concerns the way in which an actuary determines the pension's value on the date of separation. The two principal actuarial methods for this calculation are the "termination" method and the "retirement" method.

La première distinction méthodologique concerne la façon dont l'actuaire détermine la valeur de la pension à la date de la séparation. Les deux principales méthodes actuarielles utilisées pour faire ce calcul sont la méthode dite de la «cessation d'emploi» et la méthode dite de la «retraite».

38 The "termination" method requires the actuary to determine the annual pension benefit by assuming that the employee spouse stopped working on the date of separation. The "retirement" method requires the actuary to consider possible post-separation increases in the pension's value in order to determine as closely as possible what the pension benefit will actually be when the employee retires in the future. The choice between termination and retirement methods raises many important questions, such as the use of post-separation evidence obtained in "hindsight" and speculation as to future salary increases owing to promotions and improvements in the terms of the pension plan. In

Suivant la méthode de la «cessation d'emploi», l'actuaire doit déterminer la prestation de retraite annuelle en présumant que le conjoint participant a cessé de travailler à la date de la séparation. Selon la méthode de la «retraite», l'actuaire doit tenir compte des hausses de valeur de la pension survenues après la séparation afin de déterminer avec le plus de précision possible quel sera le montant de la prestation lorsque l'employé prendra sa retraite. Le choix de l'une ou l'autre de ces méthodes soulève de nombreuses questions importantes, notamment l'utilisation d'éléments de preuve postérieurs à la séparation de façon rétrospective ou d'hypothèses quant à d'éventuelles augmentations salariales découlant de promotions ou d'améliorations apportées aux modalités du régime de retraite. En l'espèce, qu'il suffise de mentionner

this case, it suffices to note that the parties agreed to use a termination method.

Under the termination method, the pension's value on the date of separation is determined by calculating the benefit earned as of that date under the pension's benefit formula. This "pension benefit" is the annual amount that the employee would receive starting on the date of retirement. The actuary then determines the amount that, if invested on the date of separation, would provide the same income stream as the pension (the "lump-sum present value" or "capitalized value"). This calculation is also called "discounting": the pension benefit's value on the date of its payment is discounted back to yield its present value on the date of separation.

The discounting calculation requires the use of certain assumptions. First, the actuary must use an assumed date of retirement to determine the length of the discounting period. The later the retirement date, the longer the discounting period, the lower the pension's present value. The actuary also makes assumptions about the employee's longevity: the longer the employee lives, the longer the pension will be paid, the higher its value.

Finally, the actuary must choose a discounting rate to reflect the effects of inflation and investment return. Inflation is particularly important here in light of the fact that the appellant's pension is indexed, meaning that the value of the pension benefit increases to match the Consumer Price Index. Even if the appellant were assumed to terminate employment on the separation date, prior to the date he would actually retire and start receiving a pension benefit, the numerical value of the pension benefit would actually increase between termination and retirement in order to compensate for the dollar's loss of purchasing power over time. From my reading of the record, it appeared that the actuaries in this case accounted for indexing by using "net interest rates", meaning that the discounting rate used was lower than the usual risk-free rate of return. See Canadian Institute of

que les parties ont convenu d'appliquer la méthode de la cessation d'emploi.

Selon cette méthode, l'actuaire détermine la valeur de la pension à la date de la séparation en calculant la prestation accumulée à cette date au moyen de la formule de calcul de la prestation. La «prestation de retraite» est la somme annuelle que recevrait l'employé à compter de la date de son départ à la retraite. L'actuaire calcule ensuite la somme qui, investie à la date de la séparation, produirait le même flux de revenu que la pension (la «valeur actualisée globale» ou «valeur capitalisée»). Ce calcul est également appelé «actualisation»: la valeur de la prestation de retraite à la date de son versement est actualisée pour obtenir sa valeur actualisée à la date de la séparation.

Le calcul de la valeur actualisée exige l'application de certaines hypothèses. Premièrement, l'actuaire doit arrêter la date présumée du départ à la retraite afin de déterminer la durée de la période d'actualisation. Plus la date du départ à la retraite est éloignée, plus la période d'actualisation est longue et moins la valeur actualisée de la pension est élevée. L'actuaire pose également des hypothèses relativement à la longévité de l'employé: plus l'employé vit longtemps, plus la période de versement de la pension et, de ce fait, la valeur de celle-ci seront élevées.

Enfin, l'actuaire doit choisir un taux d'actualisation tenant compte des effets de l'inflation et du rendement du capital investi. L'inflation est un facteur particulièrement important en l'espèce étant donné que la pension de l'appelant est indexée, ce qui veut dire que la valeur de la prestation de retraite suit les hausses de l'Indice des prix à la consommation. Ceci signifie que, ayant pris pour hypothèse que l'appelant a cessé de travailler à la date de la séparation, ceci avant la date à laquelle il a effectivement pris sa retraite et commencé à recevoir une prestation de retraite, la valeur numérique de cette prestation augmenterait dans les faits entre la date de la cessation d'emploi et la date de la retraite afin de compenser la perte du pouvoir d'achat avec le temps. Selon le dossier, il semble que, dans le présent cas, les actuaires ont utilisé des «taux d'intérêt nets» tenant en compte

39

40

41

Actuaries, *Standard of Practice for the Computation of the Capitalized Value of Pension Entitlements on Marriage Breakdown for Purposes of Lump-Sum Equalization Payments* (1993) (hereinafter CIA Standard of Practice), at pp. 10-11. This lower discounting rate reflects the fact that an indexed pension has a higher value than an unindexed one.

de l'indexation, ce qui veut dire que le taux d'actualisation utilisé était inférieur au taux de rendement hors risque habituel. Voir Institut canadien des actuaires, *Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation* (1993) (ci-après la Norme de pratique de l'ICA), aux pp. 10 à 12. Ce taux d'actualisation réduit reflète le fait qu'une pension indexée a une valeur plus élevée qu'une pension qui ne l'est pas.

42 One member of the actuarial profession has noted that the term "termination method" is ambiguous and might suggest that post-separation increases in pension value owing to indexing should not be taken into account in determining the pension's value on the date of separation. See J. B. Patterson, "Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions 'Termination Method' and 'Retirement Method'" (1998), 16 C.F.L.Q. 249, at pp. 249-56; J. Patterson, *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide* (2nd ed. 1995), at pp. 187-88. Accordingly, one case has adopted the term "real interest method" to describe a valuation method that adjusts the discounting rate to account for indexing. See *Bascello v. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342 (Gen. Div.), at pp. 354 and 360.

Un actuaire a fait remarquer que le terme «méthode de la cessation d'emploi» est ambigu et pourrait donner à entendre que les augmentations de la valeur de la pension postérieures à la séparation qui sont attribuables à l'indexation ne devraient pas être prises en considération dans le calcul de la valeur de la pension à la date de la séparation. Voir J. B. Patterson, «Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions "Termination Method" and "Retirement Method"» (1998), 16 C.F.L.Q. 249, aux pp. 249 à 256; J. Patterson, *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide* (2^e éd. 1995), aux pp. 187 et 188. En conséquence, dans un jugement, le tribunal a adopté le terme «méthode du taux d'intérêt réel» afin de décrire une méthode d'évaluation qui corrige le taux d'actualisation pour tenir compte de l'indexation. Voir *Bascello c. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342 (Div. gén.), aux pp. 354 et 360.

43 For present purposes, I will continue to refer to the method as a "termination" method, in accordance with the definition advanced by the Canadian Institute of Actuaries. See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 5. The reason is that the method used here still values the pension benefit on the assumption that the employee spouse terminated employment on the date of separation; it does not speculate as to post-separation salary increases owing to non-inflationary factors, such as promotions, plan improvements, and additional years of service. In those material respects, the method is still a "termination" method; it is simply a termination method whose discounting rate is a

Dans le cadre du présent pourvoi, je continuerai de parler de la «méthode de la cessation d'emploi», en conformité avec la définition proposée par l'Institut canadien des actuaires. Voir la Norme de pratique de l'ICA, *op. cit.*, à la p. 5. La raison de ce choix est que, en l'espèce, la méthode utilisée détermine la valeur de la prestation de retraite en posant l'hypothèse que le conjoint participant a cessé de travailler à la date de la séparation; cette méthode ne pose pas d'hypothèses en ce qui concerne les augmentations de salaire dues à des facteurs non liés à l'inflation comme les promotions, les améliorations apportées au régime et les années de service supplémentaires. Sous ces rapports

“net” or “real” interest rate to reflect the fact that the pension is indexed.

Under this termination method, taking account of indexing, the respondent’s actuary determined the pension to have a present value of \$424,912 on the date of separation. Apart from the appropriate retirement age, the appellant does not dispute the methodology used in this calculation. Although the appellant’s actuary reached a slightly lower number (\$421,983), probably because of different assumptions as to interest rates and longevity, the actuary did not consider the difference significant. I therefore accept the respondent’s figure of \$424,912 for the pension’s value at separation.

(b) *Value-Added Method v. Pro Rata Method*

The controversy in this case arose because of the second characteristic that distinguishes pension valuation methods, that is the representation of the pension’s increase in value over time. Different assumptions regarding how a pension increases in value over time result in different figures for the pension’s value on the date of marriage. In the following example, the Canadian Institute of Actuaries describes the standard approaches to this issue:

At valuation date #1 (e.g., marriage), the plan member had 10 years pensionable service, had accrued \$2,000 of annual pension entitlements, which at that date had a value of \$5,000. At valuation date #2 (e.g., separation), the plan member had 25 years pensionable service, had accrued \$30,000 of annual pension entitlements, which at that date had a value of \$240,000.

There are three possible approaches to addressing a member’s pension entitlement acquired during marriage.

importants, cette méthode demeure une méthode de la «cessation d’emploi»; il s’agit tout simplement d’une méthode de la cessation d’emploi dans laquelle le taux d’actualisation est un taux d’intérêt «net» ou «réel» qui permet de tenir compte du fait que la pension est indexée.

Appliquant cette méthode de la cessation d’emploi qui tient compte de l’indexation, l’actuaire de l’intimée a calculé que la valeur actualisée de la pension s’élevait à 424 912 \$ à la date de la séparation. Sauf pour ce qui est de l’âge du départ à la retraite applicable, l’appelant ne conteste pas la méthodologie utilisée pour faire ce calcul. Quoique l’actuaire de l’appelant soit parvenu à un résultat légèrement inférieur (421 983 \$), sans doute parce qu’il a utilisé des hypothèses différentes relativement aux taux d’intérêt et à la longévité, cette différence ne lui a pas paru importante. J’accepte donc le chiffre de 424 912 \$ fourni par l’intimée comme valeur de la pension à la date de la séparation.

(b) *Méthode de la valeur ajoutée c. Méthode au prorata*

En l’espèce, la controverse découle de la deuxième caractéristique qui différencie les méthodes d’évaluation des pensions, soit l’établissement de l’augmentation de la valeur de la pension dans le temps. En effet, l’application de différentes hypothèses concernant la façon dont la valeur d’une pension augmente avec le temps produit des résultats différents en ce qui concerne la valeur de la pension à la date du mariage. Dans l’exemple suivant, l’Institut canadien des actuaires décrit les approches normalement utilisées à l’égard de cette question:

À la date d’évaluation 1 (p. ex., au mariage), le participant avait 10 années de service ouvrant droit à pension, et des droits constitués à une rente annuelle de 2 000 \$ qui, à cette date, commandait une valeur de 5 000 \$. À la date d’évaluation 2 (p. ex., à la séparation), le participant disposait de 25 années de service ouvrant droit à pension, soit des droits constitués à une rente annuelle de 30 000 \$, pour une valeur à cette date de 240 000 \$.

Il existe trois méthodes possibles pour établir le droit à pension acquis par le participant au cours du mariage.

44

45

One approach is sometimes referred to as “value added”. Such approach develops the pension asset acquired during marriage as follows:

$$\text{\$240,000} - \text{\$5,000} = \text{\$235,000}$$

[I omit the second method, referred to as the *pro-rata* (on benefits) method, which is not advanced by either party in this case.]

A third approach is sometimes referred to as *pro-rata* (on service). Such approach develops the pension asset acquired during the marriage as follows:

$$\frac{(25 - 10)}{25} * \text{\$240,000} = \text{\$144,000}$$

See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 6. For brevity’s sake, I refer to the *pro rata* (on service) method as the “*pro rata* method”.

L’une des approches s’appelle parfois «valeur ajoutée». Dans cette approche, l’actif de rente acquis au cours du mariage est calculé de la façon suivante:

$$240\,000 \$ - 5\,000 \$ = 235\,000 \$$$

[Je ne parle pas de la deuxième méthode, appelée méthode au prorata (des prestations), qui n’est invoquée par aucune des parties en l’espèce.]

Une troisième approche s’appelle parfois au *pro-rata* (du service). Dans cette approche, l’actif de rente acquis au cours du mariage est calculé de la façon suivante:

$$\frac{(25 - 10)}{25} * 240\,000 \$ = 144\,000 \$$$

Voir la Norme de pratique de l’ICA, *op. cit.*, aux pp. 6 et 7. Par souci de concision, je vais utiliser l’expression «méthode au prorata» pour désigner la méthode au prorata (du service).

⁴⁶ The different figures reached under the value-added and *pro rata* methods are the result of different theories about how a pension increases in value from the point where the employee enrolls in the pension, where the pension has a value of zero, to the separation date. According to the *pro rata* method favoured by the appellant, the pension increases in value at a constant rate over time. The value-added method pressed by the respondent shows the pension increasing slowly at first and more quickly later, along a parabola or “growth curve”.

Les différents chiffres obtenus au moyen de la méthode de la valeur ajoutée et de la méthode au prorata sont le résultat de l’application de théories différentes quant à la façon dont la valeur d’une pension augmente à compter du moment où l’employé adhère au régime — date à laquelle cette valeur est égale à zéro — et la date de la séparation. Selon la méthode au prorata préconisée par l’appellant, la valeur de la pension augmente à un rythme constant au fil des années. Suivant la méthode de la valeur ajoutée proposée par l’intimée, la valeur de la pension augmente lentement au départ puis plus rapidement par la suite, suivant une parabole ou «courbe de croissance».

⁴⁷ The *pro rata* method will always assign the pension a higher value than the value-added method at any point in time prior to separation. This difference poses no problem if the employee spouse (here, the husband) only starts earning defined benefit pension rights after the date of marriage; the value at marriage is zero regardless of which method is used. But where the employee spouse was a member of the pension prior to the marriage, the values obtained for the date of marriage diverge widely, in this case in the amount of \$220,561.

À tout moment avant la séparation, la méthode au prorata attribue toujours à la pension une valeur supérieure à celle que lui attribue la méthode de la valeur ajoutée. Cette différence ne crée aucun problème si le conjoint participant (en l’espèce le mari) ne commence à acquérir des droits à une pension à prestations déterminées qu’après la date du mariage; la valeur au moment du mariage est égale à zéro, quelle que soit la méthode utilisée. Toutefois, si ce conjoint participait au régime avant le mariage, les valeurs obtenues à la date du mariage diffèrent considérablement; en l’espèce, l’écart est de 220 561 \$.

The evidence was, and the parties agreed, that both the value-added and *pro rata* methods are acceptable ways to value a defined benefit pension from an actuarial point of view. The legal question is whether any particular method is mandated or preferable under Ontario's *Family Law Act*.

(3) Statutory Language

In interpreting a statute, the courts should give effect to the intent of the legislature as expressed through the statute's text. Here the text of the *Family Law Act* does not prescribe how any particular asset's value is to be determined. The most guidance it gives is s. 4(1), which requires the court to calculate each spouse's "net family property", which is defined as the value of all assets owned by each spouse on the "valuation date" (here the date of separation, February 28, 1988) less the value of all assets owned on the date of marriage (here February 7, 1976). The statute's aim is then to divide equally the difference between the spouses' net family properties, such that neither spouse's share of the wealth accumulated during the marriage period exceeds the other's. There is room for judicial discretion to divide net family properties unequally (s. 5(6)), but it is not implicated in this case.

The respondent's position was that the value-added method fitted the statutory scheme as it calculated the pension's present value on both dates, enabling the court to plug both values into the net family property calculation, but that the *pro rata* method did not fit the scheme because it did not calculate the pension's present value on the date of marriage. The trial judge and the Court of Appeal agreed, preferring the value-added method because

Il ressort de la preuve, et les deux parties en conviennent, que la méthode de la valeur ajoutée et la méthode au prorata sont deux façons valables d'évaluer une pension à prestations déterminées du point de vue actuariel. La question de droit qui se pose est de savoir si une méthode particulière est soit requise par la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario soit préférable pour l'application de celle-ci.

(3) Le libellé des dispositions législatives

Le tribunal qui interprète une loi doit donner effet à l'intention exprimée par le législateur dans le texte en question. Dans le présent cas, le texte de la *Loi sur le droit de la famille* ne prescrit pas la façon de calculer la valeur de quelque bien en particulier. Les seules indications à cet égard figurent au par. 4(1), qui intime aux tribunaux de calculer la valeur des «biens familiaux nets» de chaque conjoint, expression qui est définie comme la valeur de tous les biens dont chaque conjoint est propriétaire à la «date d'évaluation» (en l'espèce la date de la séparation, le 28 février 1988) moins la valeur de tous les biens dont chacun était propriétaire à la date du mariage (en l'espèce le 7 février 1976). La loi prévoit ensuite le partage égal de la différence entre les biens familiaux nets des conjoints, afin que la part de la richesse accumulée au cours du mariage par l'un des conjoints n'exécède pas celle de l'autre. Les tribunaux disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire leur permettant d'ordonner un partage inégal des biens familiaux nets (par. 5(6)), mais ce pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire.

L'intimée a plaidé que la méthode de la valeur ajoutée est compatible avec le régime établi par la loi puisqu'elle détermine la valeur actualisée de la pension aux deux dates, permettant ainsi au tribunal d'utiliser les deux valeurs dans le calcul de la valeur des biens familiaux nets. Par ailleurs, l'intimée a soutenu que la méthode au prorata est incompatible avec ce régime, parce qu'elle ne détermine pas la valeur actualisée de la pension à la date du mariage. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont souscrit à ce point de vue, préférant la méthode de la valeur ajoutée parce qu'elle

48

49

50

it was, in their view, “more consistent” with the calculation prescribed by s. 4(1).

51 I disagree as I am persuaded that the *pro rata* method in most cases and particularly in this one reaches a more equitable result, in conformity with the intent and language of the *Family Law Act*. The appellant’s actuary, Bernard Potvin, testified that the *pro rata* method calculated the value at marriage by multiplying the present value on the date of separation by a fraction dividing the years of pensionable service prior to the marriage (approximately 20.52) by the years of pensionable service prior to separation (approximately 32.6). According to Mr. Potvin, this calculation yields a value of \$270,503 for the appellant’s pension as of the date of marriage. The appellant’s net family property under s. 4(1) would be the separation value (\$424,912) added to the value of the other assets owned by the appellant on the date of separation, less the marriage value (\$270,503) added to the value of other assets owned by the appellant on the date of marriage. This calculation fits precisely within the mathematical operations described in s. 4(1).

52 The respondent submitted that the statute requires more. Specifically, she objected that the *pro rata* method used the value at separation to “construct an arbitrary figure” for the pension’s value as of the date of marriage. The respondent read s. 4(1)’s provision that the value of the assets at marriage be “calculated as of the date of the marriage” to mean that the marriage value must be the lump-sum present value of the pension, meaning the amount that, if invested on the date of marriage, would produce the same return as the pension when the appellant retired. She argued that only a present value calculation produces a value “as of” the marriage date.

53 Although the respondent’s theory of pension valuation is permissible under s. 4(1), it is not mandated. If the legislature had meant to prefer a present-value valuation method over any other

était, à leur avis, [TRADUCTION] «plus compatible» avec le calcul prévu au par. 4(1).

Je ne suis pas d’accord, car je suis convaincu que c’est la méthode au prorata qui, dans la plupart des cas et particulièrement dans celui qui nous occupe, produit le résultat le plus équitable, en conformité avec l’objet et la lettre de la *Loi sur le droit de la famille*. L’actuaire de l’appelant, Bernard Potvin, a témoigné que la méthode au prorata calcule la valeur à la date du mariage en multipliant la valeur actualisée à la date de la séparation par une fraction représentant les années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage (environ 20,52) divisée par les années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation (environ 32,6). Selon M. Potvin, ce calcul donne une valeur de 270 503 \$ à la pension de l’appelant à la date du mariage. La valeur des biens familiaux nets de l’appelant en vertu du par. 4(1) serait la valeur à la date de la séparation (424 912 \$) majorée de la valeur des autres biens dont il était propriétaire à la date de la séparation, moins la valeur à la date du mariage (270 503 \$) majorée de la valeur des biens dont il était propriétaire à la date du mariage. Ce calcul respecte parfaitement les opérations mathématiques décrites au par. 4(1).

L’intimée soutient que la loi exige davantage. Elle reproche plus particulièrement à la méthode au prorata d’utiliser la valeur à la date de la séparation pour [TRADUCTION] «établir un chiffre arbitraire» en ce qui a trait à la valeur de la pension à la date du mariage. L’intimée considère que la disposition du par. 4(1) qui précise que la valeur des biens doit être «calculée à la date du mariage» signifie que cette valeur doit être la valeur actualisée globale de la pension, c’est-à-dire le capital qui, investie à la date du mariage, produirait une somme égale à la pension payable à l’appelant à la retraite. L’intimée soutient que seul un calcul fondé sur la valeur actualisée produit une valeur «à» la date du mariage.

Quoique la solution préconisée par l’intimée pour l’évaluation des pensions soit permise par le par. 4(1), elle n’est pas toutefois obligatoire. Si le législateur avait voulu privilégier une méthode

method, it could easily have provided for it. I do not agree that s. 4(1)'s phrase "calculated as of the date of the marriage" reflects a legislative choice of one actuarial method of pension valuation over another. Instead it addresses the more basic issue that a spouse cannot exclude an asset from his or her net family property simply because the asset was owned before the marriage. If the phrase "calculated as of the date of the marriage" were left out of the statute so that it read: "'net family property' means the value of all the property . . . that a spouse owns on the valuation date, after deducting . . . the value of property . . . that the spouse owned on the date of the marriage", it would mean a spouse could claim that assets owned before the marriage were not subject to equalization at all, even to the extent that they increased in value during the marriage.

By providing for a deduction of the value of property owned on the date of marriage calculated as of the date of the marriage, the statute ensures that increases in asset value during the marriage period are equalized between the spouses, regardless of whether the asset was owned by one of the spouses prior to the marriage. The language of the statute does not address the more challenging problem of what method should be used to determine the actual amount by which the assets' value increased.

The respondent submitted that the value at marriage calculated under the *pro rata* method is "artificial" because it varies depending on the date of separation, all other factors being equal. The respondent contrasted this with the value-added method, which produced a fixed pension value for the date of marriage irrespective of the value at the date of separation. Yet s. 4(1) does not provide that the value at marriage cannot be mathematically derived from the value at separation. As stated above, the statute does not address methods of valuation except to say that they must produce a value

d'évaluation fondée sur la valeur actualisée à l'exclusion de toute autre, il aurait facilement pu le faire. Je ne suis pas d'accord pour dire que les mots «calculée à la date du mariage» figurant au par. 4(1) expriment la préférence du législateur pour une méthode actuarielle d'évaluation des pensions plutôt qu'une autre. Ces mots touchent plutôt le point plus fondamental qu'un conjoint ne peut exclure un bien de ses biens nets familiaux pour la seule raison qu'il en était propriétaire avant le mariage. Si les mots «calculée à la date du mariage» étaient supprimés et que la disposition était ainsi rédigée — «"biens familiaux nets" Valeur de tous les biens [. . .] dont le conjoint est le propriétaire à la date d'évaluation, après déduction [. . .] d[e] la valeur des biens [. . .] dont le conjoint était le propriétaire à la date du mariage» —, cela voudrait dire qu'un conjoint pourrait soutenir que les biens dont il était propriétaire avant le mariage ne sont pas visés par l'égalisation, même s'ils ont pris de la valeur pendant la durée du mariage.

En prescrivant le retranchement de la valeur, calculée à la date du mariage, des biens possédés à la date du mariage, la Loi garantit que l'augmentation de valeur d'un bien durant le mariage est répartie également entre les conjoints, sans égard à la question de savoir si ce bien appartenait avant le mariage à l'un des conjoints. Le texte de la disposition ne règle pas le problème plus délicat de la méthode qui doit être utilisée pour déterminer le chiffre réel de l'augmentation de valeur de ce bien.

L'intimée a soutenu que la valeur à la date du mariage qui est obtenue au moyen de la méthode au prorata est «artificielle» parce qu'elle varie en fonction de la date de la séparation, tous les autres facteurs étant égaux. Elle a comparé cette méthode à celle de la valeur ajoutée, qui attribue à la pension une valeur fixe à la date du mariage, indépendamment de sa valeur à la date de la séparation. Toutefois, le par. 4(1) ne précise pas que la valeur à la date du mariage ne peut pas être dérivée mathématiquement de la valeur à la date de la séparation. Comme je l'ai indiqué, tout ce que la Loi dit au sujet des méthodes d'évaluation, c'est qu'elles doivent permettre de déterminer la valeur

54

55

for the pension on the date of marriage and on the date of separation.

de la pension à la date du mariage et à la date de la séparation.

56

The respondent asserted that proponents of the *pro rata* method, such as the Ontario Law Reform Commission and the Canadian Institute of Actuaries, have “conceded that a legislative amendment would be required to introduce this method into the law of Ontario”. This statement is inaccurate. It is true that the OLRC and the Canadian Institute of Actuaries have recommended that the *pro rata* method be adopted in Ontario by means of legislation, but this recommendation results from their finding that the current law fails to take a position on the subject of pension valuation. Contrary to the respondent’s argument, neither organization maintained that the *pro rata* method is foreclosed by the *Family Law Act*. This is evident in the following passages of the OLRC Report:

The valuation and division of pensions in Ontario presents many problems. Currently, the law contains no special provisions for valuing pensions and gives little guidance on the appropriate methods to use. Couples face considerable difficulty and expense in valuing these assets for *Family Law Act* equalization purposes. The *Family Law Act* merely requires that a member of a pension plan share the value of the pension as of the date of separation with his or her spouse. Since there are no standard guidelines for the various economic assumptions and methods that must be used, the parties and their lawyers spend considerable time negotiating questions of valuation. Failure to agree on these issues often results in lengthy judicial proceedings.

. . .

The *Family Law Act* requires that pensions be valued on marriage breakdown and that the value be settled through the equalization process. The *Family Law Act* does not, however, stipulate how that value is to be determined. . . .

. . . The Commission believes that standards for the valuation of defined benefit plans should be prescribed as a matter of law. A stipulated method of pension valu-

L’intimée a affirmé que certains tenants de la méthode au prorata, comme la Commission de réforme du droit de l’Ontario et l’Institut canadien des actuaires, ont [TRADUCTION] «reconnu qu’une modification législative serait nécessaire pour introduire cette méthode dans le droit de l’Ontario». Cette affirmation est inexacte. Il est vrai que la CRDO et l’Institut canadien des actuaires ont recommandé l’adoption de la méthode au prorata en Ontario par voie législative, mais cette recommandation découle de leur conclusion que le droit actuel ne prend pas position sur la question de l’évaluation des pensions. Contrairement à ce que soutient l’intimée, aucun de ces organismes n’a affirmé que la *Loi sur le droit de la famille* interdit l’utilisation de la méthode au prorata. Cela ressort clairement des extraits suivants du Rapport de la CRDO:

[TRADUCTION] L’évaluation et le partage des pensions en Ontario posent de nombreux problèmes. À l’heure actuelle, le droit ne comporte aucune disposition particulière sur l’évaluation des pensions et donne peu de directives sur les méthodes qu’il convient d’employer. Les couples font face à de grandes difficultés et à des dépenses considérables lorsque vient le temps d’évaluer ce type de biens aux fins du calcul d’égalisation prévu par la *Loi sur le droit de la famille*. En effet, la *Loi sur le droit de la famille* prévoit simplement que le participant à un régime de retraite doit partager avec son conjoint la valeur de la pension à la date de séparation. Comme il n’existe pas de lignes directrices normalisées en ce qui concerne les différentes hypothèses économiques et méthodes à employer, les parties et leurs avocats consacrent beaucoup de temps à la négociation des questions d’évaluation. L’absence d’accord sur ces questions entraîne souvent de longues procédures judiciaires.

. . .

La *Loi sur le droit de la famille* exige que les pensions soient évaluées en cas d’échec du mariage et que leur valeur soit établie au moyen du mécanisme d’égalisation. Toutefois, la *Loi sur le droit de la famille* ne précise pas la façon de déterminer cette valeur . . .

. . . La Commission estime que des normes régissant l’évaluation des régimes de retraite à prestations déterminées devraient être officialisées dans un texte de loi.

ation would reduce the expense, delay, and litigation arising from disputes concerning the proper valuation of pensions.

Legislation would eliminate the need for spouses on marriage breakdown to rely on the courts to resolve pension valuation issues. A legislated valuation process would provide certainty and reduce costs. . . . The mandatory provisions for valuing pensions should be set out in regulations to the *Family Law Act*. This will require an amendment to the *Family Law Act*, providing that the value of pension property is to be determined in accordance with prescribed regulations.

. . .

Clarification of the law regarding the application of the value-added and *pro rata* methods of adjusting for pre-marriage accruals in valuing pension assets is critically important. Because the application of the two methods results in different pension values for equalization purposes, it is desirable that a method be prescribed. The present state of the law leads to disputes and may result in expensive and lengthy litigation. The use of both methods can be justified and criticized on a number of grounds.

(OLRC Report, *supra*, at pp. 1, 84-87, and 147; footnotes omitted.)

These statements do not support the view that the *Family Law Act* prefers one valuation method over another. Indeed, they express exactly the opposite position.

The respondent also argued that s. 4(1) does not distinguish between different types of property, and that consequently pension assets cannot be valued “in a different way” from other assets. The Ontario Court of Appeal emphasized this point by noting (at p. 590) that the value-added method was “entirely more consistent with the formula set out in the Act for the calculation of net family property and with the methodology used with respect to other assets”. Yet the statute does not require that the values at marriage be calculated in the same way for different types of assets; it requires only

Une méthode légiférée d'évaluation des pensions réduirait les dépenses, les délais et les litiges entraînés par les désaccords concernant l'évaluation appropriée des pensions.

L'existence de dispositions législatives éviteraient aux conjoints, en cas de rupture du mariage, d'avoir à s'adresser aux tribunaux pour faire trancher les questions touchant l'évaluation des pensions. Un mécanisme législatif d'évaluation des pensions favoriserait la certitude et réduirait les coûts. [. . .] Les dispositions impératives en matière d'évaluation des pensions devraient être énoncées dans un règlement d'application de la *Loi sur le droit de la famille*. À cette fin, il faudra modifier la *Loi sur le droit de la famille* et indiquer que la valeur de la pension doit être calculée en conformité avec les dispositions réglementaires prescrites.

. . .

Il est extrêmement important de clarifier le droit relatif à l'application de la méthode de la valeur ajoutée et de la méthode au prorata pour l'ajustement des droits à pension accumulés avant le mariage dans le cadre de l'évaluation des avoirs de retraite. Comme l'application de ces deux méthodes donne des valeurs différentes aux fins du calcul d'égalisation, il est souhaitable de prescrire une méthode donnée. L'état actuel du droit entraîne des différends et peut se traduire par des procédures judiciaires longues et coûteuses. L'utilisation des deux méthodes peut être justifiée et critiquée pour différentes raisons.

(Rapport de la CRDO, *op. cit.*, aux pp. 1, 84 à 87, et 147; renvois omis.)

Ces affirmations n'étaient pas le point de vue selon lequel la *Loi sur le droit de la famille* privilégie une méthode d'évaluation par rapport à une autre. De fait, elles expriment exactement la position contraire.

L'intimée prétend en outre que le par. 4(1) ne fait pas de distinction entre les différents types de biens et, partant, que les avoirs de retraite ne sauraient être évalués «différemment» d'autres biens. La Cour d'appel de l'Ontario a insisté sur ce point en soulignant (à la p. 590) que la méthode de la valeur ajoutée était [TRADUCTION] «nettement plus compatible avec la formule énoncée dans la Loi pour calculer la valeur des biens familiaux nets et avec la méthodologie employée à l'égard d'autres biens». Cependant, la loi n'exige pas que les valeurs à la date du mariage soient calculées de la

that the net family property value be calculated by subtracting the value at marriage from the value at separation. As stated above, both methods satisfy this criterion. The Court of Appeal recognized this when (at p. 590) it quoted and appeared to approve of p. 148 of the OLRC Report:

In addition, while it can be argued that the value-added method is more consistent with the procedure by which the value of other assets is adjusted for pre-marriage accruals under the *Family Law Act*, it is also true that the *pro rata* on service method complies with the adjustment requirement, albeit in a different manner, by assigning a value to accruals made during the marriage.

I therefore disagree with Justice L'Heureux-Dubé that the *Family Law Act* contains "stated requirements" (para. 138) or "clear and unambiguous wording" (para. 139) that operate to exclude the *pro rata* method.

même façon pour différents types d'éléments d'actif; elle exige simplement que la valeur des biens familiaux nets soit calculée en soustrayant la valeur des biens à la date du mariage de leur valeur à la date de la séparation. Comme il a été indiqué précédemment, les deux méthodes respectent ce critère. C'est ce que la Cour d'appel reconnaît quand elle cite (à la p. 590) un passage de la p. 148 du Rapport de la CRDO, qu'elle paraît approuver:

[TRADUCTION] De plus, bien qu'il soit possible de prétendre que la méthode de la valeur ajoutée est plus compatible avec la façon dont la valeur d'autres biens est ajustée pour tenir compte des augmentations survenues avant le mariage pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille*, il est également vrai que la méthode au prorata (du service) satisfait à l'obligation d'ajustement, quoique d'une manière différente, en attribuant une valeur aux augmentations survenues au cours du mariage.

Je suis donc en désaccord avec le juge L'Heureux-Dubé quand elle affirme que la *Loi sur le droit de la famille* renferme des «exigences expresses» (par. 138) ou un «texte clair et non ambigu» (par. 139) qui ont pour effet d'écarter la méthode au prorata.

58

It is true that the present value calculation used by the value-added method imitates the common method used in valuing other assets such as annuities or bonds. However, Ontario courts performing equalization calculations have often considered different methods when valuing unconventional assets, such as corporate goodwill or the value of a business. In *Christian v. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441 (Gen. Div.), at p. 464, the goodwill attached to a husband's interest in an accounting firm was valued by taking the firm's maintainable fee revenue and applying an "appropriate" multiplier based on expert evidence. See also *Chinneck v. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL) (Gen. Div.), at para. 86. In *Perrier v. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266 (Ont. H.C.), at p. 270, the court chose to value a business using the going concern method, rather than the "shareholders' agreement" or "liquidation value" methods, because the "going concern" method was "[t]he fairest method". In none of these cases did the choice of valuation method depend on the chosen method's resem-

Il est vrai que le calcul de la valeur actualisée effectué dans le cadre de la méthode de la valeur ajoutée imite la méthode usuelle d'évaluation d'autres biens telles les rentes ou les obligations. Toutefois, les tribunaux ontariens appelés à faire des calculs d'égalisation ont souvent eu recours à d'autres méthodes pour évaluer des biens inhabituels, comme la valeur d'une clientèle ou celle d'une entreprise. Dans l'affaire *Christian c. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441 (Div. gén.), à la p. 464, la clientèle afférente à l'intérêt du mari dans un cabinet d'experts-comptables a été évaluée en appliquant aux honoraires représentatifs un multiplicateur «approprié» fondé sur une preuve d'expert. Voir aussi l'affaire *Chinneck c. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL) (Div. gén.), au par. 86. Dans *Perrier c. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266 (H.C. Ont.), à la p. 270, la cour a décidé d'évaluer une entreprise au moyen de la méthode fondée sur la valeur d'exploitation plutôt que sur la méthode fondée sur la [TRADUCTION] «convention des actionnaires» ou la «valeur de liquidation», parce

blance to methods used in valuing other types of property. Thus, contrary to the assertions of L'Heureux-Dubé J., the lump-sum present value method is not "the method to which the legislature has subjected all other assets" (para. 147), nor must courts "apply one method of calculation across the board" (para. 153).

The respondent relied on s. 4(4) of the *Family Law Act*, which requires that an asset's value on a particular date be calculated "as of close of business on that date". In my opinion, this innocuous provision is aimed at facilitating valuation of volatile assets like securities, commodities or perhaps real estate, the value of which can change significantly from minute to minute. The respondent, however, read s. 4(4) to require the use of a lump-sum present value method of valuation. I disagree with this strained reading. The *pro rata* method unquestionably provides a value for the pension as of the date of marriage. If there is ever a dispute that the pension's value as of the close of business is different from the pension's value as of 9 a.m. on the date of marriage, I assume that actuaries will make the appropriate adjustment. Since no such dispute exists here, s. 4(4) is irrelevant to this case.

The *Family Law Act* does not require that all property be stretched to fit one valuation method without regard to the fact that different types of assets may accumulate value in different ways. If proper consideration for the nature of a defined benefit pension suggests that a different method should be used to determine its value, the statute does not preclude it.

Because of the many contingencies involved in any effort to value a pension before it is "in pay", all valuation methods will involve some degree of artificiality. The expert witnesses in this case con-

que la première était «[l]a méthode la plus équitable». Dans aucune de ces affaires le choix de la méthode d'évaluation n'a reposé sur la similitude entre la méthode choisie et celles employées pour évaluer d'autres types de biens. Par conséquent, contrairement aux affirmations du juge L'Heureux-Dubé, la méthode de la valeur actualisée globale n'est pas «la méthode à laquelle la législature a assujetti tous les autres biens» (par. 147), et les tribunaux ne sont pas tenus «d'appliquer une seule méthode de calcul à tous les cas» (par. 153).

L'intimée a invoqué le par. 4(4) de la *Loi sur le droit de la famille*, qui exige que la valeur d'un bien à une date donnée soit calculée «à la fermeture des bureaux à cette date». À mon avis, cette disposition anodine vise à faciliter l'évaluation de biens dont la valeur est volatile et peut fluctuer considérablement d'une minute à l'autre, par exemple les valeurs mobilières, les denrées et peut-être les biens immobiliers. Toutefois, l'intimée considère que le par. 4(4) exige le recours à une méthode d'évaluation fondée sur la valeur actualisée globale. Je ne suis pas d'accord avec cette interprétation forcée. La méthode au prorata permet incontestablement d'obtenir la valeur de la pension à la date du mariage. Si jamais on prétendait que la valeur d'une pension à la fermeture des bureaux à la date du mariage est différente de sa valeur à 9 h ce jour-là, je suppose que les actuaires feraient l'ajustement qui s'impose. Comme il n'existe aucun différend de cette nature en l'espèce, le par. 4(4) n'est pas pertinent.

La *Loi sur le droit de la famille* n'exige pas que l'on fasse l'impossible pour appliquer une seule et même méthode d'évaluation à tous les biens, sans tenir compte du fait que différents types de biens peuvent prendre de la valeur de différentes façons. S'il ressort de l'examen de la nature d'une pension à prestations déterminées qu'une autre méthode d'évaluation devrait être utilisée pour en établir la valeur, la loi n'interdit pas de le faire.

En raison des nombreux aléas dont il faut tenir compte dans toute tentative d'évaluation d'une pension avant qu'elle ne soit «en cours de paiement», toutes les méthodes d'évaluation sont artifi-

59

60

61

ceded as much during their testimony. The respondent's statement that the *pro rata* method "constructs" an "arbitrary" marriage value neglects the fact that all pre-retirement pension valuations rest on speculative assumptions. One such assumption is whether a lump-sum present value method provides an accurate model for the increase in a pension's value over time. The value-added method assumes it does, the *pro rata* method assumes it does not. Absent clear legislative direction, I am loath to conclude that the *pro rata* method, which enjoys the *imprimatur* of the actuarial profession, must be ruled out because it rests on a different assumption from another method.

cielles jusqu'à un certain point. Les témoins experts ont reconnu ce fait durant leur témoignage dans la présente affaire. L'affirmation de l'intimée selon laquelle la méthode au prorata «fixe» une valeur «arbitraire» à la date du mariage fait abstraction du fait que toute évaluation d'une pension avant la retraite repose sur des hypothèses. L'une de ces hypothèses est celle de savoir si la méthode de la valeur actualisée globale constitue une mesure précise de l'augmentation de la valeur d'une pension avec le temps. La méthode de la valeur ajoutée présume l'affirmative, alors que la méthode au prorata présume le contraire. En l'absence de directives claires du législateur, je répugne à conclure que la méthode au prorata, qui jouit de l'aval de la profession actuarielle, doit être écartée parce qu'elle repose sur une hypothèse qui est différente de celle sur laquelle repose une autre méthode.

62

In light of the statute's silence on the specific issue of valuation, the appellant argued that the pension asset should be valued according to the method that created the most equitable distribution of property. The appellant based this argument in the general purpose of the Act, with reference to the preamble's emphasis on an "orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership". Ontario courts have noted that the *Family Law Act*'s silence regarding valuation methods requires courts to apply principles of equity and fairness. The comments of Walsh J. in *Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.), at p. 709, are *à propos*:

While the Act speaks of value, it contains no definition of that term nor, indeed, guidelines of any kind to assist in the determination of its meaning other than the provision contained in s. 4(4) that when value is required to be calculated as of a given date, it shall be calculated as of close of business on that date. Absent any statutory direction, "value" must then be determined on the peculiar facts and circumstances as they are found and developed on the evidence in each individual case.

In affirming Walsh J.'s use of the remedy of constructive trust, Cory J., writing for a majority of

Vu le silence du législateur sur la question précise de l'évaluation, l'appellant prétend que l'avoir de retraite devrait être évalué au moyen de la méthode qui produit le partage des biens le plus équitable. L'appellant fonde cet argument sur l'objectif général de la Loi, en se référant à l'importance accordée dans le préambule au «règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société». Les tribunaux ontariens ont souligné que le silence de la *Loi sur le droit de la famille* en ce qui concerne les méthodes d'évaluation les oblige à appliquer des principes d'équité et de justice. Les commentaires suivants du juge Walsh, dans l'affaire *Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.), à la p. 709, sont *à-propos*:

[TRADUCTION] Bien que la Loi parle de valeur, elle ne définit pas ce terme et, en fait, elle ne fournit aucune indication aidant à en dégager le sens, si ce n'est la disposition du par. 4(4) qui précise que, lorsqu'il faut calculer la valeur à une date donnée, cette valeur est calculée à la fermeture des bureaux ce jour-là. Faute de directives du législateur, la «valeur» doit alors être calculée en fonction des circonstances et des faits particuliers qui ressortent de la preuve dans une affaire donnée.

Confirmant la décision du juge Walsh de recourir à la fiducie par interprétation, le juge Cory, qui a

this Court, emphasized the remedy's importance in achieving "a division of property that is as just and equitable as possible". See *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at p. 97 (emphasis added). In *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, Wilson J. noted, at p. 836, that the general purpose of matrimonial property statutes was to "effect the adjustment of property in an equitable manner".

In the particular setting of pension valuation, a number of Ontario courts have also applied equitable principles in choosing a valuation method. Two cases have expressly adopted the termination *pro rata* method because the court concluded that it produced a fairer result. See *Valenti v. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 256, and *Deane v. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 76-78; see also *Miller v. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113 (Ont. Dist. Ct.), at p. 123.

The court in *Shafer v. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 428-29, used the value-added method but noted that the statute did not require it. Although the respondent cites cases holding that the statute required use of the value-added method, these cases generally rely on the reasons of the trial court or the Ontario Court of Appeal in this case. See *Beaudoin v. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL) (Gen. Div.), at para. 33; *Patrick v. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 231; *Spinney v. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL) (Gen. Div.), at para. 16; *Munro v. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL) (Gen. Div.), at para. 15; *Rusticus v. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL) (Gen. Div.), at paras. 50-51.

I am of the opinion that the *Family Law Act*, on its face, does not state any rule indicating a preference for the value-added method over the *pro rata* method or vice versa. This legislative silence means that the appellant's defined benefit pension

rédigé les motifs des juges majoritaires de la Cour, a souligné l'importance de l'utilisation de cette réparation pour effectuer «un partage des biens qui soit le plus juste et le plus équitable possible». Voir *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, à la p. 97 (je souligne). Dans *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, le juge Wilson a indiqué, à la p. 836, que l'objectif général des lois sur les biens matrimoniaux est de «répartir les biens d'une manière équitable».

Dans le contexte particulier de l'évaluation des pensions, un certain nombre de tribunaux ontariens ont également appliqué des principes fondés sur l'équité pour choisir une méthode d'évaluation. Dans deux affaires, le tribunal a expressément adopté la méthode au prorata à la cessation d'emploi, concluant qu'elle produisait un résultat plus équitable. Voir *Valenti c. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 256, et *Deane c. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 76 à 78; voir aussi *Miller c. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113 (C. dist. Ont.), à la p. 123.

Dans *Shafer c. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 428 et 429, le tribunal a employé la méthode de la valeur ajoutée, soulignant toutefois que la loi ne l'y obligeait pas. Bien que l'intimée invoque des décisions dans lesquelles il a été jugé que la loi exige l'utilisation de la méthode de la valeur ajoutée, ces décisions s'appuient généralement sur les motifs exposés par le tribunal de première instance ou la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire qui nous occupe. Voir *Beaudoin c. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL) (Div. gén.), au par. 33; *Patrick c. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 231; *Spinney c. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL) (Div. gén.), au par. 16; *Munro c. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL) (Div. gén.), au par. 15; *Rusticus c. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL) (Div. gén.), aux par. 50 et 51.

Je suis d'avis que le texte de la *Loi sur le droit de la famille* n'énonce aucune règle indiquant une préférence pour la méthode de la valeur ajoutée par rapport à la méthode au prorata, ou vice-versa. Le silence du législateur signifie que le calcul de la

63

64

65

must be valued according to the method that values the pension most equitably.

(4) Equitable Concerns

66 The Court's duty is to determine which valuation method most fairly apportions the pension's value to the pre-marital and marital periods. This fairness analysis should not be result-driven. The appellant argued the unfairness of the value-added method by showing that it apportioned 88 percent of the pension's value to a period of marriage that constituted only 37 percent of the years of service. While this fact is relevant, it is not sufficient to carry the day. It is possible for an asset to increase slowly in value and then rise dramatically in a short period of time. It would be inequitable to deprive the respondent of her share of the good fortune that arose during the course of the marriage. The Court should decide which valuation method most nearly describes how the defined benefit pension's value varied over time, with proper regard for the nature of the asset itself.

67 At this point, it is worthwhile to recall the difference between a defined benefit pension and a defined contribution pension. The value of a defined contribution pension is directly related to the contributions made by the employer and, if applicable, the employee. Each contribution is used to purchase investment assets; the greater the contribution, the more investments are purchased, the greater the final pension benefit. It is obvious that a defined contribution pension increases in value more quickly when contributions are of greater value. Furthermore, because a defined contribution pension is essentially an investment account, the contents of which will be used to purchase a pension annuity at retirement, the value of that pension annuity necessarily tracks the value of the assets in the pension account, including increases owing to investment return. It stands to reason that growth of the pension's value can be represented in the same way as growth in the value

valeur de la pension à prestations déterminées de l'appelant doit être fait au moyen de la méthode qui l'évalue le plus équitablement possible.

(4) Considérations relatives à l'équité

Il incombe à la Cour de déterminer quelle est la méthode d'évaluation qui répartit le plus équitablement la valeur de la pension entre la période antérieure au mariage et la période du mariage elle-même. Cette analyse fondée sur l'équité ne devrait pas être axée sur les résultats. L'appelant affirme que la méthode de la valeur ajoutée est inéquitable parce qu'elle attribue 88 p. 100 de la valeur de la pension à la période du mariage, qui représente seulement 37 p. 100 des années de service. Quoique ce fait soit pertinent, il n'est pas suffisant pour permettre à l'appelant d'avoir gain de cause. Il est possible que la valeur d'un bien progresse lentement, puis soudain augmente de façon spectaculaire sur une courte période. Il serait inéquitable de priver l'intimée de sa part de la bonne fortune survenue au cours du mariage. La Cour doit décider quelle méthode d'évaluation décrit le plus exactement la façon dont la valeur de la pension à prestations déterminées a évolué au fil des ans, en tenant dûment compte de la nature du bien lui-même.

Il convient, à ce stade-ci, de rappeler la différence qui existe entre une pension à prestations déterminées et une pension à cotisations déterminées. La valeur d'une pension à cotisations déterminées est directement liée à la cotisation versée par l'employeur et, s'il y a lieu, par l'employé. Chaque cotisation sert à acheter des placements; plus la cotisation est élevée, plus on achète de placements et plus la prestation de retraite finale est élevée. Il est évident que plus les cotisations sont élevées, plus la valeur d'une pension à cotisations déterminées croît rapidement. En outre, comme une pension à cotisations déterminées est essentiellement un compte de placement dont le contenu servira à acheter une rente à la retraite, la valeur de cette rente suit nécessairement la valeur des éléments d'actif dans le compte de retraite, y compris les hausses dues au rendement du capital. Il va de soi que l'accroissement de la valeur de la pension peut être représenté de la même façon que l'ac-

of the investment assets. As a result, valuation of defined contribution pensions does not pose the problems encountered here. It is simply a matter of looking at the pension account statement for the date of marriage and the date of separation. See generally OLRC Report, *supra*, at p. 84, n. 3.

In contrast, an employee's interest in a defined benefit pension is not tied to specific pension assets or to the amount of contributions. The pension benefit formula in this case fixed the benefit with reference to years of service and the highest salaries earned. I therefore believe the trial judge confused the issue when (at pp. 140-41) he related the value of a year's membership in a defined benefit plan to the value of employee contributions during that year. Unlike an interest in a defined contribution plan, the ultimate annualized benefit paid to an employee under a defined benefit plan is unrelated to the size of contributions or rate of return on investment.

It is therefore far from self-evident that the increase in value of an interest in a defined benefit pension plan should be modelled after the increase in value of a defined contribution plan or an investment asset. This is a major weakness of the value-added method advocated by the respondent. The value-added method treats a defined benefit pension as a lump-sum investment that grows in value at an adjusted rate based on the prevailing risk-free rate of return. Because this produces a compounding effect, the value-added method assigns a greater portion of the pension's growth to the latter years before the valuation date. This assignment of value, however, is totally unrelated to any actual change in the value of the pension.

This is highlighted by an example. Suppose the appellant had actually terminated his employment on the date of marriage, and that, at that time, he

croissement de la valeur des placements. En conséquence, l'évaluation des pensions à cotisations déterminées ne soulève pas les problèmes qui se posent en l'espèce. Il suffit de regarder les relevés de compte de la pension à la date du mariage et à la date de la séparation. Voir, en général, le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 84, n. 3.

En revanche, l'intérêt que possède un employé dans une pension à prestations déterminées n'est pas lié à des avoirs de retraite particuliers ni au montant des cotisations. La formule de calcul de la prestation dans la présente espèce fixe la prestation en fonction du nombre d'années de service et des meilleurs salaires gagnés. Par conséquent, je crois que le juge de première instance n'a pas bien saisi la question (aux pp. 140 et 141) lorsqu'il a rattaché la valeur de la participation à un régime de retraite à prestations déterminées au cours d'une année à la valeur des cotisations versées par l'employé durant l'année en question. Contrairement à un intérêt dans un régime à cotisations déterminées, la prestation annualisée versée en bout de ligne à un employé dans le cadre d'un régime à prestations déterminées n'est pas liée au montant des cotisations ou au taux de rendement du capital investi.

Il est donc loin de tomber sous le sens que l'augmentation de valeur d'un intérêt dans un régime de retraite à prestations déterminées devrait être mesurée de la même façon que l'augmentation de valeur d'un régime à cotisations déterminées ou d'un placement. C'est là une lacune importante de la méthode de la valeur ajoutée préconisée par l'intimée. En effet, cette méthode traite une pension à prestations déterminées comme un placement global dont la valeur augmente suivant un taux rajusté fondé sur le taux de rendement hors risque en vigueur. En raison de l'effet de capitalisation qui s'ensuit, la méthode de la valeur ajoutée attribue une part plus importante de l'accroissement de valeur aux dernières années qui précèdent la date d'évaluation. Toutefois cette attribution de valeur n'est liée d'aucune façon à quelque changement concret de la valeur de la pension.

Voici un exemple qui permet d'illustrer cet énoncé. Supposons que l'appelant ait effectivement cessé de travailler à la date du mariage,

68

69

70

had 20 years of service and the average of his five best-paid salaries was (hypothetically) \$60,000. Under the benefit formula, he would have earned an annual pension benefit of \$24,000 (2 percent x 20 x \$60,000). Twelve years later, at the date of separation, since he had quit his job and not accumulated any more years of service or reached a higher salary level, his annualized pension benefit would still be \$24,000. (The effect of pre-retirement indexing is ignored for purposes of simplicity.) Common sense would suggest that, since the interest in the pension has not changed over the course of the marriage, none of it should be considered “net family property” for equalization purposes.

qu’il avait alors accumulé 20 années de service et que le traitement moyen de ses cinq années les mieux rémunérées s’élevait (hypothétiquement) à 60 000 \$. Selon la formule de calcul de la prestation, l’appelant aurait acquis une prestation de retraite annuelle de 24 000 \$ (2 p. 100 x 20 x 60 000 \$). Douze ans plus tard, à la date de la séparation, sa prestation de retraite annuelle serait encore de 24 000 \$, puisqu’il a quitté son emploi et qu’il n’a pas accumulé d’autres années de service ni vu son salaire augmenter. (Par souci de simplicité, cet exemple ne tient pas compte de l’effet de l’indexation pré-retraite.) Le bon sens voudrait que, puisque l’intérêt dans la pension n’a pas changé pendant la durée du mariage, il ne soit aucunement pris en compte dans les «biens familiaux nets» aux fins du calcul d’égalisation.

71

Under the value-added method, however, the actuary would calculate (a) the lump sum that, if invested in risk-free assets on the date of separation, would produce an annual income of \$24,000 at retirement. Assume the applicable discount rate and actuarial assumptions yielded a present value at separation of \$100,000. Then the actuary would determine (b) the lump sum that, if invested in risk-free assets on the date of marriage, would produce the same stream of income (\$24,000 annually) beginning on the date of retirement. Discounting \$100,000 over the 12-year marriage period at a 3 percent interest rate yields a present value on the date of marriage of \$70,138. Under the value-added method, the difference between the values of (a) and (b) — in the example, \$100,000 minus \$70,138, i.e. \$29,862 — will be considered “net family property”. This is so even though the annualized benefit to be paid — which is a defined benefit pension’s only meaningful value — did not change at all after the marriage. The result is that the employee spouse (here, the appellant) must equalize a growth in assets that did not actually take place. I do not see any equity in that result.

Selon la méthode de la valeur ajoutée, toutefois, l’actuaire calculerait a) la somme globale qui, investie dans des éléments d’actif sans risque à la date de la séparation, produirait un revenu annuel de 24 000 \$ à la retraite. Supposons que le taux d’actualisation et les hypothèses actuarielles applicables donnent une valeur actualisée à la séparation de 100 000 \$. L’actuaire calculerait ensuite b) la somme globale qui, investie dans des éléments d’actif sans risque à la date du mariage, donnerait le même flux de revenu (24 000 \$ annuellement) à la date du départ à la retraite. L’actualisation de la somme de 100 000 \$ sur les 12 années de mariage à un taux d’intérêt de 3 p. 100 donne une valeur actualisée à la date du mariage de 70 138 \$. Suivant la méthode de la valeur ajoutée, la différence entre les valeurs a) et b) — dans notre exemple, 100 000 \$ moins 70 138 \$, soit 29 862 \$ — sera considérée comme faisant partie des «biens familiaux nets». Il en est ainsi même si la prestation annualisée qui sera versée — qui est la seule valeur significative d’une pension à prestations déterminées — n’a subi aucun changement après le mariage. Il s’ensuit que le conjoint participant (en l’espèce, l’appelant) doit tenir compte, au titre de l’égalisation, de la plus-value d’un bien qui ne s’est pas produite dans les faits. L’équité de ce résultat m’échappe.

The respondent argued that a pension does have a higher value later in life than it does earlier on, even if the numerical value of the benefit remains unchanged. The respondent maintained that the promise of a pension takes on greater importance as an employee approaches retirement age, and submitted that the proximity of a pension has a significant impact on the way older married couples plan their lives and structure their finances, whereas it may have no impact at all on the decisions of younger couples. I do not think this consideration is relevant. All assets owned by a married couple become more important as the couple grows older and the time to plan for retirement diminishes. But to say that a subjective feeling that an asset is “worth more” at age 60 than at age 30 translates into an objective increase in value to be reflected in an equalization calculation is unrealistic. While an annuity is a greater comfort at the separation date than it was at the marriage date, this fact does not justify treating it as an asset that grew at an investment rate over the course of the marriage. Such treatment simply penalizes the employee spouse for the inexorable fact that time has passed.

On a similar note, the value-added method’s subtraction of two present values raises the added problem of constant dollars. It is fairly plain that, owing to inflation, a dollar in 1976 purchased substantially more than a dollar in 1988. As a result, amounts having the same real value in constant dollars will have a smaller numerical value when expressed in 1976 dollars than in 1988 dollars. The value-added method does not appear to account for this difference; instead, it subtracts the 1976 figure directly from the inflated 1988 figure. See, e.g., Patterson, *Pension Division and Valuation*, *supra*, at p. 163. The result is that all the inflation occurring between 1976 and 1988 on the pension’s total value — even on the portion earned prior to 1976 — is treated as a “gain” in value during the period of marriage. This “gain” is another consequence of the value-added method’s use of

L’intimée affirme que la valeur d’une pension est effectivement plus élevée en fin de carrière qu’au début de celle-ci, même si la valeur numérique de la prestation demeure inchangée. L’intimée prétend que la promesse d’une pension revêt une importance plus grande à mesure que l’employé approche de l’âge de la retraite, et elle soutient que la proximité du début de la pension a un effet important sur la façon dont les couples mariés âgés planifient leur vie et organisent leurs finances, alors qu’il est possible que ce facteur n’ait aucune incidence sur les décisions des jeunes couples. Cette considération n’est pas pertinente à mon avis. Tous les biens que possède un couple marié deviennent plus importants à mesure que le couple vieillit et que le temps dont il dispose pour planifier leur retraite diminue. Cependant, il est irréaliste d’affirmer que l’impression subjective qu’un élément d’actif «vaut davantage» à 60 ans qu’à 30 ans se traduit par une augmentation objective de valeur qui doit se refléter dans le calcul d’égalisation. Bien qu’une rente soit un plus grand réconfort à la date de la séparation qu’à la date du mariage, ce fait ne justifie pas de la considérer comme un bien dont la valeur a augmenté à un taux de rendement interne pendant la durée du mariage. Pareil traitement ne fait que pénaliser le conjoint participant pour le fait inexorable que le temps a passé.

Dans le même ordre d’idées, la soustraction de deux valeurs actualisées selon la méthode de la valeur ajoutée pose le problème supplémentaire des dollars constants. Il est assez évident que, en raison de l’inflation, le pouvoir d’achat d’un dollar était beaucoup plus grand en 1976 qu’en 1988. En conséquence, des sommes qui ont la même valeur réelle en dollars constants auront une valeur numérique moins élevée quand on les exprime en dollars de 1976 plutôt qu’en dollars de 1988. La méthode de la valeur ajoutée ne semble pas tenir compte de cette différence; elle retranche plutôt directement la somme en dollars de 1976 du chiffre en dollars courants de 1988. Voir, par exemple, Patterson, *Pension Division and Valuation*, *op. cit.*, à la p. 163. Il s’ensuit que l’effet de l’inflation entre 1976 et 1988 sur la valeur totale de la pension — même sur la portion acquise avant 1976 —

72

73

capitalized values, and does not reflect any real change in the value of the pension benefit over the time that the appellant and the respondent were married.

est traité comme une «plus-value» survenue pendant la durée du mariage. Cette «plus-value» est une autre conséquence de l'utilisation de valeurs capitalisées dans le cadre de la méthode de la valeur ajoutée, et elle ne reflète aucun changement véritable dans la valeur de la prestation de retraite pendant la période où l'appellant et l'intimée ont été mariés.

74

Another problem afflicting the value-added method as used in this case is the use of a different retirement age assumption in determining the value at marriage than is used for determining the value at separation. In valuing the pension at the date of separation, Rutherford J. chose an assumed retirement age of 57.4 years (the appellant challenged this decision, and it is dealt with in Section 5 below). However, in valuing the pension at the date of marriage, Rutherford J. adopted the respondent's actuary's use of a retirement age of 65. This different retirement age created a double reduction in the marriage value. First, it reduced the pension's present value at retirement because it contemplated that the pension would be paid out for 7.6 fewer years than if the appellant had retired at age 57.4. Second, it lengthened the discounting period for the date of marriage value: the first pension payment was discounted back from the year 2000 (when the appellant would be 65) instead of from 1992 (when he was 57.4).

Un autre problème qui caractérise la manière dont la méthode de la valeur ajoutée a été utilisée dans le présent cas est le fait qu'on se soit servi d'hypothèses différentes quant à l'âge du départ à la retraite pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage et sa valeur à la date de la séparation. Pour évaluer la pension à la date de la séparation, le juge Rutherford a choisi un âge de retraite présumé de 57,4 ans (l'appellant conteste cette décision, qui est examinée plus loin à la section 5). Toutefois, pour évaluer la pension à la date du mariage, le juge Rutherford a retenu l'âge de retraite de 65 ans adopté par l'actuaire de l'intimée. Cet âge de retraite différent a réduit de deux façons la valeur de la pension à la date du mariage. Premièrement, il a réduit la valeur actualisée de la pension à la retraite en ce sens que la pension serait versée pendant 7,6 années de moins que si l'appellant avait pris sa retraite à l'âge de 57,4 ans. Deuxièmement, il a prolongé la période d'actualisation pour le calcul de la valeur de la pension à la date du mariage: le premier versement a été actualisé à l'an 2000 (lorsque l'appellant aura 65 ans) plutôt qu'à 1992 (lorsqu'il avait 57,4 ans).

75

The Court is at a disadvantage in evaluating the reason for choosing a retirement age of 65 in calculating the date of marriage value. The trial judge and the Court of Appeal did not address this, and neither did the respondent's submissions in this Court. Judging from the testimony of the respondent's actuary, the retirement age of 65 appeared to derive from the fact that, had the appellant terminated his employment on the date of marriage, he would not have satisfied the requirements of the "rule of 90" early retirement provision and could not have retired before the usual age of 65.

La Cour est désavantagée pour l'appréciation de la raison pour laquelle l'âge de la retraite a été fixé à 65 ans aux fins du calcul de la valeur de la pension à la date du mariage. Ce point n'a été abordé ni par le juge de première instance ni par la Cour d'appel, et il ne l'a pas été non plus par l'intimée devant notre Cour. À en juger par le témoignage de l'actuaire de l'intimée, le choix de 65 ans comme âge de la retraite semble découler du fait que, si l'appellant avait cessé de travailler à la date du mariage, il n'aurait pas satisfait aux exigences prévues par la clause de retraite anticipée fondée sur «la règle des 90», et il n'aurait pas pu prendre sa retraite avant l'âge normal de 65 ans.

I do not believe that there was any reason to value the pension on the date of marriage in light of an assumption that the employee terminated employment on that date. That assumption ignored the actual economic facts that occurred during the marriage, namely that the appellant worked continuously and eventually brought himself within reach of early retirement.

It is true that there are compelling reasons not to take post-separation information into account when valuing the pension under a termination method — for instance, the notion that the non-employee spouse should not profit from the post-separation work of the employee spouse, and the concern that the employee spouse might behave strategically after the separation in order to decrease the value of the pension to be equalized. I consider the effect of these considerations in this particular case in Section 5 below. Regardless of the suitability of using post-separation evidence under a termination method, however, I do not believe there is any justification for refusing to use post-marriage evidence in calculating the date of marriage value. This is not “hindsight”, since conduct occurring between marriage and separation necessarily occurred before the date of separation. I have difficulty imagining a situation in which an employee spouse would strategically seek to postpone the retirement date through conduct prior to separation in order to reduce the pension’s present value.

The respondent might argue that the option of retiring before age 65 with an unreduced pension is itself a benefit that increased the pension’s value, and that the value of that benefit should be included in net family property because it accrued during the marriage. This argument fails because it effectively considers the pension’s value to be unaffected by the early retirement provision until the employee actually begins to qualify for the early retirement benefit. Put another way, the

Je ne crois pas qu’il y avait quelque raison que ce soit d’évaluer la pension à la date du mariage sur le fondement de l’hypothèse que l’employé avait cessé de travailler à cette date. Cette hypothèse ne tenait pas compte des faits économiques réels survenus au cours du mariage, soit que l’appelant n’a pas cessé de travailler et qu’il est finalement devenu admissible à une retraite anticipée.

Il est vrai qu’il existe des raisons impérieuses de ne pas tenir compte de renseignements postérieurs à la séparation dans l’évaluation de la pension selon la méthode de la cessation d’emploi — par exemple, l’idée que le conjoint non participant ne devrait pas profiter des fruits de la période d’emploi postérieure à la séparation du conjoint participant, et la crainte que ce dernier pourrait agir par stratégie, après la séparation, afin de diminuer la valeur de la pension visée par l’égalisation. J’examinerai l’effet de ces considérations dans le présent cas plus loin à la section 5. Indépendamment de l’opportunité d’utiliser des éléments de preuve postérieurs à la séparation dans l’application de la méthode de la cessation d’emploi, j’estime qu’il n’est pas justifié de refuser l’utilisation d’éléments de preuve postérieurs au mariage pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage. Il ne s’agit pas de juger par rétrospective, puisque les faits et gestes d’une personne entre la date du mariage et celle de la séparation sont forcément antérieurs à la date de séparation. J’ai du mal à imaginer une situation dans laquelle un conjoint participant chercherait, à des fins stratégiques, à reporter la date de son départ à la retraite en agissant d’une certaine façon avant la séparation et ce, dans le but de réduire la valeur actualisée de sa pension.

L’intimée pourrait prétendre que la faculté de se retirer avant l’âge de 65 ans tout en recevant une pension non réduite est en soi un avantage qui augmente la valeur de la pension, et que la valeur de cet avantage devrait être comptée dans les biens familiaux nets parce qu’elle a été accumulée durant le mariage. Cet argument ne saurait être retenu, car il considère que la clause de retraite anticipée n’a pas d’incidence sur la valeur de la pension tant que l’employé n’est pas devenu dans

76

77

78

respondent would have the Court consider the early retirement benefit to have a value of zero until the employee began to satisfy the “rule of 90”.

79 Under the “rule of 90”, an employee only gains the right to retire before age 65 upon accumulation of more than 25 years of service. It is correct that the appellant met this qualification while he was married to the respondent. But it is incorrect to say that he was not earning the right to early retirement prior to that point. Each year is of equal importance in determining the employee’s satisfaction of the “rule of 90”. Had the appellant not accumulated 20 years of service prior to marriage, the early retirement benefit would not have vested, if at all, until after the separation. Those early years of service were hardly less important to the earning of the early retirement benefit than the years of service during the marriage.

80 This approach is consistent with that of the Canadian Institute of Actuaries in valuing early retirement benefits. The CIA considers that early retirement benefits may have actual value even prior to the time that the employee gains the right to retire early. See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 5:

Accrued benefit enhancements and grow-in ancillary benefits (such as the right to unreduced early retirement subject to total age/service combinations, and/or bridging benefits) contingent only upon future service, to the extent accrued at the valuation date, must specifically be addressed by the actuary.

The phrase “must specifically be addressed” means that the actuary must present a separately identified value of such benefits, without any discount for possible future forfeiture.

The Ontario Law Reform Commission has also adopted this position:

The Commission therefore recommends that the proposed Pension Valuation Regulations should provide

les faits admissible à la retraite anticipée. Autrement dit, l’intimée demande à la Cour de considérer que le droit à la retraite anticipée a une valeur égale à zéro tant que l’employé n’a pas satisfait à la «règle des 90».

Suivant la «règle des 90», un employé n’acquiert le droit de se retirer avant l’âge de 65 ans qu’après avoir accumulé plus de 25 années de service. Il est exact que l’appellant a rempli cette condition pendant qu’il était marié à l’intimée. Toutefois, il est faux d’affirmer qu’il n’était pas en voie d’acquérir le droit de prendre une retraite anticipée avant ce moment-là. Chaque année a une importance égale pour déterminer la mesure dans laquelle un employé satisfait à la «règle des 90». Si l’appellant n’avait pas accumulé 20 années de service avant le mariage, le droit à la retraite anticipée n’aurait été acquis, le cas échéant, qu’après la séparation. Ces premières années de service ont été tout aussi importantes pour l’acquisition du droit à la retraite anticipée que celles accumulées au cours du mariage.

Cette approche en matière d’évaluation des avantages afférents à la retraite anticipée est compatible avec celle de l’Institut canadien des actuaires. L’ICA considère que de tels avantages peuvent avoir une valeur concrète, même avant le moment où l’employé acquiert le droit à une retraite anticipée. Voir la Norme de pratique de l’ICA, *op. cit.*, aux pp. 5 et 6:

Les enrichissements aux prestations constituées et les avantages accessoires réputés acquis (par exemple le droit à une retraite anticipée sans réduction sous réserve d’une combinaison reposant sur l’âge et les années de service et (ou) les prestations de raccordement) qui ne dépendent que du service futur dans la mesure où ils sont constitués à la date de l’évaluation doivent être expressément traités par l’actuaire.

Par «doivent être expressément traités», il faut entendre que l’actuaire doit présenter une valeur définie distincte pour ces prestations, sans actualisation pour déchéance future éventuelle.

La Commission de réforme du droit de l’Ontario a elle aussi adopté ce point de vue:

[TRADUCTION] La Commission de réforme du droit de l’Ontario recommande donc que le projet de Règlement

that, where a pension plan contains a provision for an early retirement benefit payable to a member on an unreduced basis once certain vesting requirements are met, such a benefit should be valued on the following basis:

- (a) vesting of the unreduced early retirement benefit should be assumed for the purposes of pension valuation, and
- (b) a discount for the possibility that plan membership will terminate prior to the member meeting the vesting requirements should be applied.

See OLRC Report, *supra*, at p. 123. The statements of the CIA and OLRC support the view that early retirement benefits that are contingent on years of service should not be viewed as obtaining value only once they are vested. They are continuously earned over the course of the employee's service. This view is particularly justified in this case, where it was known prior to separation that the appellant actually became eligible for early retirement. As a result, I do not think that the trial judge and the Court of Appeal were justified in using a higher retirement age to value the pension at the date of marriage.

This argument, apart from highlighting a weakness of the value-added method as applied in this case, dovetails with the appellant's argument in favour of the *pro rata* method. The appellant argued that, under the benefit formula, the most important factor in calculating the value of his pension is the number of his years of service. The benefit formula incorporates years of service directly, so that each additional year of service effectively increases the annual pension benefit by 2 percent of the average of the best five years' earnings. If the "five best salaries" term does not change, each year of service increases the pension benefit by an equal amount. In this respect, an employee's earlier years as a member of the plan are just as valuable as the later years. See *Ramsay*

sur l'évaluation des rentes de retraite devrait prévoir que lorsque, selon un régime de retraite, une prestation de retraite anticipée est payable à un participant, sans réduction, après que certaines conditions d'acquisition sont remplies, cette prestation sera évaluée selon la méthode suivante:

- (a) on présumera, aux fins de l'évaluation de la rente, l'acquisition de la prestation non réduite de retraite anticipée, et
- (b) on appliquera une réduction pour tenir compte de l'éventualité d'une cessation de l'affiliation du participant au régime avant que le participant ne réponde aux conditions d'acquisition.

Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 123. Ces énoncés de l'ICA et de la CRDO appuient le point de vue selon lequel les avantages afférents à la retraite anticipée qui sont fonction des années de service ne doivent pas être considérés comme prenant de la valeur uniquement une fois qu'ils ont été acquis. Ils sont acquis progressivement durant les années de service de l'employé. Ce point de vue est particulièrement justifié dans le présent cas, où l'on savait avant la séparation que l'appelant était effectivement admissible à une retraite anticipée. En conséquence, je ne crois pas que le juge de première instance et la Cour d'appel étaient fondées à utiliser un âge de départ à la retraite plus élevé pour évaluer la pension à la date du mariage.

En plus de faire ressortir une lacune de la méthode de la valeur ajoutée telle qu'elle s'applique au cas qui nous occupe, cet argument concorde avec celui présenté par l'appelant en faveur de l'utilisation de la méthode au prorata. Ce dernier soutient que, selon la formule de calcul de la prestation, le facteur le plus important dans le calcul de la valeur de sa pension est le nombre d'années de service qu'il a accumulées. La formule de calcul de la prestation incorpore les années de service directement, de sorte que chaque année de service supplémentaire augmente effectivement la prestation de retraite annuelle de 2 p. 100 du traitement moyen des cinq années les mieux rémunérées. Si la condition fondée sur les «cinq années les mieux rémunérées» ne change pas, chaque année de service augmente la prestation de retraite d'un montant égal. À cet égard, les premières années de service d'un employé qui par-

v. *Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447 (Sask. Q.B.), at p. 453.

ticipe au régime ont tout autant de valeur que les dernières. Voir *Ramsay c. Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447 (B.R. Sask.), à la p. 453.

82 I agree with the appellant that the *pro rata* method reflects this aspect of his defined benefit pension. By averaging the pension's present value over each year of service, the *pro rata* method incorporates the fact that the true value of the defined benefit plan — namely, the benefit itself — increased at a constant (or arithmetic) rate with the passage of time, not along a growth curve (or geometric rate). The *pro rata* method accurately takes account of the pension's nature as a future asset, instead of misleadingly treating it as a present asset with a lump-sum value that increased at the rates of inflation and return on risk-free investments.

Je conviens avec l'appelant que la méthode au prorata reflète cet aspect de sa pension à prestations déterminées. En répartissant la valeur actualisée de la pension sur chaque année de service, la méthode au prorata tient compte du fait que la valeur véritable du régime de retraite à prestations déterminées — c'est-à-dire la prestation elle-même — augmente à un taux constant (ou taux arithmétique) à mesure que le temps passe, et non pas suivant une courbe de croissance (ou taux géométrique). La méthode au prorata rend compte fidèlement de la nature de la pension en tant qu'élément d'actif futur, au lieu de la considérer à tort comme un élément d'actif courant, auquel on peut attribuer une valeur globale qui augmente en fonction du taux d'inflation et du taux de rendement de placements sans risque.

83 The respondent objected that the *pro rata* method is unfair because it does not reflect the impact of salary increases, which occur at fixed points in time and can significantly affect the pension's value. Instead, the *pro rata* method treats the factor of the "average of five best years' salary" as constant over the entire period of pensionable service. Because the highest-salaried years tend to be the later ones close to the separation date, the value assigned to earlier years under the *pro rata* method effectively credits earlier years with the value of higher salaries earned in later years. The respondent maintained that this is unfair, especially as applied in this case, where there is substantial premarital service. By attributing a significant portion of salary increases earned during the marriage to the pre-marital years, the *pro rata* method arguably undervalued net family property inequitably.

L'intimée objecte que la méthode au prorata est inéquitable parce qu'elle ne reflète pas l'effet des augmentations de salaire, qui surviennent à des moments précis dans le temps et peuvent influencer sensiblement la valeur de la pension. La méthode au prorata considère plutôt que le facteur fondé sur le «salaire moyen des cinq années les mieux rémunérées» a un effet constant pendant toute la période de service ouvrant droit à pension. Comme les années les mieux rémunérées sont habituellement les années en fin de carrière, plus proches de la date de la séparation, la valeur attribuée aux premières années par la méthode au prorata attribue effectivement aux premières années la valeur des salaires plus élevés qui sont gagnés plus tard. L'intimée affirme que c'est injuste, surtout dans son cas, vu les nombreuses années de service accumulées par l'appelant avant le mariage. En attribuant une portion importante des augmentations de salaire accordées au cours du mariage aux années antérieures au mariage, il est possible de prétendre que la méthode au prorata sous-évalue de manière inéquitable les biens familiaux nets.

84 Although it is true that salary increases do occur at fixed points in time and can be clearly separated out as occurring before or during the marriage, the

Bien qu'il soit vrai que les augmentations de salaire surviennent à des moments précis dans le temps et qu'on peut clairement séparer celles sur-

Court should consider the particular role that salary increases play in the appellant's defined benefit pension. In a defined contribution pension, a salary increase generally means an increase in contributions, which increases the assets held in the pension account. In a "career earnings" defined benefit plan, the salary earned in each individual year determines a portion of the final benefit, so changes in salary from year to year make a significant difference. In both cases, a year in which the employee's salary increased truly does make a higher contribution to the pension benefit than the foregoing years. But in a "best earnings" plan like the appellant's, a salary increase not only increases the value of the year in which it occurred, but also the value that was earned in all past years of service. As was stated above, each year of service adds 2 percent of the average of the five highest-salaried years, regardless of when those best-paid years occur. Thus, if an employee suffers a reduction in salary late in his or her career, for any reason, the pension benefit remains unaltered. The effect of a salary increase in a "best earnings" defined benefit pension is not limited to the particular year in which it occurred, but extends over the entire period of service.

The respondent's view of salary increases rests once again on the implicit premise that, in valuing the pension on the date of marriage, the Court should assume that the appellant terminated employment on that date. As noted above, there is no principled reason to ignore information that is definitively known at the time of separation in calculating the date of marriage value. Calculating the benefit accrued at marriage based on only the five best salaries earned up to the marriage date is turn-

venues avant le mariage et celles survenues pendant celui-ci, la Cour devrait examiner le rôle particulier joué par les augmentations de salaire dans le régime de pension à prestations déterminées de l'appelant. Dans un régime de pension à cotisations déterminées, une hausse du salaire se traduit généralement par une hausse des cotisations, qui à son tour entraîne l'augmentation des éléments d'actif détenus dans le compte de retraite. Étant donné que, dans un régime de retraite à prestations déterminées «salaires de carrière», le salaire gagné au cours d'une année donnée détermine une partie de la prestation finale, les variations salariales d'une année à l'autre font une grande différence. Dans les deux cas, une année au cours de laquelle on hausse le salaire d'un employé augmente vraiment davantage la valeur de la prestation que ne le font les années antérieures. Toutefois, dans un régime «salaire maximal moyen» comme celui de l'appelant, une hausse de salaire augmente non seulement la valeur de l'année au cours de laquelle elle survient, mais aussi la valeur acquise au cours de toutes les années de service antérieures. Comme il a été mentionné plus tôt, chaque année de service ajoute 2 p. 100 du traitement moyen des cinq années les mieux rémunérées, peu importe quand surviennent ces cinq années. Par conséquent, si un employé subit, pour quelque raison que ce soit, une baisse de salaire vers la fin de sa carrière, la prestation de retraite demeure inchangée. L'effet d'une hausse de salaire dans un régime de retraite à prestations déterminées «salaire maximal moyen» ne se limite pas à l'année particulière au cours de laquelle cette hausse est accordée, mais se fait également sentir pendant toute la durée du service.

La façon dont l'intimée conçoit les augmentations de salaire repose encore une fois sur la prémisses implicite selon laquelle la Cour devrait, dans l'évaluation de la pension à la date du mariage, supposer que l'appelant a cessé de travailler à cette date. Comme je l'ai souligné, il n'existe aucune raison de principe de ne pas utiliser des renseignements qui sont connus avec certitude au moment de la séparation pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage. En calculant la prestation accumulée à la date du mariage uniquement en fonction du traitement moyen des cinq années les

ing a blind eye to the more accurate information available on the date of separation.

mieux rémunérées jusqu'à la date du mariage, on fait abstraction des renseignements plus exacts qui étaient connus à la date de la séparation.

86 On a similar note, I think the *pro rata* method is preferable because it involves less speculation than the value-added method. Although any valuation of a pension before retirement will involve actuarial assumptions that can be proved wrong by future events, the *pro rata* method requires only one discounting calculation and also does not artificially ignore relevant information available at separation in determining the value on the date of marriage. The nature of a "best earnings" defined benefit pension makes this particularly important. I also note that the termination *pro rata* method appears to be the rule for valuation of defined benefit pensions in other Canadian provinces and in many American states. See Quebec *Regulation respecting supplemental pensions plans*, (1990) 122 G.O. II, 2318, ss. 36, 37, 40; *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1, s. 44(8); *General Regulation — Pension Benefits Act*, N.B. Reg. 91-195, s. 28(2); *Corpus Juris Secundum* (1986), vol. 27C, § 558, at pp. 53-54; *Humble v. Humble*, 805 S.W.2d 558 (Tex. Ct. App. 1991), at pp. 560-61.

Dans le même ordre d'idées, je pense que la méthode au prorata est préférable parce qu'elle est moins conjecturale que la méthode de la valeur ajoutée. Bien que toute évaluation d'une pension avant la retraite implique le recours à des hypothèses actuarielles susceptibles de se révéler erronées par la suite, la méthode au prorata requiert un seul calcul d'actualisation et, en outre, ne fait pas artificiellement abstraction des renseignements pertinents qui sont connus à la date de la séparation pour déterminer la valeur à la date du mariage. La nature d'une pension à prestations déterminées «salaire maximal moyen» rend ce fait particulièrement important. Je note également que la méthode au prorata à la cessation d'emploi semble être la règle en ce qui a trait à l'évaluation des pensions à prestations déterminées dans d'autres provinces canadiennes ainsi que dans de nombreux États américains. Voir le *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, (1990) 122 G.O. II, 3246, art. 36, 37 et 40; *Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1, par. 44(8); *Règlement général — Loi sur les prestations de pension*, Règl. du N.-B. 91-195, par. 28(2); *Corpus Juris Secundum* (1986), vol. 27C, § 558, aux pp. 53 et 54; *Humble c. Humble*, 805 S.W.2d 558 (Tex. Ct. App. 1991), aux pp. 560 et 561.

87 It is possible that the value-added method may be reformed to address the concerns I have raised and that it might provide a fairer valuation if the pension were structured in a different way. Generally speaking, however, the *pro rata* method yields a valuation of a defined benefit pension that is fairer than the valuation produced by the value-added method. Since the *Family Law Act*'s primary goal is a division of assets that is fair to both spouses, I believe that the *pro rata* method is the preferable method of valuation under Ontario law.

Il est possible que la méthode de la valeur ajoutée puisse être modifiée pour tenir compte des inquiétudes que j'ai soulevées et qu'elle puisse donner une évaluation plus équitable si la pension était structurée d'une manière différente. De façon générale, toutefois, la méthode au prorata produit une évaluation plus équitable d'une pension à prestations déterminées que la méthode de la valeur ajoutée. Comme l'objectif premier de la *Loi sur le droit de la famille* est d'assurer un partage des biens qui soit équitable pour les deux conjoints, je crois que la méthode au prorata est la méthode d'évaluation préférable pour l'application du droit ontarien.

88 One additional point deserves mention. While the parties here agreed to use a "termination"

Un autre point vaut d'être signalé. Bien que les parties à l'instance aient convenu d'utiliser la

method of valuation, I do not wish to foreclose the possibility of future litigants' using a "retirement" method in a future case. My conclusion that all the information available at the time of separation should be used in calculating the pension's value at separation and at marriage ordinarily suggests that one should also consider post-separation information to the extent it bears upon the benefit formula. For instance, it is now known as a fact that the appellant retired at age 61 with 40.83 years of service. His best-salaried years could also be ascertained with precision. It is quite likely that such a calculation, which essentially corresponds to a "retirement" method, would have provided the fairest possible valuation of the defined benefit pension in this case.

I note that the use of a "retirement *pro rata*" method has found favour in other provinces. See *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 74; B.C. Reg. 77/95, s. 6; *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142 (Nfld. C.A.), at p. 146. It also seems to be the rule among American "community property" states. See, e.g., *Corpus Juris Secundum*, *supra*, at p. 57; but see *Humble*, *supra* (rejecting the retirement *pro rata* method in favour of the termination *pro rata* method).

A retirement method could have much to recommend it, particularly given that a pension's true value might change drastically after the marriage due to changes in the benefit formula or substantial increases in salary. As I have suggested, there are compelling reasons to treat these changes as having an effect over the entire life of the defined benefit pension, not just at the time that they occur. The OLRC also favours a retirement method. See OLRC Report, *supra*, at pp. 104-6.

méthode d'évaluation à la «cessation d'emploi», je ne désire pas écarter la possibilité pour d'éventuels plaideurs d'utiliser la méthode de la «retraite» dans une future affaire. Ma conclusion que tout renseignement disponible au moment de la séparation devrait être utilisé pour calculer la valeur de la pension à la date de la séparation et à la date du mariage laisse entendre qu'il faut d'ordinaire tenir compte des renseignements postérieurs à la séparation dans la mesure où ils ont une incidence sur la formule de calcul de la prestation. Ainsi, c'est un fait maintenant établi que l'appelant a pris sa retraite à l'âge de 61 ans, après avoir accumulé 40,83 années de service. Ses cinq années les mieux rémunérées pouvaient également être déterminées avec exactitude. Il est fort probable qu'un tel calcul, qui correspond essentiellement à la méthode de la «retraite», fournirait l'évaluation la plus équitable possible de la pension à prestations déterminées dans la présente espèce.

Je constate que d'autres provinces sont favorables au recours à la méthode «au prorata à la retraite». Voir *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 74; B.C. Reg. 77/95, art. 6; *Hierlihy c. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142 (C.A.T.-N.), à la p. 146. Cette méthode semble également être la règle dans les États américains où s'applique le régime de la «communauté de biens». Voir, par exemple, *Corpus Juris Secundum*, *op. cit.*, à la p. 57; mais voir *Humble*, précité (qui préfère la méthode au prorata à la cessation d'emploi à la méthode au prorata à la retraite).

La méthode de la retraite pourrait avoir beaucoup d'intérêt, particulièrement en raison du fait que la valeur réelle d'une pension peut changer radicalement après le mariage à cause soit de modifications à la formule de calcul de la prestation soit de hausses de salaire substantielles. Ainsi que je l'ai indiqué, il existe des raisons impérieuses de considérer que ces changements produisent leur effet pendant toute la vie de la pension à prestations déterminées, pas seulement au moment où ils surviennent. La CRDO est également favorable à la méthode de la retraite. Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, aux pp. 104 à 106.

89

90

91

I am aware that a retirement *pro rata* method could take two possible forms. The Canadian Institute of Actuaries describes a “projected” retirement method, whereby the future accumulation of years of service, salary increases, and changes to the benefit formula would be estimated from an actuarial perspective. See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 5. This method could involve many speculative assumptions, but might be appropriate in a case where the employee spouse’s final salaries and years of service were known with sufficient certainty prior to retirement. The OLRC recommends this type of method but suggests a discount for the possibility that the employee might terminate employment earlier: OLRC Report, *supra*, at p. 106; see also *Knippshild v. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36 (Sask. Q.B.), at pp. 48-50.

Je sais que la méthode au prorata à la retraite peut prendre deux formes. L’Institut canadien des actuaires décrit une méthode de la retraite fondée sur des «projections», selon laquelle l’accumulation d’années de service, les augmentations de salaire et les changements apportés à la formule de calcul de la prestation dans l’avenir sont estimés d’un point de vue actuariel. Voir la Norme de pratique de l’ICA, *op. cit.*, à la p. 5. Cette méthode est susceptible d’exiger l’application de nombreuses hypothèses, mais elle pourrait convenir lorsque les années de service et les derniers salaires du conjoint participant sont connus avec suffisamment de certitude avant la retraite. La CRDO recommande ce type de méthode, mais suggère une réduction pour tenir compte de la possibilité que l’employé cesse de travailler plus tôt: Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 106; voir aussi *Knippshild c. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36 (B.R. Sask.), aux pp. 48 à 50.

92

Another possible retirement method is the one available in British Columbia, Newfoundland and certain American states, which could be called a “deferred” retirement method. Under this system, calculation of the ultimate amount due to the non-employee spouse is deferred until the actual retirement date, when the final years of service and best-salaried years are crystallized. Cf. *Rutherford v. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41 (B.C.S.C.), at pp. 60-61, and *Hierlihy, supra*, at pp. 145-46. Decisions in other provinces — including some in Ontario — have employed this method or a similar one. See *Gilmour v. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137 (Sask. C.A.), at pp. 141-42; *Bourdeau v. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL) (Gen. Div.), at paras. 20-22; *Rauf v. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 65-66; *Porter v. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12 (Ont. Dist. Ct.), at pp. 26-27; *Moravcik v. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102 (Alta. C.A.), at p. 108; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225 (Man. C.A.), at p. 243. A task force of the Canadian Institute of Actuaries has recommended the use of a “deferred settlement method” along these lines. See Canadian Institute of Actuaries Task Force on the Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown, Draft Paper, *The Division of Pension*

Une autre méthode possible basée sur la retraite est celle qui est utilisée en Colombie-Britannique, à Terre-Neuve et dans certains États américains. On pourrait l’appeler la méthode de la retraite «d’application différée». Selon cette méthode, le calcul de la somme finalement due au conjoint non participant est différé jusqu’à la date réelle du départ à la retraite, lorsque les dernières années de service et les années les mieux rémunérées ont cristallisé. Voir *Rutherford c. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41 (C.S.C.-B.), aux pp. 60 et 61, et *Hierlihy*, précité, aux pp. 145 et 146. Des décisions rendues dans d’autres provinces, y compris certaines en Ontario, ont suivi cette méthode ou une méthode similaire. Voir *Gilmour c. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137 (C.A. Sask.), aux pp. 141 et 142; *Bourdeau c. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL) (Div. gén.), aux par. 20 à 22; *Rauf c. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 65 et 66; *Porter c. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12 (C. dist. Ont.), aux pp. 26 et 27; *Moravcik c. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102 (C.A. Alb.), à la p. 108; *George c. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225 (C.A. Man.), à la p. 243. Un groupe de travail de l’Institut canadien des actuaires a recommandé le recours à une «méthode de règlement différé» du même genre. Voir le Document préliminaire du

Benefits upon Marriage Breakdown (1998), at p. 9. Because this valuation method necessarily defers division of the pension until retirement, it is usually used in conjunction with an “if and when” payment scheme, which is discussed below in Section C.

For present purposes, it is enough that the parties to this appeal have agreed to use a termination method. The possibility of using a retirement method remains open, and in view of its comportment with reality, desirable. I note that some sources have suggested that a deferred retirement method might be at odds with the present wording of the *Family Law Act*. This conclusion seems to be based on the view that the equalization payment should be calculated without regard to any change in asset value after separation. See OLRC Report, *supra*, at p. 105, and *Marsham v. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609 (H.C.), at p. 614. In addition, a deferred retirement method effectively equalizes the pension separately from other assets, which might appear at odds with s. 4 of the *Family Law Act*, which provides that each spouse’s “net family property” is calculated by adding together the value of all the assets owned by the spouse. However, it may be that these statutory objections can be met and overcome. I leave them for another day.

For the foregoing reasons, I believe that the termination *pro rata* method produces a fairer valuation of defined benefit pensions for equalization purposes than the termination value-added method. The *pro rata* method is not without flaws, nor will it inevitably be preferable to the value-added method. Although cases may arise where other considerations will tilt the balance in favour of a different valuation method, the nature of defined

Groupe de travail sur la répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage de l’Institut canadien des actuaires intitulé *La répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage* (1998), à la p. 9. Comme le partage de la pension est forcément remis au moment de la retraite dans le cadre de cette méthode, celle-ci est généralement utilisée en conjonction avec un régime de paiement «conditionnel», question qui est examinée plus loin à la section C.

Pour les fins qui nous occupent, qu’il suffise de mentionner que les parties ont convenu d’utiliser la méthode de la cessation d’emploi. Il demeure toutefois possible et même souhaitable, vu la façon dont elle tient compte de la réalité, de recourir à la méthode de la retraite. Je note que certains ont prétendu que l’utilisation de la méthode de la retraite d’application différée pourrait être incompatible avec le texte actuel de la *Loi sur le droit de la famille*. Cette conclusion semble fondée sur la thèse que le paiement d’égalisation doit être calculé sans tenir compte de tout changement de la valeur du bien après la séparation. Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 105, et *Marsham c. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609 (H.C.), à la p. 614. En outre, la méthode de la retraite d’application différée égalise effectivement la pension séparément des autres biens, ce qui peut sembler incompatible avec l’art. 4 de la *Loi sur le droit de la famille*, qui dispose que la valeur des «biens familiaux nets» est calculée en faisant la somme de la valeur de tous les biens dont le conjoint est propriétaire. Cependant, peut-être est-il possible de surmonter ces obstacles législatifs. Ce sera pour une autre fois.

Pour les motifs qui précèdent, je crois que la méthode au prorata à la cessation d’emploi donne, aux fins du calcul d’égalisation, une évaluation plus équitable des pensions que celle produite par la méthode de la valeur ajoutée à la cessation d’emploi. La méthode au prorata n’est pas sans lacunes, et elle ne sera pas nécessairement préférable à la méthode de la valeur ajoutée. Quoiqu’il puisse y avoir des cas où d’autres facteurs feront pencher la balance en faveur d’une autre méthode d’évaluation, il ressort de la nature des pensions à

93

94

benefit pension indicates that, as a general rule, the *pro rata* method is preferable.

(5) Retirement Age Assumption

95 The final struggle in the valuation debate is the assumption used by the trial judge that, on the balance of probabilities, the appellant would likely have retired at age 57.4, looking at the matter from the separation date. As stated, retirement age is crucial to valuation because it determines both the length of the discounting period and also the length of time that the pension will last. Both factors materially affect a pension's present value on the date of separation.

96 The presence of an early retirement provision such as the "rule of 90" will almost always be relevant to the choice of a likely retirement age. Before 1996, some Ontario courts applied a presumption that, unless the evidence clearly indicated otherwise, the employee spouse would retire as soon as an unreduced pension was available. See, e.g., *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 457; *Leeson v. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52 (Ont. Dist. Ct.), at p. 59; *Forster v. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121 (Ont. H.C.), at p. 124; see also G. E. Burrows, "Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age" (1995-96), 13 C.F.L.Q. 25, at p. 43; J. G. McLeod, Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211. Although the Ontario Court of Appeal has rejected this presumption in favour of a decision based on all the evidence, the availability of early retirement without penalty continues to be an important factor, and a trial judge's finding of fact on the matter will not be disturbed lightly. See *Huisman v. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341 (Ont. C.A.), at p. 348; *Kennedy, supra*, at p. 460.

97 Determining when early retirement becomes available, if at all, has produced several different

prestations déterminées que, en règle générale, la méthode au prorata est préférable.

(5) Hypothèse relative à l'âge du départ à la retraite

Le dernier point litigieux dans le débat sur la question de l'évaluation est l'hypothèse qu'a utilisée le juge de première instance et selon laquelle, suivant la prépondérance des probabilités et la perspective à la date de la séparation, l'appelant aurait vraisemblablement pris sa retraite à l'âge de 57,4 ans. Comme je l'ai dit, l'âge du départ à la retraite est crucial pour l'évaluation parce qu'il détermine à la fois la durée de la période d'actualisation et la durée de la pension. Ces deux facteurs influencent sensiblement la valeur actualisée de la pension à la date de la séparation.

L'existence d'une clause de retraite anticipée comme la «règle des 90» sera presque toujours pertinente quant au choix de l'âge probable du départ à la retraite. Avant 1996, certains tribunaux ontariens appliquaient la présomption selon laquelle, sauf preuve claire à l'effet contraire, le conjoint participant prendrait sa retraite dès qu'il aurait droit à une pension non réduite. Voir, par exemple, *Weaver c. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 457; *Leeson c. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52 (C. dist. Ont.), à la p. 59; *Forster c. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121 (H.C. Ont.), à la p. 124; voir aussi G. E. Burrows, «Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age» (1995-96), 13 C.F.L.Q. 25, à la p. 43; J. G. McLeod, Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211. Bien que la Cour d'appel de l'Ontario ait rejeté cette présomption au profit d'une décision fondée sur l'ensemble de la preuve, la possibilité de prendre une retraite anticipée sans pénalité demeure un facteur important, et la conclusion de fait à laquelle parvient le juge de première instance sur cette question ne sera pas modifiée à la légère. Voir *Huisman c. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341 (C.A. Ont.), à la p. 348; *Kennedy*, précité, à la p. 460.

La détermination du moment auquel il devient possible de prendre une retraite anticipée, si cette

approaches in Ontario. The trial judge in this case assumed that the employee spouse terminated employment on the date of separation. That meant that the employee's years of service were frozen at that point, and the right to early retirement under the "rule of 90" could only be reached by virtue of the increase in the employee's age. Thus Rutherford J. concluded that, if the appellant here had truly stopped working on the date of separation, February 1988, he could only have collected an unreduced pension on September 9, 1992, at age 57.4.

Other decisions use a slightly different assumption, namely that the employee continued to work after the date of separation, such that eligibility for early retirement came more quickly as the employee aged and accumulated more years of service. See *Stevens v. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212 (Ont. U.F.C.), at pp. 214-15; *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211 (Ont. H.C.), at p. 215; *Deroo v. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86 (Ont. H.C.), at pp. 92-93; *Hilderley v. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383 (Ont. H.C.), at pp. 388-89; *Miller, supra*, at pp. 121-22. Some sources refer to this method as a "hybrid termination/retirement method". See J. G. McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448; see also Patterson, *Pension Division and Valuation, supra*, at p. 309; *Radcliff v. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL) (Gen. Div.), at para. 23. Under this method, the appellant would have been eligible to take early retirement on June 7, 1990, at age 55.14.

Finally, a minority of decisions have chosen a retirement date based on actual evidence of when the employee spouse intended to retire, but concluded that, because the employee spouse must be taken to have terminated employment on the date of separation, the employee spouse would retire prior to satisfying the early retirement provision and therefore take a reduced pension. See *Salib v. Cross* (1993), 15 O.R. (3d) 521 (Gen. Div.), at

faculté existe, a donné lieu à l'application de plusieurs approches en Ontario. Dans le cas qui nous occupe, le juge de première instance a présumé que le conjoint participant avait cessé de travailler à la date de la séparation. Cela voulait dire que l'employé avait cessé d'accumuler des années de service à ce moment-là et que le droit à la retraite anticipée selon la «règle des 90» ne pouvait être acquis que par l'augmentation de l'âge de l'employé. En conséquence, le juge Rutherford a conclu que, si l'appelant avait réellement cessé de travailler à la date de la séparation, c'est-à-dire en février 1988, ce n'est que le 9 septembre 1992, à l'âge de 57,4 ans, qu'il aurait eu droit à une pension non réduite.

Dans d'autres décisions, le tribunal a utilisé une hypothèse légèrement différente, présumant que l'employé avait continué de travailler après la date de la séparation, de telle sorte qu'il était devenu plus rapidement admissible à la retraite anticipée à mesure qu'il vieillissait et accumulait des années de service. Voir *Stevens c. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212 (C.U.F. Ont.), aux pp. 214 et 215; *Alger c. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211 (H.C. Ont.), à la p. 215; *Deroo c. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86 (H.C. Ont.), aux pp. 92 et 93; *Hilderley c. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383 (H.C. Ont.), aux pp. 388 et 389; *Miller, supra*, aux pp. 121 et 122. Certaines sources appellent cette méthode la «méthode mixte retraite/cessation d'emploi». Voir J. G. McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448; voir aussi Patterson, *Pension Division and Valuation, op. cit.*, à la p. 309; *Radcliff c. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL) (Div. gén.), au par. 23. Selon cette méthode, l'appelant aurait pu prendre une retraite anticipée le 7 juin 1990, à l'âge de 55,14 ans.

Enfin, dans quelques décisions, le tribunal a choisi une date de départ à la retraite fondée sur la preuve concrète du moment auquel le conjoint participant avait l'intention de le faire, mais a conclu que, comme il faut présumer que le conjoint participant a cessé de travailler à la date de la séparation, celui-ci prendrait sa retraite avant de satisfaire à la clause de retraite anticipée et recevrait donc une pension réduite. Voir *Salib c. Cross* (1993),

98

99

pp. 532-34; *Rickett v. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321 (H.C.), at p. 333. This has been referred to as a “strict termination” method. See McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver*, *supra*, at p. 448.

15 O.R. (3d) 521 (Div. gén.), aux pp. 532 à 534; *Rickett c. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321 (H.C.), à la p. 333. On a appelé cette méthode la méthode de la «cessation d’emploi stricte». Voir McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver*, *loc. cit.*, à la p. 448.

100 Although it is important to distinguish these different approaches, I need not determine whether one of these approaches is preferable in this case. The parties do not challenge the decision to consider the increase in age alone, nor do they challenge the conclusion that, using that method, the appellant’s earliest date for retirement with an unreduced pension was September 9, 1992.

Bien qu’il soit important de distinguer ces différentes approches, il n’est pas nécessaire que je décide si l’une d’elles est préférable dans le présent cas. Les parties ne contestent pas la décision de tenir compte de l’augmentation de l’âge seulement, ni la conclusion que, selon cette méthode, la date la plus hâtive à laquelle l’appelant pouvait prendre sa retraite sans pénalité était le 9 septembre 1992.

101 The availability of early retirement, however, was only one piece of evidence that the trial judge considered in choosing the appellant’s likely retirement date. The respondent had testified that the appellant was bored with his job and planned to retire as soon as he satisfied the rule of 90. At the time of separation, the terms of the pension plan provided a maximum pension benefit of 70 percent of the average of the best five annual salaries. The appellant was likely to reach that point in 1990. It was only in 1992, after the separation, that the pension plan was changed to allow accumulation of pension credits above 70 percent. On the other hand, the appellant had testified that he had never considered retirement except in a general sense, and that, in light of the new financial obligations that arose because of the breakup of the marriage, he could not afford to contemplate retirement. Based on this evidence, Rutherford J. chose a retirement date of September 9, 1992.

Toutefois, la possibilité de prendre une retraite anticipée n’est que l’un des divers éléments de preuve dont le juge de première instance a tenu compte en choisissant la date probable de départ à la retraite de l’appelant. L’intimée a déclaré dans son témoignage que l’appelant trouvait son travail ennuyeux et qu’il projetait de prendre sa retraite dès qu’il aurait satisfait à la règle des 90. Suivant les modalités du régime applicables au moment de la séparation, les retraités avaient droit à une prestation maximale égale à 70 p. 100 du traitement moyen des cinq années les mieux rémunérées. L’appelant allait vraisemblablement atteindre ce plafond en 1990. Ce n’est qu’en 1992, après la séparation, que le régime de retraite a été modifié de manière à permettre l’accumulation de droits à pension supérieurs à 70 p. 100. Pour sa part, l’appelant a témoigné qu’il n’avait jamais songé à prendre sa retraite, si ce n’est dans un sens général, et qu’en raison des nouvelles obligations financières créées par la rupture du mariage, il ne pouvait pas se permettre de songer à un départ à la retraite. Se fondant sur cette preuve, le juge Rutherford a choisi le 9 septembre 1992 comme date du départ à la retraite.

102 The appellant did not argue that this conclusion was unreasonable in light of the evidence available prior to separation. Instead, the appellant submitted that the trial judge should have considered evidence available after separation but before trial, in particular the fact that the appellant had continued

L’appelant n’a pas prétendu que cette conclusion était déraisonnable à la lumière de la preuve qui existait avant la séparation. Il a plutôt soutenu que le juge de première instance aurait dû tenir compte de la preuve qui existait après la séparation mais avant le procès, en particulier le fait que l’ap-

to work past September 1992. According to the appellant, it was unfair to take the facts as frozen as of the date of separation. The appellant further invited this Court to consider the fact that he actually retired at age 61, while the case was before the Ontario Court of Appeal.

I believe the logic of a termination method demands exclusion of “hindsight” evidence. The termination method seeks to determine the value of a pension on the date of separation, assuming the pension holder terminated employment on that date. As I noted above, the termination method does not incorporate increases in the pension’s value owing to events occurring after separation, such as post-separation years of service, plan improvements, and non-inflationary salary increases. This method has favoured the appellant in that it has excluded these important post-separation increases from his net family property. It would be unfair to the respondent to use hindsight in choosing a later retirement date but not in determining the number of years of service or the five best salaries. Just as the termination method prevents the respondent from benefiting from increases in the appellant’s pension after separation, it protects her from reductions in its value owing to a later actual retirement date than was in contemplation at separation.

I therefore agree with the Ontario Court of Appeal that, under a termination method, post-separation evidence should not be used in determining a likely retirement date unless the evidence reflects facts that were within the employee spouse’s contemplation at the time of separation. The result urged by the appellant would enable spouses with pensions to reduce the amount of their equalization payments and profit from the length of divorce proceedings by delaying their retirement until after the close of all proceedings.

pelant avait continué de travailler après le mois de septembre 1992. De dire l’appelant, il était injuste de s’en tenir aux faits tels qu’ils existaient à la date de la séparation. L’appelant a de plus invité notre Cour à prendre en considération le fait qu’il a pris sa retraite à l’âge de 61 ans, pendant le pourvoi devant la Cour d’appel de l’Ontario.

Je crois que la logique de la méthode de la cessation d’emploi exige l’exclusion d’une application rétrospective d’une preuve de faits postérieurs. La méthode de la cessation d’emploi vise à déterminer la valeur de la pension à la date de la séparation, en supposant que le conjoint participant a cessé de travailler à cette date. Comme je l’ai noté, la méthode de la cessation d’emploi ne tient pas compte des augmentations de la valeur de la pension dues à des événements survenant après la séparation, comme les années de service accumulées après la séparation, les améliorations apportées au régime de retraite et les hausses de salaire non dues à l’inflation. Cette méthode a favorisé l’appelant en ce qu’elle a exclu ces importantes augmentations postérieures à la séparation de ses biens familiaux nets. Il serait injuste envers l’intimée de faire appel à une vision par rétrospective pour choisir une date de retraite plus tardive, mais de ne pas le faire pour déterminer le nombre d’années de service ou le traitement des cinq années les mieux rémunérées. Tout comme elle empêche l’intimée de bénéficier des augmentations de valeur de la pension de l’appelant survenues après la séparation, la méthode de la cessation d’emploi la protège contre les baisses de valeur dues au fait que la date réelle de la retraite est plus tardive que celle qui était envisagée au moment de la séparation.

Par conséquent, je conviens avec la Cour d’appel de l’Ontario que, dans l’application de la méthode de la cessation d’emploi, la preuve postérieure à la séparation ne devrait pas être utilisée pour fixer la date probable de la retraite, à moins que cette preuve ne révèle des faits qu’envisageait le conjoint participant au moment de la séparation. Le résultat préconisé par l’appelant permettrait aux conjoints bénéficiaires d’une pension de réduire le montant de leurs paiements d’égalisation et de tirer avantage de la durée de

103

104

Although there is no evidence of strategic behaviour in this case, I do not support a rule that could encourage it.

l'action en divorce en ne prenant leur retraite qu'une fois toutes les procédures terminées. Quoique la preuve ne révèle pas en l'espèce le recours à une telle stratégie, je ne souscris pas à une règle susceptible d'encourager de tels agissements.

105 I reach this conclusion because it is the most equitable in this case, notably in light of the parties' choice of a termination method. In a case involving, for example, a "projected retirement" method, it might be preferable to use all evidence available in order to reduce the speculative quality of the projections as to post-retirement improvements. In such a situation it might be fair to use hindsight evidence in choosing the retirement age as well.

Je parviens à cette conclusion parce qu'elle est la plus équitable dans le cas qui nous occupe, en raison notamment du fait que les parties ont choisi la méthode de la cessation d'emploi. Toutefois, dans une affaire où, par exemple, la méthode la retraite «fondée sur des projections» serait utilisée, il pourrait être préférable d'utiliser tous les éléments de preuve existants pour réduire le caractère conjectural des projections relatives aux améliorations postérieures à la retraite. Dans un tel cas, il pourrait être équitable de faire appel à la vision rétrospective pour fixer aussi l'âge réel du départ à la retraite.

B. Settlement of the Equalization Obligation

B. Exécution de l'obligation d'égalisation

106 Having cleared the valuation hurdle, I am faced with a separate problem arising in the division of pensions: how the appellant is to settle his equalization obligation.

L'obstacle de l'évaluation étant franchi, je me trouve devant un autre problème que soulève le partage des pensions: la façon dont l'appelant doit s'acquitter de son obligation d'égalisation.

107 Once the pension and all other assets have been tallied to produce the appellant's "net family property", the appellant is required to pay the respondent an amount equal to one-half of the difference between his and her net family properties. Section 9 of the *Family Law Act* allows a court to choose among several methods for payment of the equalization amount, including an order of immediate payment, the granting of a security interest, an instalment scheme, postponement of payment, creation of a trust, and the transferral, partition or sale of property.

Une fois que la pension et tous les autres biens ont été inventoriés pour obtenir la valeur des «biens familiaux nets» de l'appelant, celui-ci doit verser à l'intimée un montant égal à la moitié de la différence entre la valeur de ses biens familiaux nets et la valeur de ceux de l'intimée. L'article 9 de la *Loi sur le droit de la famille* permet au tribunal de choisir parmi plusieurs mesures en vue du paiement de la somme payable au titre de l'égalisation; il peut notamment ordonner le paiement immédiat de la somme due, la constitution d'une sûreté, le paiement de la dette par versements échelonnés, le report du paiement, la création d'une fiducie ou encore le transfert, le partage ou la vente de biens.

108 The appellant submitted that, because much of his equalization burden is owing to his pension, he should be allowed to satisfy his obligation under an "if and when" payment scheme, meaning that he would pay the respondent a share of the pension

L'appelant a proposé que, comme sa pension constitue la majeure partie de son obligation d'égalisation, on devrait l'autoriser à s'acquitter de son obligation selon un régime de paiement «conditionnel», ce qui veut dire qu'il verserait à l'intimée

benefits “if and when” he received them. Ontario courts have enacted such arrangements by ordering the employee spouse to hold a fraction of the pension in trust for the non-employee spouse, pursuant to s. 9(1)(d)(i) of the *Family Law Act*. See *Hilderley, supra*, at p. 395, and *Marsham, supra*, at p. 624. Ontario’s pension legislation also allows a court to order the pension plan administrator to pay over a portion of the pension benefit directly to the non-employee spouse. See *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 51.

The trial judge rejected the appellant’s request but allowed him to settle his equalization obligation in instalments in the 10 years following the judgment. I believe this decision deserves deference. The choice of a method for settlement of the equalization obligation is highly contextual and fact-based. A payment method that is preferable in one case might be grossly unjust in another. Wilson J. noted this in *Clarke, supra*, at pp. 835-36:

Courts, generally speaking, employ two methods of dividing pensions. The first is to award lump sum compensation to the non-recipient spouse either by way of a money payment or a transfer of assets. The second is to preserve the jurisdiction of the court until the pension matures either by ordering periodic payments to be made to the non-recipient spouse or impressing the pension with a trust. When selecting the appropriate method of distribution it is important to bear in mind that the primary goal of the legislation is to effect the adjustment of property in an equitable manner. Of equal importance in some cases is the desire to sever the financial ties between the parties. These two goals may occasionally come into conflict. . . . The preferable result in any given case will obviously depend upon a number of factors and it is my view that appellate courts should not lightly interfere with the discretion of the trial judge in this regard.

une partie des prestations de retraite seulement lorsqu’il les recevrait, le cas échéant. Les tribunaux ontariens ont avalisé de tels arrangements en ordonnant au conjoint participant de détenir une fraction de la pension en fiducie en faveur du conjoint non participant conformément au sous-al. 9(1)d(i) de la *Loi sur le droit de la famille*. Voir *Hilderley*, précité, à la p. 395, et *Marsham*, précité, à la p. 624. La législation ontarienne sur les pensions permet également aux tribunaux d’ordonner à l’administrateur du régime de verser directement au conjoint non participant une partie de la prestation de retraite. Voir la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 51.

Le juge de première instance a rejeté la demande de l’appelant, mais lui a permis de s’acquitter de son obligation d’égalisation en versements échelonnés sur une période de 10 ans à compter du jugement. J’estime qu’il convient de faire montre de retenue envers cette décision. Le choix de la méthode d’exécution de l’obligation d’égalisation est en grande partie tributaire du contexte et des faits. Une méthode de paiement peut convenir dans un cas, mais constituer une injustice flagrante dans un autre. C’est ce que le juge Wilson fait remarquer dans l’arrêt *Clarke*, précité, aux pp. 835 et 836:

De façon générale, les tribunaux utilisent deux méthodes pour partager les pensions. La première consiste à accorder une indemnisation forfaitaire au conjoint qui n’est pas prestataire soit par le paiement d’une somme d’argent soit par le transfert de biens. La seconde consiste à conserver la compétence du tribunal jusqu’à l’échéance de la pension soit en ordonnant des versements périodiques au conjoint qui n’est pas prestataire soit en imposant une fiducie à la pension. Pour choisir la méthode de partage appropriée, il convient de se rappeler que le but principal de la loi est de répartir les biens d’une manière équitable. Dans certains cas il est également important de rompre les liens financiers entre les parties. À l’occasion, ces deux buts peuvent être en conflit. [. . .] Dans tous les cas, le résultat préférable dépendra évidemment d’un certain nombre de facteurs et je suis d’avis que les tribunaux d’appel ne doivent pas intervenir à la légère dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance à cet égard.

The appellant's argument that the Court should declare the "if and when" payment scheme to be the default rule for equalization payments where a pension is involved must therefore be considered in light of the trial judge's superior position in crafting a method of settlement.

L'argument de l'appelant selon lequel la Cour devrait déclarer que le régime de paiement «conditionnel» est la règle générale en matière de paiements d'égalisation dans les cas où une pension est en cause doit donc être examiné en tenant compte du fait que le juge de première instance était mieux placé pour concevoir le mode de règlement.

110 An "if and when" payment scheme has clear advantages when a major part of the difference in net family properties is owing to the capitalized value of a pension. The spouse who bears the equalization burden cannot use the pension asset to satisfy it; one cannot sell an interest in one's pension or borrow money against it. If ordered to make an immediate payment, the spouse must sell or transfer other property. If the employee spouse's equalization burden is high owing to a valuable pension, an order for immediate payment of a lump sum could conceivably expose the employee spouse to severe hardship. An "if and when" scheme alleviates this danger by drawing the equalization payment from the pension asset itself. See OLRC Report, *supra*, at p. 46.

Un régime de paiement «conditionnel» comporte des avantages manifestes lorsqu'une part importante de la différence entre la valeur des biens familiaux nets des parties est attribuable à la valeur capitalisée d'une pension. Le conjoint qui supporte le fardeau d'égalisation ne peut pas utiliser l'actif de retraite pour s'en acquitter; il ne peut vendre un intérêt dans sa pension ni emprunter en la donnant en garantie. Le conjoint visé par une ordonnance de paiement immédiat doit vendre ou transférer d'autres biens. Si le fardeau d'égalisation supporté par le conjoint participant est lourd en raison de la valeur de sa pension, il est possible qu'une ordonnance lui intimant de payer immédiatement une somme forfaitaire l'expose à un grave préjudice. Un régime de paiement «conditionnel» atténue ce risque, puisqu'il prévoit que le montant d'égalisation sera prélevé sur l'avoir de retraite lui-même. Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 46.

111 On the other hand, certain factors militate against the use of an "if and when" payment scheme. First and foremost, an "if and when" scheme also requires a continued financial association between the ex-spouses that obviates a "clean break" after the divorce. I note, however, that s. 9(1)(c) allows a court to delay an equalization payment for up to 10 years, suggesting that the Ontario legislature did not object to continued ties after divorce as long as they were only for a "limited" time. Thus an "if and when" scheme might be the appropriate option where retirement was clearly imminent. The Ontario Court of Appeal reached a similar conclusion in the homonymous

Par contre, certains facteurs militent contre le recours à un tel régime. D'abord et avant tout, un régime «conditionnel» oblige les ex-conjoints à maintenir leur association financière, faisant ainsi obstacle à une «nette rupture» après le divorce. Toutefois, je tiens à souligner que l'al. 9(1)c) permet au tribunal de différer un paiement d'égalisation pour une période pouvant aller jusqu'à 10 ans, ce qui tend à indiquer que la législature ontarienne n'est pas opposée aux maintien de liens après le divorce dans la mesure où c'est pour une période «limitée». Par conséquent, un régime «conditionnel» pourrait être une solution appropriée dans les cas où le départ à la retraite était clairement imminent. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu de la sorte dans un arrêt portant le même intitulé que le présent pourvoi mais sans lien avec

but unrelated case of *Best v. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383 (Ont. C.A.), at p. 388.

However, a second complicating factor in the application of an “if and when” payment scheme is the determination of the appropriate “share” of each pension benefit to be paid over to the non-employee spouse. One might presume simply to multiply the pension benefit by the same *pro rata* fraction used in the valuation exercise: one-half of the years of service during marriage divided by the years of service to separation. But the appellant also suggests a second option using a different fraction: one-half of the years of service during marriage divided by the years of service to retirement, which is naturally a smaller fraction. Ontario courts appear to have recognized both options but employed the second one more frequently. See *Bourdeau, supra*, at para. 22; *Rauf, supra*, at para. 7; *Hilderley, supra*, at p. 395; *Marsham, supra*, at p. 624. In this case, the appellant offered us both possibilities without arguing which was legally preferable. I make no comment on the issue but simply point out that it complicates application of an “if and when” settlement.

A third and more serious difficulty with the scheme proposed by the appellant concerns the actual amount that is eventually paid. The parties have spent great energy litigating the proper method of valuation for a defined benefit pension in order that the appellant’s “net family property” and equalization payment can be correctly determined as of the date of separation. But under an “if and when” scheme, it does not appear that payments end after the equalization amount has been paid, or that the non-employee spouse’s interest is protected in the event that the pension is less valuable than expected. Instead, there is a risk that a pension holder who lives long, or whose pension benefit proves more valuable than expected, might end up overpaying the non-employee spouse. Similarly, if the employee spouse dies before the full

celui-ci: *Best c. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383 (C.A. Ont.), à la p. 388.

Cependant, la détermination de la «part» appropriée de chaque prestation de retraite à verser au conjoint non participant est un deuxième facteur qui complique la mise en application d’un régime «conditionnel». On pourrait supposer qu’il suffit de multiplier la prestation de retraite par la fraction au prorata utilisée dans l’évaluation: la moitié du quotient des années de service accumulées pendant la période du mariage et des années de service accumulées à la date de la séparation. L’appellant propose toutefois une deuxième solution, utilisant une autre fraction: la moitié du quotient des années de service accumulées pendant la période du mariage et des années de service accumulées au moment du départ à la retraite, ce qui donne naturellement une fraction moins élevée. Les tribunaux ontariens semblent avoir admis ces deux solutions, mais avoir utilisé la seconde plus fréquemment. Voir *Bourdeau*, précité, au par. 22; *Rauf*, précité, au par. 7; *Hilderley*, précité, à la p. 395; *Marsham*, précité, à la p. 624. En l’espèce, l’appellant nous a présenté les deux possibilités sans plaider que l’une était préférable à l’autre du point de vue juridique. Je ne commenterai pas cette question si ce n’est pour souligner que cette situation complique l’application d’un mode de règlement «conditionnel».

Une troisième difficulté, plus sérieuse celle-là, que soulève le régime proposé par l’appellant est la somme qui est finalement versée. Les parties ont débattu avec beaucoup d’énergie la question de la méthode appropriée pour évaluer une pension à prestations déterminées afin que la valeur des «biens familiaux nets» de l’appellant et le paiement d’égalisation puissent être calculés avec exactitude à la date de la séparation. Dans un régime «conditionnel», toutefois, il semble que les versements ne cessent pas après que le montant d’égalisation a été payé, ou que l’intérêt du conjoint non participant soit protégé si la valeur de la pension est moins élevée que prévu. Au contraire, il y a un risque que le conjoint participant qui vit longtemps ou dont la prestation de retraite se révèle plus importante que prévu finisse par trop payer au conjoint non parti-

112

113

equalization amount has been paid, underpayment will result. These risks prompted the following comments by the OLRC:

The practice of using “if and when” arrangements to satisfy equalization payments has been less than satisfactory. The realization of the pension benefit occurs over the post-retirement life of the member, and the amount of the benefit paid depends on the life span of the member. As a result, an interest in the pension benefit to which a non-member spouse is entitled may never be realized if the member spouse dies prior to or soon after retirement. On the other hand, where the life span of the member spouse exceeds expectations, or the value of the pension benefit increases after separation, an overpayment to the non-member spouse may result.

See OLRC Report, *supra*, at p. 37.

114 As an example, assume that the equalization amount on the separation date was \$100,000 and that the court ordered that the appellant satisfy it by paying one-half of the pension benefit “if and when” it was received, but that the debt would grow at an interest rate of 5 percent to reflect the respondent’s immediate entitlement to the money. If the appellant retired seven years after the separation date, his equalization debt would have grown to \$140,710. Assume he began receiving \$30,000 per year in pension benefits and paid over \$15,000 to the respondent each year. Under this scheme, the appellant would have discharged the debt and interest thereon after approximately 11 years. However, the “if and when” scheme proposed here would require the appellant to continue to make payments after that point. See J. G. McLeod, Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182, at pp. 188-89. In addition, if the appellant had died before that point, the respondent would have no claim against the appellant’s estate for the outstanding portion of the debt.

115 These conclusions suggest that, if the Court were to employ the “if and when” payment scheme advocated by the appellant, there would have been

cipant. De même, si le conjoint participant décède avant que le montant d’égalisation ait été versé intégralement, il y aura un paiement insuffisant. Ces risques ont incité la CRDO à faire les commentaires suivants:

[TRADUCTION] La pratique qui consiste à recourir aux arrangements «conditionnels» pour l’exécution des paiements d’égalisation s’est révélée insatisfaisante. La réception de la prestation de retraite survient tout au long de la période qui suit le départ à la retraite du participant, et le montant de l’avantage versé au membre est fonction de la durée de sa vie. En conséquence, il se peut que l’intérêt du conjoint non participant dans la prestation de retraite ne se concrétise jamais si le conjoint participant décède avant son départ à la retraite ou peu de temps après. En revanche, lorsque le conjoint participant vit plus longtemps que prévu, ou que la valeur de la prestation de retraite augmente après la séparation, il peut en découler un paiement excédentaire en faveur du conjoint non participant.

Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 37.

À titre d’exemple, supposons que le montant d’égalisation à la date de la séparation s’élevait à 100 000 \$ et que le tribunal ait ordonné à l’appellant de s’acquitter de son obligation en payant la moitié de la prestation de retraite sur réception, mais que la créance de l’intimée serait majorée d’un taux d’intérêt de 5 p. 100 pour tenir compte du fait qu’elle avait droit à cette somme immédiatement. Si l’appellant avait pris sa retraite sept ans après la date de la séparation, sa dette au titre de l’égalisation serait passée à 140 710 \$. Supposons qu’il ait commencé à recevoir 30 000 \$ par année en prestations de retraite et qu’il ait versé 15 000 \$ annuellement à l’intimée. Selon ce scénario, l’appellant aurait payé sa dette et l’intérêt s’y rapportant au bout d’environ 11 ans. Toutefois, le régime «conditionnel» proposé en l’espèce obligerait l’appellant à continuer d’effectuer des paiements après ce moment. Voir J. G. McLeod, Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182, aux pp. 188 et 189. De plus, si l’appellant décédait plus tôt, l’intimée ne pourrait pas réclamer à la succession le solde de sa créance.

Ces conclusions tendent à indiquer que, si la Cour utilisait le régime «conditionnel» préconisé par l’appellant, il ne servirait à rien de calculer la

no point in calculating the pension's capitalized value in the first place. The total amount paid under an "if and when" payment scheme seems to have no relation at all to the equalization payment calculated using the pension's capitalized value. It appears to me that the appellant's method not only defers the payment of the equalization amount, but also makes it impossible to calculate the total equalization amount that will be paid. Instead of being the vehicle for the payment of a fixed amount of money, the "if and when" method splits an indefinite stream of income.

I agree with the appellant that this is a reasonable and perhaps superior method of dividing pensions and that it deserves consideration when long overdue and much-needed legislative attention is turned to this area. However, it would seem to be inconsistent with the appellant's principal position in this case, namely that the equalization amount should be calculated by valuing the pension using the termination pro rata method. An "if and when" arrangement as advocated by the appellant makes the equalization amount contingent upon the actual amount of pension benefits that the employee spouse receives, essentially applying a "deferred" retirement method of valuation. The OLRC Report supports this conclusion when it notes that "if and when" arrangements "effectively take a retirement approach to pension division." See OLRC Report, *supra*, at p. 105. I find it somewhat inconsistent that the appellant espouses one valuation method for purposes of calculating his equalization obligation, but then requests that his actual payment be structured in a way suggesting that the pension's value is totally different.

Finally, the "if and when" method advanced by the appellant, in so far as it would employ a "deferred" retirement method of valuation raises the same potential conflict with the wording of the *Family Law Act* that was discussed at para. 93.

valeur capitalisée de la pension au départ. La somme totale payée dans le cadre d'un tel régime semble n'avoir absolument aucun rapport avec le paiement d'égalisation calculé en utilisant la valeur capitalisée de la pension. Il me semble que la méthode avancée par l'appelant a pour effet non seulement de retarder le paiement du montant d'égalisation, mais aussi de rendre impossible le calcul de la somme totale qui sera payée au titre de l'égalisation. Au lieu de constituer le moyen de payer une somme d'argent fixe, la méthode «conditionnelle» fractionne un flux de revenu indéfini.

Je conviens avec l'appelant qu'il s'agit d'une méthode raisonnable, voire supérieure, de partage des pensions, et qui vaudra d'être prise en considération lorsque le législateur accordera à cette question toute l'attention, combien nécessaire, qu'on aurait depuis longtemps dû lui consacrer. Toutefois, cette méthode semble être incompatible avec l'argument principal de l'appelant dans le présent cas, savoir que le montant d'égalisation devrait être calculé en évaluant la pension au moyen de la méthode au prorata à la cessation d'emploi. Un arrangement «conditionnel» du genre de celui préconisé par l'appelant rend le montant d'égalisation tributaire du montant réel des prestations de retraite que reçoit le conjoint participant, appliquant essentiellement une méthode d'évaluation «différée» à la retraite. Dans son rapport, la CRDO appuie cette conclusion lorsqu'elle souligne que les arrangements «conditionnels» [TRADUCTION] «appliquent effectivement au partage des pensions une méthode d'évaluation à la retraite». Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 105. Je trouve qu'il est un peu incohérent de la part de l'appelant d'adopter une méthode d'évaluation donnée aux fins du calcul de son obligation d'égalisation, mais de demander ensuite que le paiement proprement dit soit structuré d'une manière tendant à indiquer que la valeur de la pension est complètement différente.

Finalement, dans la mesure où elle reposerait sur une méthode d'évaluation «différée» à la retraite, la méthode «conditionnelle» proposée par l'appelant soulève le problème d'incompatibilité avec le texte de la *Loi sur le droit de la famille* qui a été

116

117

While it might be possible to craft an “if and when” payment scheme that would clearly fit within the confines of the Ontario statute, it is unnecessary to decide this issue, because the instalment scheme ordered by the trial judge serves the principal purpose of saving the appellant from the hardship of making a large lump-sum payment before he begins to receive the pension. Furthermore, the recalculation of the equalization obligation using the termination *pro rata* method will reduce the appellant’s payment burden. In light of the difficulties that seem to attend the crafting and administration of a fair “if and when” order in Ontario, I do not believe that Rutherford J. exceeded his discretion in choosing an instalment scheme for settlement of the appellant’s equalization payment.

C. Spousal Support

118 The appellant also asked us to alter the trial judge’s order requiring him to pay the respondent \$2500 in monthly spousal support. The appellant submitted that the trial judge included the future pension benefits as “income” in determining the appellant’s ability to pay support. The appellant argued that this was error because much of the pension had been already subject to equalization as an “asset,” and that considering it as “income” for purposes of support would result in the respondent’s “double dipping” into the appellant’s pension.

119 Cases and commentators appear to be divided on the issue whether a pension, once equalized as property, can also be treated as income from which the pension-holding spouse may make support payments. Several authorities appear to be on the side of at least taking a pension’s equalization into account when fixing the amount of support, if not excluding the equalized portion from consideration altogether. See, e.g., T. J. Walker, “Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and

examiné au par. 93. Peut-être serait-il possible d’élaborer un régime de paiement «conditionnel» qui respecterait clairement les limites de la loi ontarienne, mais il n’est pas nécessaire de trancher cette question, puisque le régime de versements échelonnés ordonné par le juge de première instance permet d’atteindre l’objectif principal qui est d’éviter à l’appellant le préjudice que lui causerait le fait d’être tenu de verser une somme forfaitaire élevée avant même d’avoir commencé à toucher sa pension. En outre, le nouveau calcul de l’obligation d’égalisation au moyen de la méthode au prorata à la cessation d’emploi réduira le montant à payer par l’appellant. Compte tenu des difficultés que semblent présenter l’élaboration et l’application d’une ordonnance «conditionnelle» équitable en Ontario, je ne crois pas que le juge Rutherford a outrepassé son pouvoir discrétionnaire en choisissant un régime de versements échelonnés comme méthode d’exécution de l’obligation d’égalisation de l’appellant.

C. Pension alimentaire au profit du conjoint

L’appellant nous demande également de modifier l’ordonnance du juge de première instance lui intimant de verser à l’intimée une pension alimentaire mensuelle de 2 500 \$. Il affirme que le juge de première instance a considéré les prestations de retraite à venir comme un «revenu» afin de déterminer sa capacité de verser une pension alimentaire. L’appellant prétend qu’il s’agit d’une erreur, car la majeure partie de la pension avait déjà fait l’objet du calcul d’égalisation en tant que «bien», et que le fait de considérer la pension comme un «revenu» pour la détermination de la pension alimentaire entraînerait une «double ponction» par l’intimée dans la pension de l’appellant.

Tant les tribunaux que les commentateurs semblent divisés sur la question de savoir si une pension qui a servi comme bien aux fins du calcul d’égalisation peut également être considérée comme un revenu aux fins du paiement de la pension alimentaire par le conjoint participant. Plusieurs sources semblent être d’avis que, aux fins de détermination du montant de la pension, il faut à tout le moins tenir compte du fait que la pension a servi à l’égalisation, voire exclure totale-

Income?» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315, at p. 323; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 266; *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (Ont. H.C.), at p. 420; *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (Ont. H.C.), at p. 455. Other cases have expressed no concern with treating a pension as both property to be equalized and income from which to demand support. These cases generally state that the pension-holding spouse may always petition the court to vary the support order if support payments become too onerous after retirement. See, e.g., *Nantais v. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453 (Gen. Div.), at pp. 458-59; *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 94-95; *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (Ont. U.F.C.), at p. 34.

Although double-dipping is a serious problem when spousal support orders are based in part on an equalized pension, I do not believe these concerns arise here. Rutherford J.'s reasons in granting spousal support do not suggest that he considered the pension as a source of income for the appellant. He discussed only the appellant's professional employment at the time, contrasting it with the respondent's lower chances of finding work. It appears that Rutherford J. concluded that the appellant had sufficient assets, even excluding the portion of the pension attributable to the marriage, to continue paying support as long as he continued to draw a salary. The appellant does not argue that this conclusion was unreasonable.

It is important to note that the trial judge was correct in taking into account the appellant's continued employment when fixing the quantum of spousal support. As a general rule, the trial judge is entitled to consider any evidence available up to the time of trial. The parties' choice of a termina-

ment la partie incluse dans le paiement d'égalisation. Voir, par exemple, T. J. Walker, «Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and Income?» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315, à la p. 323; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 266; *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (H.C. Ont.), à la p. 420; *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (H.C. Ont.), à la p. 455. Dans certaines décisions, les tribunaux n'ont vu aucun problème à traiter une pension à la fois comme un bien devant faire l'objet de l'égalisation et comme un revenu visé par la demande de pension alimentaire. Ces décisions indiquent généralement que le conjoint participant peut toujours demander au tribunal de modifier l'ordonnance alimentaire si les paiements faits à ce titre deviennent trop onéreux après la retraite. Voir, par exemple, *Nantais c. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453 (Div. gén.), aux pp. 458 et 459; *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 94 et 95; *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (C.U.F. Ont.), à la p. 34.

Quoique l'effet de double ponction soit un problème sérieux lorsque l'ordonnance alimentaire est fondée en partie sur une pension ayant fait l'objet du calcul d'égalisation, je ne crois pas que ce problème se soulève en l'espèce. Il ne ressort pas des motifs exposés par le juge Rutherford au soutien de la pension alimentaire qu'il a considéré la pension comme une source de revenu pour l'appelant. Il a uniquement parlé de la situation professionnelle de l'appelant à ce moment-là, par opposition aux faibles chances de l'intimée de trouver du travail. Il semble que le juge Rutherford a conclu que l'appelant disposait de biens suffisants, même en excluant la partie de la pension attribuable à la période du mariage, pour être en mesure de payer une pension tant qu'il continuerait de recevoir un salaire. L'appelant ne prétend pas que cette conclusion était déraisonnable.

Il importe de souligner que le juge du procès a eu raison de tenir compte du fait que l'appelant travaillait toujours lorsqu'il a fixé le montant de la pension alimentaire. En règle générale, le juge du procès peut prendre en considération tout élément de preuve qui était connu au moment du procès.

120

121

tion method of pension valuation in this case constituted a narrow exception to this rule — events occurring after separation and before trial became irrelevant to the valuation of the pension, except as they showed facts in the parties' contemplation on the separation date. Thus there was no error in valuing the pension as though the appellant terminated employment in 1988, even though in determining spousal support the trial judge recognized that the appellant was still employed in 1993.

Dans le présent cas, le choix par les parties de la méthode d'évaluation de la pension à la cessation d'emploi a constitué une exception limitée à cette règle — les événements survenus après la séparation mais avant le procès sont devenus non pertinents pour l'évaluation de la pension, sauf dans la mesure où ils révélaient ce que les parties envisageaient à la date de la séparation. Par conséquent, le fait d'évaluer la pension en considérant que l'appelant avait cessé de travailler en 1988 n'a pas constitué une erreur, même si, dans la fixation de la pension alimentaire, le juge du procès a reconnu que l'appelant travaillait toujours en 1993.

122 Given that the order made the amount of spousal support contingent on the appellant's salary as a school principal, it would appear that in view of his retirement the order might now be varied on the basis of a change in circumstances, if, in fact, circumstances have changed. The vehicle for these determinations is an application to vary support obligations.

Compte tenu du fait que, suivant l'ordonnance, le montant de la pension alimentaire était tributaire du salaire que touchait l'appelant comme directeur d'école, il semble que, vu son départ à la retraite, l'ordonnance pourrait être modifiée sur la base d'un changement de circonstances, si, dans les faits, les circonstances ont changé. Le moyen de faire trancher ces questions est de présenter une demande de modification des obligations alimentaires.

D. Costs

D. Dépens

123 Rutherford J.'s separate endorsement regarding costs awarded the respondent \$45,000, largely because the respondent was successful in pleading that the value-added method was the preferable pension valuation method under the *Family Law Act*. That position has not prevailed on the appeal before this Court. However, in light of the fact that the dispute was legitimate and complex, I do not believe either party should recover costs from the other. The parties will therefore bear their own costs in all courts.

Dans la décision distincte qu'il a rendue sur les dépens, le juge Rutherford a adjugé la somme de 45 000 \$ à l'intimée, principalement parce qu'elle a plaidé avec succès que la méthode de la valeur ajoutée était la méthode préférable pour évaluer la pension en application de la *Loi sur le droit de la famille*. Cette thèse n'a pas été retenue par notre Cour. Toutefois, comme il s'agissait d'un litige légitime et complexe, je n'estime pas que l'une ou l'autre des parties devrait être condamnée aux dépens. Par conséquent, les parties supporteront leurs propres dépens dans toutes les cours.

VI. Conclusion and Disposition

VI. Conclusion et dispositif

124 As noted at the beginning of these lengthy reasons, the Ontario legislature's silence on the issue of pension valuation has forced the unenviable task of choosing a pension valuation method into the hands of the parties themselves. A pension is often the most substantial asset owned by a married couple, and — as here, unfortunately — the signif-

Ainsi que je l'ai mentionné au début de ces longs motifs, le silence du législateur ontarien sur la question de l'évaluation des pensions a mis les parties elles-mêmes dans la situation peu enviable d'avoir à choisir la méthode d'évaluation des pensions. La pension est souvent le bien le plus important que possède un couple marié, et — comme

icant disparity in valuations under different methods make agreement impossible. It is therefore necessary for courts to choose a valuation technique appropriate to each case as it comes before them. In accordance with the aims of the *Family Law Act*, I have chosen the *pro rata* method as the most equitable for valuing defined benefit pensions.

It is the parties who suffer from the lack of legislative guidance. The known costs of this litigation are disproportionate to the amount in dispute. Duelling actuaries are an unfortunate consequence and a serious expense in divorce cases involving defined benefit pensions. This regrettable situation will continue until legislation is enacted to provide guidance on the valuation of defined benefit pensions in equalization calculations. The necessity of such assistance has been raised in the past by family law practitioners, the actuarial profession, the courts, and the academy, in the hope of resolving this complicated and expensive issue.

The case is remanded to the trial court for the limited purpose of recalculating the equalization payment in accordance with the termination *pro rata* method, using an assumed retirement date of September 9, 1992. The other aspects of the equalization calculation that have not been appealed shall be applied in the same way they were applied in the trial court. In order to reduce the further costs of litigation, it would serve the parties' interest to reach an agreement on the amount of the equalization obligation. If agreement is impossible, the trial court may appoint a special master to value the pension in accordance with these reasons. The parties shall bear their own costs in all courts.

The appeal is allowed on the issues of the valuation method and costs. In all other respects, the appeal is dismissed.

c'est malheureusement le cas en l'espèce — l'écart considérable entre les évaluations produites par les différentes méthodes rend un accord impossible. Il est donc nécessaire que, dans chaque cas, le tribunal choisisse la technique d'évaluation adaptée à l'affaire dont il est saisi. Conformément aux objectifs de la *Loi sur le droit de la famille*, je conclus que la méthode au prorata est la méthode la plus équitable pour évaluer les pensions à prestations déterminées.

Ce sont les parties qui souffrent de ce manque d'encadrement législatif. Les coûts connus de ce litige sont disproportionnés par rapport à la somme en litige. Un duel d'actuaire est une conséquence malheureuse ainsi qu'une dépense considérable dans les actions en divorce où une pension à prestations déterminées est en jeu. Cette situation regrettable persistera tant que des dispositions législatives n'auront pas été édictées afin d'encadrer l'évaluation des pensions à prestations déterminées aux fins des calculs d'égalisation. Tant des avocats spécialisés en droit de la famille que la profession actuarielle, les tribunaux et des universitaires ont souligné, dans le passé, la nécessité de cette aide, dans l'espoir que ce problème complexe et coûteux puisse être résolu.

L'affaire est renvoyée au tribunal de première instance à seule fin de calculer à nouveau le montant d'égalisation en conformité avec la méthode au prorata à la cessation d'emploi en utilisant le 9 septembre 1992 comme date de retraite présumée. Les autres aspects du calcul d'égalisation qui n'ont pas été portés en appel s'appliquent comme ils l'ont été en première instance. Afin de réduire les coûts supplémentaires du litige, il serait dans l'intérêt des parties de s'entendre sur le montant de l'obligation d'égalisation. Si cela s'avère impossible, le tribunal de première instance pourra nommer un protonotaire spécial chargé d'évaluer la pension conformément aux présents motifs. Les parties supporteront leurs propres dépens dans toutes les cours.

Le pourvoi est accueilli sur la question de la méthode d'évaluation et sur celle des dépens. Il est rejeté par ailleurs.

125

126

127

- 128 The issues posed in this case are answered as follows:
1. Did the Court of Appeal and the trial judge err in concluding that the *Family Law Act* requires the use of the value-added method to value a defined benefit pension for purposes of the equalization calculation?
- Yes.
2. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's finding that the appellant was likely to retire on September 9, 1992?
- No.
3. Should the Court of Appeal have allowed the appellant to settle his equalization obligation on an "if and when" basis?
- No.
4. Should the Court of Appeal have ordered that the appellant's spousal support obligation terminated at his retirement?
- No.
5. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's decision regarding costs?
- Yes.
- The following are the reasons delivered by
- 129 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — The main issue in this appeal relates to the division, at the date of separation of the parties, of one of the family assets, the appellant's pension. This involves the interpretation of valuing pensions according to s. 4 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 (hereinafter the "Act").
- 130 The narrow point of dispute between the parties essentially concerns the use of two methods of calculating such a pension, i.e., the value-added or the *pro rata* method. I agree with my colleague
- Voici les réponses aux questions soulevées dans le présent pourvoi:
1. La Cour d'appel et le juge de première instance ont-ils commis une erreur en concluant que la *Loi sur le droit de la famille* exige le recours à la méthode de la valeur ajoutée pour évaluer une pension à prestations déterminées aux fins du calcul d'égalisation?
- Oui.
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la conclusion du juge de première instance que l'appellant prendrait probablement sa retraite le 9 septembre 1992?
- Non.
3. La Cour d'appel aurait-elle dû permettre à l'appellant de s'acquitter de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle»?
- Non.
4. La Cour d'appel aurait-elle dû ordonner que l'obligation alimentaire de l'appellant en faveur de son ex-épouse prenne fin à la date de son départ à la retraite?
- Non.
5. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge de première instance concernant les dépens?
- Oui.
- Version française des motifs rendus par
- LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — La principale question en litige dans le présent pourvoi concerne le partage, à la date de la séparation des parties, de l'un des biens du patrimoine familial, la pension de retraite de l'appellant. Afin de trancher cette question, il est nécessaire d'interpréter les dispositions relatives à l'évaluation des pensions prévues à l'art. 4 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 (ci-après la «Loi»).
- Le nœud du litige entre les parties a trait essentiellement au fait que deux méthodes sont utilisées pour calculer de telles pensions: la méthode de la valeur ajoutée et la méthode au prorata. À l'instar

(at para. 48) that while both methods of valuation may be accepted in the actuarial profession, the choice of which method ought to be used for family law purposes remains a legal matter, and therefore, a matter of compliance with the applicable legislation.

I also subscribe entirely to conclusions 2, 3 and 4 that my colleague reaches on subsidiary and connex issues. I disagree with conclusions 1 and 5 which I would answer in the negative. Conclusion 1 relates to the appropriate method of calculating the pension asset at the time of separation. My colleague finds that the *pro rata* method is the more appropriate method of calculation for defined benefit pensions. He reaches this result for essentially the following reasons:

1. Section 4(1) of the Act allows for both methods of calculation.
2. The silence of the Act on a specific method of evaluation requires the courts to value the pension according to the method that values the pension most equitably.
3. The nature of a defined benefit pension suggests that a different method than that which is commonly used for other assets should be used.
4. Thus the *pro rata* method values the pension most equitably.

I disagree with each of these arguments and, in so doing, I adopt the reasons of the trial judge, Rutherford J. (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, and the unanimous Court of Appeal (1997), 35 O.R. (3d) 577 (Finlayson, Doherty, and Charron JJ.A.). Both courts adopted the value-added method as the proper one in the evaluation of pensions in

de mon collègue (au par. 48), je suis d'accord que, même si ces deux méthodes d'évaluation sont acceptées par la profession actuarielle, le choix de celle qui devrait être employée en droit de la famille est une question de droit et, par conséquent, une question de conformité avec la législation applicable.

Je souscris, en outre, entièrement aux conclusions 2, 3 et 4 auxquelles en arrive mon collègue relativement aux questions subsidiaires et connexes. Je ne suis, toutefois, pas d'accord avec les conclusions 1 et 5, auxquelles je répondrais plutôt par la négative. La conclusion 1 a trait à la méthode qui doit être utilisée pour calculer la pension de retraite au moment de la séparation. Mon collègue estime que la méthode au prorata est celle qui convient le mieux au calcul des pensions de retraite à prestations déterminées. Il arrive à ce résultat essentiellement pour les motifs suivants:

1. Le paragraphe 4(1) de la Loi permet le recours aux deux méthodes de calcul.
2. Le fait que la Loi ne prescrive pas expressément une méthode donnée oblige les tribunaux à déterminer la valeur de la pension au moyen de la méthode qui donne le résultat le plus équitable.
3. En raison de la nature des pensions à prestations déterminées, une méthode d'évaluation différente de celle qui est couramment utilisée pour d'autres biens devrait être utilisée pour ces pensions.
4. Par conséquent, la méthode au prorata est celle qui permet de déterminer le plus équitablement la valeur de la pension.

Je ne souscris à aucun de ces arguments et, ce faisant, j'adopte les motifs du juge de première instance, le juge Rutherford (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, ainsi que les motifs unanimes de la Cour d'appel (1997), 35 O.R. (3d) 577 (les juges Finlayson, Doherty et Charron). Ces tribunaux ont considéré que la méthode de la valeur ajoutée était celle qu'il convenait d'utiliser pour évaluer les pensions de retraite conformément à la Loi. Leurs

131

132

accordance with the Act. Their conclusions rest essentially on the following propositions:

1. The value-added method is entirely more consistent with the Act.
2. The use of a different approach cannot be justified on the basis that it is an asset of a different nature in the face of the Act.
3. The value-added approach produces a fairer value of the pension accruals during marriage.

I will briefly comment on each of these propositions.

I. Section 4 of the Act: The Division of Pensions

133

My colleague has made a thorough analysis of each method of calculating the pension. Although I subscribe to most of his analysis, I do not wholly accept his characterization of the value-added method. I prefer the summary of the two methods that is succinctly set out in the reasons of Charron J.A. writing for the Ontario Court of Appeal at p. 587:

Under the value-added approach, the value of the pension is determined at the date of marriage and again at the date of separation. The value accrued during the marriage is then determined by deducting the first value from the second. The value which is used in the determination of the net family property is therefore that portion of the value which was “added” during the time of marriage; hence the expression “value added”.

Under the *pro rata* approach the accrued pension to the date of separation is also calculated. The value attributable to the years of marriage is then determined by pro-rating this pension value on the ratio of either: (a) the benefits accrued during the marriage to the total accrued benefits (*pro rata* on benefits), or (b) the years worked during the marriage to the total years worked by the pension holder (*pro rata* on service).

conclusions reposent essentiellement sur les propositions suivantes:

1. La méthode de la valeur ajoutée est nettement plus compatible avec la Loi.
2. On ne saurait justifier le recours à une méthode différente sur le fondement qu’une pension est un bien d’une nature différente au regard de la Loi.
3. La méthode de la valeur ajoutée donne une évaluation plus équitable de l’augmentation de la valeur de la pension durant le mariage.

Je commenterai brièvement chacune de ces propositions.

I. L’article 4 de la Loi: le partage des pensions

Mon collègue a fait une analyse approfondie de chacune des méthodes de calcul de la pension de retraite. Bien que je souscrive à la majeure partie de son analyse, je ne suis pas entièrement d’accord avec sa caractérisation de la méthode de la valeur ajoutée. Je préfère le résumé succinct des deux méthodes qu’en fait le juge Charron, qui a rédigé le jugement de la Cour d’appel de l’Ontario, à la p. 587:

[TRADUCTION] Selon la méthode de la valeur ajoutée, la valeur de la pension de retraite est déterminée d’abord à la date du mariage, puis à la date de la séparation. On calcule ensuite l’augmentation de la valeur de la pension durant le mariage en retranchant la valeur à la date du mariage de la valeur à la date de la séparation. Le chiffre qui est utilisé pour déterminer la valeur des biens familiaux nets est donc la partie de la valeur qui s’est «ajoutée» pendant la durée du mariage, d’où l’expression «valeur ajoutée».

Selon la méthode au prorata, on calcule également l’augmentation de la valeur de la pension de retraite à la date de la séparation. La valeur attribuable aux années de mariage est ensuite déterminée en calculant au prorata la valeur de la pension suivant la ratio que représentent: a) soit les prestations accumulées pendant le mariage par rapport au chiffre total des prestations accumulées (prorata des prestations); b) soit les années travaillées pendant le mariage par rapport au total des années travaillées par le titulaire de la pension (prorata du service).

The Act stipulates in s. 4(1) that “net family property” is defined, for the purposes of s. 5, as the value to be calculated by deducting the value of all property on the date of marriage from the value of all property on the date of separation as follows:

4. — (1) In this Part,

. . .

“net family property” means the value of all the property, except property described in subsection (2), that a spouse owns on the valuation date, after deducting,

- (a) the spouse’s debts and other liabilities, and
- (b) the value of property, other than a matrimonial home, that the spouse owned on the date of marriage, after deducting the spouse’s debts and other liabilities, calculated as of the date of the marriage. . . [Emphasis added.]

To my mind, the value-added method is the only one which captures the letter and the spirit of this language. In this sense, the Act is not silent as my colleague asserts. It clearly sets out the method of calculation, although it does not specifically mention the value-added method. I agree with the trial judge when he concludes, at p. 140, “I do not see the prorated method as consistent with the equalization of the value of property contemplated by s. 5 of the *Family Law Act*”. With respect, I cannot accept the premise put forward by my colleague that both methods satisfy the criteria set out in the Act. Moreover, even if I were to accept such a premise, I maintain that the courts must go further to determine the method which best accords with the Act, as noted by the Ontario Court of Appeal at p. 590:

In light of the provisions of the Act, it is my view that the trial judge in this case was correct in his analysis and conclusion. The value-added approach is entirely more consistent with the formula set out in the Act for the calculation of net family property and with the methodology used with respect to other assets. [Emphasis added.]

Au paragraphe 4(1), la Loi dispose que, pour l’application de l’art. 5, l’expression «biens familiaux nets» est la valeur obtenue en déduisant celle de tous les biens à la date du mariage de celle de tous les biens à la date de la séparation:

4 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

. . .

«biens familiaux nets» Valeur de tous les biens, à l’exception des biens décrits au paragraphe (2), dont le conjoint est le propriétaire à la date d’évaluation, après déduction des éléments suivants:

- a) ses dettes et autres éléments de passif,
- b) la valeur des biens, à l’exception d’un foyer conjugal, dont le conjoint était le propriétaire à la date du mariage, après déduction de ses dettes et autres éléments de passif, calculée à la date du mariage. . . [Je souligne.]

Selon moi, la méthode de la valeur ajoutée est la seule qui respecte l’esprit et la lettre de ce texte. En ce sens, la Loi n’est pas muette sur ce point, contrairement à ce qu’affirme mon collègue. Elle décrit clairement la méthode de calcul, même si elle ne mentionne pas expressément qu’il s’agit de la méthode de la valeur ajoutée. Je partage l’avis du juge de première instance, à la p. 140, lorsqu’il conclut [TRADUCTION] «je ne considère pas que la méthode au prorata est compatible avec l’égalisation de la valeur des biens qui est envisagée par l’art. 5 de la *Loi sur le droit de la famille*». Avec égards, je ne peux accepter la prémisse avancée par mon collègue que les deux méthodes satisfont aux critères énoncés dans la Loi. De plus, même si je devais accepter une telle prémisse, je maintiens que les tribunaux doivent aller plus loin pour déterminer quelle est la méthode la plus conforme à la Loi, comme l’a souligné la Cour d’appel de l’Ontario, à la p. 590:

[TRADUCTION] Compte tenu des dispositions de la Loi, je suis d’avis que l’analyse et la conclusion du juge de première instance étaient justes en l’espèce. L’approche fondée sur la valeur ajoutée est nettement plus compatible avec la formule énoncée dans la Loi pour calculer la valeur des biens familiaux nets et avec la méthodologie employée à l’égard d’autres biens. [Je souligne.]

135

Where the value-added method involves making assumptions on two separate dates at two separate times (the date of marriage and the date of separation), the *pro rata* method makes such assumptions from just one date (the date of separation). As Justice Major points out at para. 4 in his discussion of the *pro rata* method, “[t]he value on the date of marriage is obtained by multiplying the value on the date of separation by a fraction equal to the number of years of pensionable service that occurred prior to the marriage over the total number of years of pensionable service prior to separation”. I find it problematic that the value at the date of marriage under the *pro rata* method cannot be determined without relying upon the value of the asset at the date of separation multiplied by a fraction representing service for years that fall completely outside of the marriage.

136

While the general purpose of the matrimonial property statutes is to effect the adjustment of property in an equitable manner (see *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, at p. 836), the specific purpose of the valuation of the pension under the Act is to determine the increase in the value of the assets during the marriage. The language of the Preamble recognizes marriage as a form of partnership and the equal position of the spouses as individuals within marriage as follows:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership. . . .

With this in mind, I do not share the view of my colleague (at para. 66) that “[t]he Court’s duty is to determine which valuation most fairly apportions the pension’s value to the pre-marital and marital periods”. I suggest that the legislature has already seen fit to develop a scheme for such an apportionment and that the duty of this Court in the present case is merely to use the valuation method which

Alors que, suivant la méthode de la valeur ajoutée, il faut faire des hypothèses à deux dates données et à deux moments distincts (la date du mariage et celle de la séparation), selon la méthode au prorata, de telles hypothèses ne sont requises qu’à une seule date (la date de la séparation). Comme le fait remarquer le juge Major, au par. 4, dans son examen de la méthode au prorata, «[l]a valeur de la pension à la date du mariage est obtenue en multipliant la valeur à la date de la séparation par une fraction égale au nombre d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage divisé par le nombre total d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation». Je considère problématique que, suivant la méthode au prorata, la valeur de la pension de retraite à la date du mariage ne puisse être déterminée sans utiliser la valeur du bien à la date de la séparation multipliée par une fraction représentant des années de service qui n’ont pas été accumulées pendant le mariage.

Bien que l’objectif général des lois sur le patrimoine familial soit de pourvoir à la répartition équitable de ces biens (voir *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, à la p. 836), l’objectif précis de l’évaluation de la pension de retraite en vertu de la Loi est de déterminer l’augmentation de la valeur des biens survenue pendant le mariage. Le texte du préambule reconnaît, dans les termes suivants, que le mariage est une forme de société et que les conjoints sont égaux dans le mariage:

Attendu qu’il est souhaitable d’encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu’il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l’égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société . . .

Gardant ceci à l’esprit, je ne suis pas d’accord avec mon collègue lorsqu’il affirme (au par. 66) qu’«[i]l incombe à la Cour de déterminer quelle est la méthode d’évaluation qui répartit le plus équitablement la valeur de la pension entre la période antérieure au mariage et la période du mariage elle-même». J’estime que la législature a déjà établi un régime permettant une telle répartition et que, dans le présent cas, notre Cour est simplement tenue d’utiliser la méthode d’évaluation qui permet le

best determines the increase in the value of the pension for the marriage partners.

The Act quite simply stipulates that the value of the asset is to be determined by subtracting one specific value from another. In addition, the statute stipulates in s. 4(4) that each value must be determined as of the close of that particular business day:

4. . . .

(4) When this section requires that a value be calculated as of a given date, it shall be calculated as of close of business on that date. [Emphasis added.]

Thus, the Act requires the value of all assets at the close of the business day on the date of marriage be subtracted from the value of all assets at the close of the business day on the date of separation (*Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.)). In keeping with the Act, the actuarial Standards of Practice also require that the value at the date of marriage be calculated according to interest rates “as of a given date”. According to G. E. Burrows, writing in his capacity as President of Pension Valuers of Canada in “Value Added or Pro Rata?” in *Money & Family Law*, vol. 10, no. 6, June 1995, p. 48, at p. 50:

The Standard of Practice for the Computation of the Capitalized Value of Pension Entitlements on Marriage Breakdown for Purposes of Lump-Sum Equalization Payments established by the Canadian Institute of Actuaries states (on pp. 7 and 8) that the economic assumptions used to develop a value at the date of marriage must be based on rates developed according to interest rates at that particular time. This can only be accomplished by using the “Value Added” method, as the value used in the “Pro-Rata” approach uses rates in effect at the date of separation, which are often quite different from the rates in effect at the date of marriage. Of course, the choice of a different rate at the date of marriage could produce a much different value. [Emphasis added.]

In my estimation, a particular method of valuation will either conform with these straightforward requirements or it will not. I find that the mathematical gymnastics required by the *pro rata* method in order to enable the courts to arrive at a

mieux de déterminer l’augmentation de la valeur de la pension de retraite pour les conjoints.

La Loi dispose tout simplement que la valeur du bien doit être déterminée en déduisant une valeur donnée d’une autre. Elle précise en outre, au par. 4(4), que le calcul d’une valeur se fait à la fermeture des bureaux à cette date.

4 . . .

(4) Lorsque le présent article prévoit qu’une valeur soit calculée à une date donnée, le calcul se fait à la fermeture des bureaux à cette date. [Je souligne.]

Par conséquent, la Loi exige que la valeur de tous les biens à la fermeture des bureaux à la date du mariage soit déduite de la valeur de tous les biens à la fermeture des bureaux à la date de la séparation (*Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.)). En conformité avec la Loi, les normes de pratique actuarielles précisent également que la valeur à la date du mariage doit être calculée conformément aux taux d’intérêt «à une date donnée». Selon G. E. Burrows, qui a écrit ce qui suit en sa qualité d’ancien président des Pension Valuers of Canada, dans son article «Value Added or Pro Rata?» publié dans *Money & Family Law*, vol. 10, n° 6, juin 1995, p. 48, à la p. 50:

[TRADUCTION] La Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation établie par l’Institut canadien des actuaires précise (aux pp. 7 et 8) que les hypothèses économiques utilisées pour déterminer une valeur donnée à la date du mariage doivent reposer sur des taux établis conformément aux taux d’intérêt en vigueur à cette date. Cela n’est possible qu’au moyen de la méthode de la «valeur ajoutée», car la méthode «au prorata» utilise les taux en vigueur à la date de la séparation, qui diffèrent souvent des taux en vigueur à la date du mariage. Évidemment, le choix d’un taux différent à la date du mariage pourrait donner une valeur très différente. [Je souligne.]

À mon avis, ou bien une méthode d’évaluation donnée se conforme à ces exigences simples ou bien elle ne s’y conforme pas. J’estime que la gymnastique mathématique requise par la méthode au prorata pour permettre aux tribunaux de déter-

137

138

value at the date of marriage conform neither with the stated requirements of the Act nor with its wording.

miner une valeur donnée à la date du mariage ne répond ni aux exigences expresses de la Loi ni à son libellé.

139

My colleague argues, at para. 55, that s. 4(1) of the Act “does not provide that the value at marriage cannot be mathematically derived from the value at separation”. With the greatest of respect, this approach does nothing more than reverse the basic principles of interpretation. The primary consideration of courts must be to abide by the legislation enacted by the Parliament or the legislature. As Cory and Iacobucci JJ. stated recently for this Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25: “the proper construction of a statutory provision flows from reading the words of the provision in their grammatical and ordinary sense, and in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute as a whole, the purpose of the statute, and the intention of Parliament”. See also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 219; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 131. An earnest interrogation into the intentions of the legislature must prevail over any preoccupation with loopholes which may be found pursuant to what the legislature has failed to prohibit. This is particularly true in an enabling statute. I see no reason in this case for this Court to depart from the clear and unambiguous wording of the statute and the assumption that the legislature intended to say exactly what is written.

Mon collègue affirme, au par. 55, que le par. 4(1) de la Loi «ne précise pas que la valeur à la date du mariage ne peut pas être dérivée mathématiquement de la valeur à la date de la séparation». Avec égards, cette approche va tout simplement à l’encontre des principes fondamentaux d’interprétation. Le principal souci des tribunaux doit être de se conformer aux dispositions législatives adoptées par le Parlement ou la législature. Comme les juges Cory et Iacobucci l’ont dit récemment pour notre Cour dans l’arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 25: «il faut, pour interpréter correctement une disposition de loi, lire les termes de la disposition en suivant leur sens grammatical et ordinaire et dans leur contexte global, en harmonie avec l’économie générale de la loi, son objet ainsi que l’intention du législateur». Voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 243; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), par. R. Sullivan, à la p. 131. Il faut rechercher consciencieusement l’intention de la législature plutôt que s’attacher à découvrir les failles que pourrait contenir la loi eu égard aux interdictions que la législature a omis d’y inscrire. Ceci est particulièrement vrai dans le cas des lois habilitantes. Je ne vois aucune raison en l’espèce pour laquelle notre Cour devrait s’écarter du texte clair et non ambigu de la Loi et déroger à la présomption que la législature avait l’intention de dire exactement ce qui est écrit.

140

The appellant places considerable weight upon the recommendations of the 1995 report of the Ontario Law Reform Commission entitled *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division* (hereinafter OLRC Report). What the appellant fails to mention, however, is that in its analysis of the strengths and weaknesses of the valuation methods, the OLRC itself (at p. 147) gave credence to the argument that the value-added approach produces “a fairer value of

L’appelant accorde un poids considérable aux recommandations formulées par la Commission de réforme du droit de l’Ontario dans son rapport de 1995 intitulé *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division* (ci-après le Rapport de la CRDO). Il omet toutefois de mentionner que, dans son analyse des points forts et des points faibles des méthodes d’évaluation, la CRDO elle-même adhère (à la p. 147) à l’argument suivant lequel la méthode de la valeur ajoutée donne

pension accruals during marriage because it reflects the fact that in most defined benefit plans (final average or best years), the pension that is earned in the later years is higher in value” (emphasis added).

The appellant also highlights the need for simplicity by relying on the following OLRC recommendation (at p. 148):

On reflection, the Commission has determined that it should give preference to the *pro rata* on service method. In making this selection, the Commission seeks to provide a solution that, while fair to the parties, provides the least complex solution to the adjustment issue. In the Commission’s view, the *pro rata* on service method meets this criterion.

While I do not agree with the proposition that the *pro rata* method is less complex, I am also mindful that simplicity is not the purpose of the Act. More importantly, this recommendation was clearly not the one retained by the legislature.

However helpful the insights of the Commission may have been, the legislature is not bound in any way to implement its recommendations and its authority is nothing more than persuasive for the courts. It is clear that the legislature, in the face of two separate recommendations to do so, has not judged fit to amend the Act. (See both the 1993 report of the Ontario Law Reform Commission entitled *Report on Family Property Law*, at p. 145, and the 1995 OLRC Report, at p. 148.) I share the view of Charron J.A., at p. 590, where she writes:

I certainly agree with the Commission’s view that clarification of the law is critically important, not only on this issue but with respect to many other aspects of pension valuation and division. While much may be said in favour of a legislative response as recommended by the Commission, the court cannot provide for such a remedy. It is bound by the existing statutory provisions. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] «une évaluation plus juste de la pension accumulée pendant le mariage parce qu’elle tient compte du fait que, dans la plupart des régimes de pension à prestations déterminées (pension fin de carrière ou meilleures années), la pension accumulée au cours des dernières années a une valeur plus élevée» (je souligne).

L’appelant fait aussi ressortir le besoin de simplicité en s’appuyant sur la recommandation suivante de la CRDO (à la p. 148):

[TRADUCTION] Tout bien réfléchi, la Commission a décidé qu’elle devait donner sa préférence à la méthode au prorata du service. En faisant ce choix, la Commission cherche une solution qui, tout en étant juste pour les parties, est la moins complexe du point de vue du rajustement. De l’avis de la Commission, la méthode au prorata du service satisfait à ce critère.

Bien que je ne sois pas d’accord que la méthode au prorata est moins complexe, je suis également consciente du fait que la simplicité n’est pas l’objectif visé par la Loi. Fait plus important encore, cette recommandation n’est manifestement pas celle qui a été retenue par la législature.

Aussi utile que puisse avoir été l’opinion de la Commission, la législature n’est nullement tenue de donner suite aux recommandations de cette dernière, dont l’autorité ne peut tout au plus être invoquée que pour tenter de convaincre les tribunaux. Il est clair que la législature, malgré deux recommandations distinctes l’invitant à le faire, n’a pas jugé bon de modifier la Loi. (Voir le rapport de 1993 de la Commission de réforme du droit de l’Ontario intitulé *Report on Family Property Law*, à la p. 145, ainsi que le Rapport la CRDO de 1995, à la p. 148.) Je partage l’avis du juge Charron, lorsqu’elle écrit, à la p. 590:

[TRADUCTION] Je suis certes d’accord avec la Commission qu’il est extrêmement important de clarifier la Loi, non seulement sur cette question mais également en ce qui concerne de nombreux autres aspects de l’évaluation et du partage des pensions. Bien qu’il y ait beaucoup à dire en faveur d’une intervention du législateur comme celle recommandée par la Commission, la cour ne peut pas accorder une telle réparation. Elle est liée par les dispositions législatives existantes. [Je souligne.]

141

142

143

In contrast with the opinion expressed by my colleague, at para. 56, I hold the view that the entire OLRC Report was specifically anchored in the need for a legislative amendment. The Commission recognized that an amendment to the Act was required (at p. 87):

The mandatory provisions for valuing pensions should be set out in the regulations to the *Family Law Act*. This will require an amendment to the *Family Law Act*, providing that the value of pension property is to be determined in accordance with prescribed regulations.

The Commission therefore recommends that the *Family Law Act* should be amended to provide the valuation of defined benefit plans for the purposes of determining an equalization entitlement under section 5 of the Act be made in accordance with "Pension Valuation Regulations" promulgated under that Act. [Emphasis added.]

In my view, without amendments that provide for specific valuation according to the individual characteristics of each asset to be valued, the *pro rata* method falls outside the present scheme. My colleague takes the position that the Commission did not maintain that the *pro rata* method is foreclosed by the Act. In my estimation, the Commission did not address this issue directly because its recommendations (at pp. 86 and 87) were premised upon the view that the process of valuing pension property under the Act required reform. This premise was predicated on the divided case law and the demand for certainty (at pp. 85 *et seq.*). This need for certainty was also recognized by this Court in *Clarke, supra*.

144

At no time did the Commission recommend that the *pro rata* method be used without the benefit of a comprehensive regulatory scheme that addressed individual pension formulae. An example of the breadth and specific nature of such an undertaking can be found in Part 6 of British Columbia's *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128. This is not a task for the courts. In the interim, I believe that it is the role of this Court to interpret the

Contrairement à l'opinion exprimée par mon collègue, au par. 56, je suis d'avis que le Rapport de la CRDO était expressément axé sur la nécessité d'adopter une modification législative. La Commission a reconnu qu'il était nécessaire de modifier la Loi (à la p. 87):

[TRADUCTION] Les dispositions impératives en matière d'évaluation des pensions devraient être énoncées dans un règlement d'application de la *Loi sur le droit de la famille*. À cette fin, il faudra modifier la *Loi sur le droit de la famille* et indiquer que la valeur de la pension doit être calculée en conformité avec les dispositions réglementaires prescrites.

La Commission recommande donc que la *Loi sur le droit de la famille* soit modifiée pour y indiquer que l'évaluation des pensions à prestations déterminées aux fins de détermination du droit à l'égalisation prévue à l'art. 5 de la Loi soit effectuée en conformité avec un «Règlement sur l'évaluation des pensions» pris en vertu de cette loi. [Je souligne.]

À mon avis, en l'absence de modifications prescrivant la réalisation d'une évaluation particulière en fonction des caractéristiques individuelles de chaque bien à évaluer, la méthode au prorata n'est pas prévue par le régime actuel. La position de mon collègue est que la Commission n'a pas soutenu que la Loi fait obstacle à l'utilisation de la méthode au prorata. Selon moi, la Commission n'a pas traité directement de cette question parce que ses recommandations (aux pp. 86 et 87) reposaient sur la prémisse qu'il était nécessaire de réformer le processus d'évaluation des pensions prévu par la Loi. Cette prémisse s'appuyait sur l'existence de décisions judiciaires contradictoires et sur le besoin de certitude (aux pp. 85 et suiv.), besoin qu'a également reconnu notre Cour dans l'arrêt *Clarke*, précité.

En aucun temps la Commission a-t-elle recommandé le recours à la méthode au prorata en l'absence d'un régime réglementaire exhaustif prévoyant diverses formules de calcul des pensions. On trouve une illustration de l'ampleur et de la nature particulière d'une telle opération à la partie 6 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, de la Colombie-Britannique. Il ne s'agit pas d'une tâche qui relève des tribunaux. Pour

principles of order and equity in a manner that is specifically tethered to the clear text of the Act.

II. The Family Law Act: Nature of the Asset

The legislature has chosen to define many different types of assets as “property” for the purposes of calculation while disregarding the distinctive features of assets such as investments, ownership in land, shares, or pensions. “Property” is now defined in s. 4(1) of the Act as follows:

4. — (1) In this Part,

. . . .

“property” means any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property and includes,

. . . .

- (c) in the case of a spouse’s rights under a pension plan that have vested, the spouse’s interest in the plan including contributions made by other persons. . . .

This provision was drafted in accordance with the recommendation of the OLRC as contained in the *Report on Family Law*, Part IV, *Family Property Law* (1974), at p. 101.

In light of the fact that all assets listed in s. 4(1) are included as property under the Act, I see no reason to treat pensions in a different manner from other assets by recognizing individual pension formulae where the Act draws no distinction. I further suggest that to do so would fly in the face of the purpose of the Act as expressed by Charron J.A., at p. 590:

The use of a different approach in the case of the pension asset cannot be justified on the basis that it is an asset of a different nature in the face of a legislative

l’instant, je crois que le rôle de notre Cour est d’interpréter les principes d’équité et de justice d’une manière qui se rattache expressément au texte clair de la Loi.

II. La Loi sur le droit de la famille: la nature de l’élément d’actif en cause

Aux fins du calcul de la valeur, la législature a choisi d’inclure dans la définition de «bien» de nombreuses catégories d’éléments d’actif en faisant abstraction des caractéristiques distinctives de certains éléments tels les placements, les droits fonciers, les actions ou les pensions de retraite. Le mot «bien» est défini de la manière suivante au par. 4(1) de la Loi:

4 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«bien» Droit, actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble. Sont compris:

. . . .

- c) dans le cas du droit du conjoint, en vertu d’un régime de retraite, qui a été acquis, le droit du conjoint y compris les contributions des autres personnes. . . .

Cette disposition a été rédigée conformément à la recommandation formulée par la CRDO dans le *Report on Family Law*, Part IV, *Family Property Law* (1974), à la p. 101.

Compte tenu du fait que tous les éléments d’actif énumérés au par. 4(1) de la Loi sont considérés comme des biens pour l’application de la Loi, je ne vois aucune raison, qui serait fondée sur celle-ci, de traiter les pensions de retraite différemment des autres éléments d’actif en reconnaissant différentes formules de calcul des pensions, alors que la Loi elle-même ne fait aucune distinction. Je considère, en outre, qu’agir de cette façon irait à l’encontre de l’objectif de la Loi, exprimé ainsi par le juge Charron, à la p. 590:

[TRADUCTION] L’emploi d’une approche différente dans le cas des pensions de retraite ne peut être justifié au motif qu’il s’agit d’un élément d’actif d’une nature

145

146

provision which expressly includes pension assets in the scheme of equalization with all other assets while at the same time providing for only one method of calculation.

différente, compte tenu du fait que le texte même de la disposition législative inclut expressément les pensions de retraite dans le régime d'égalisation, au même titre que tous les autres éléments d'actif, tout en ne prévoyant qu'une seule méthode de calcul.

147 While one can appreciate that the appellant's particular pension earnings are based on a factor composed of years of service and his best five years of salary, these features are not sufficient to remove the valuation of his pension from the method to which the legislature has subjected all other assets. Instead, such factors are important to the purpose of the Act, in so far as they attach to the period of time that coincides with the duration of the marriage, thereby affecting pension entitlement.

Même si l'on peut comprendre que les prestations de retraite acquises par l'appelant dans le présent cas dépendent d'un facteur basé sur ses années de service et sur ses cinq années les mieux rémunérées, ces caractéristiques ne suffisent pas pour soustraire l'évaluation de sa pension de retraite à l'application de la méthode à laquelle la législature a assujéti tous les autres biens. Au contraire, de tels facteurs sont importants en ce qui concerne l'objectif de la Loi, dans la mesure où ils se rattachent à la période qui coïncide avec la durée du mariage, influençant ainsi le droit à pension.

148 My colleague in his reasons places great emphasis on the differentiation between a defined benefit pension and a defined contribution pension. While factually correct, such a distinction is not recognized by the scheme of the Act. Whether an increase in the value is attributable to an individual employee account or, instead, to the increased value of a pool of pension assets amassed from individual contributions, is irrelevant under the scheme of the Act. Nor is it important to distinguish whether employees under a defined benefit plan profit directly from market increases or merely as members of the contribution pool. The Act is merely concerned with the value assigned to the individual, as a member of the fund, on the two relevant dates.

Dans ses motifs, mon collègue insiste beaucoup sur la différence qui existe entre une pension à prestations déterminées et une pension à cotisations déterminées. Bien que factuellement exacte, cette distinction n'est pas reconnue par le régime établi par la Loi. Que l'augmentation de la valeur soit attribuable à l'augmentation du compte de l'employé visé ou, plutôt, à l'augmentation de la valeur de la mise en commun des avoirs de pensions formés des cotisations individuelles importe peu suivant le régime établi par la Loi. Il n'est pas non plus important de déterminer si, dans le cadre d'un régime à prestations déterminées, les employés profitent directement des augmentations de valeur dues au marché ou s'ils en profitent seulement en tant que participants à la mise en commun des cotisations. La Loi s'intéresse uniquement à la valeur attribuée à l'avoir de l'individu, en tant que participant au fonds, aux deux dates pertinentes.

149 I also disagree with both the propositions of my colleague, that the value of an employee's pension benefit is unrelated to the amount of contributions or investment return and that the trial judge was confused in this regard (see Major J. at paras. 33 and 68). Instead, I find that the very development of this type of pension formula by the pension provider is wholly dependent upon the contributions (that will increase over years of service as the

Je ne suis pas non plus d'accord avec les propositions de mon collègue que, d'une part, la prestation de retraite d'un employé ne dépend pas de la somme des cotisations versées ou du rendement du capital investi, et que, d'autre part, le juge de première instance a mal saisi ce point (voir les motifs du juge Major, aux par. 33 et 68). Au contraire, j'estime que l'établissement même de ce type de formule de calcul de la pension par le payeur est

salaries of each member increase) and on the subsequent investment return for the fund. After 12 days of hearing, including the evidence of several experts, Rutherford J. drew the right conclusion from the evidence and he was correct in his assessing the amount of the contributions made by the appellant throughout his years of service and how these increasing contributions were pooled to render the financial returns necessary to permit each member of the plan to recover a pension benefit.

My colleague's example (at para. 70) relates to a particular situation where the employee spouse terminates his or her employment on the date of marriage. He concludes, at para. 71, that it is inequitable for the employee spouse to equalize a growth in assets that did not take place, based upon the premise that the "annualized benefit to be paid...[is the] only meaningful value". My response is two-fold. First, I prefer the approach of Rutherford J. (at p. 141) that the purpose of the Act directs the courts to go beyond a simple analysis of the annualized benefit to be paid and to use a method which values the pension according to both "real human and fiscal factors". I will expand upon my views on value during marriage in greater detail at paras. 159 *et seq.* Second, if using the value-added method were to lead to hardship or an unconscionable result in a given case there is a remedial provision available under s. 5(6) of the Act which reads:

5. . . .

(6) The court may award a spouse an amount that is more or less than half the difference between the net family properties if the court is of the opinion that

entièrement tributaire des cotisations (qui augmentent au fil des années de service en même temps que le salaire de chacun des membres) et du rendement subséquent du capital investi. Après 12 jours d'audience au cours desquels il a entendu les témoignages de divers experts, le juge Rutherford a tiré une conclusion conforme à la preuve, et il a bien apprécié la somme des cotisations versées par l'appelant pendant ses années de service et la façon dont ces cotisations croissantes ont été mises en commun avec celles des autres participants au régime en vue de produire les revenus nécessaires pour permettre à chacun d'eux de toucher une prestation à la retraite.

L'exemple donné par mon collègue (au par. 70) concerne le cas particulier du conjoint participant qui cesse de travailler à la date du mariage. Il conclut, au par. 71, qu'il est inéquitable que ce conjoint participant ait à tenir compte, au titre de l'égalisation, d'une augmentation de valeur de biens qui ne s'est pas produite, suivant la prémisse que la «prestation annualisée qui sera versée [...] est la seule valeur significative». Ma réponse comporte deux volets. Premièrement, je préfère l'approche retenue par le juge Rutherford (à la p. 141), qui a considéré que, conformément à l'objectif de la Loi, les tribunaux ne peuvent pas se contenter d'une simple analyse de la prestation annualisée qui sera versée et doivent employer une méthode qui évalue la pension de retraite en fonction de [TRADUCTION] «facteurs concrets d'ordre fiscal et humain». Je vais préciser, aux par. 159 et suiv., ma position en ce qui concerne la valeur de la pension de retraite pendant le mariage. Deuxièmement, si l'utilisation de la méthode de la valeur ajoutée devait, dans une affaire donnée, entraîner un préjudice ou un résultat inadmissible, une mesure corrective peut être prise en vertu du par. 5(6) de la Loi, qui est ainsi rédigé:

5 . . .

(6) Le tribunal peut accorder à un conjoint un montant qui est inférieur ou supérieur à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets qui appartiennent à

equalizing the net family properties would be unconscionable, having regard to,

. . .

- (h) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, or improvement of property.

chacun des conjoints si le tribunal est d'avis que l'égalisation des biens familiaux nets serait inadmissible, compte tenu des facteurs suivants:

. . .

- h) n'importe quelle autre circonstance concernant l'acquisition, l'aliénation, la conservation, l'entretien ou l'amélioration des biens.

151 I agree with Charron J.A. that ss. 4 and 5 cannot be read in isolation. In my colleague's example, there are no further years of service during the marriage, nor are there additional contributions made by the employee spouse. While this may prove to be an appropriate scenario for a trial judge to exercise his or her discretion under s. 5(6) of the Act, I am not persuaded that the *pro rata* method should, for that reason alone, prevail, in as much as it does not accord with the wording and spirit of the Act. In my view, the value-added method operates in the present case to relate the years of pensionable service, the five best years of salary, the accrual of the 90 factor, and the decision of the marriage partners to rely upon the equal shares of the pension in their investment planning, to the years of the marriage. As long as the appellant continued to provide service and to contribute to the pension fund, the value of the pool increased along a growth curve during the marriage.

Je suis d'accord avec le juge Charron que les art. 4 et 5 ne peuvent pas être considérés isolément. Dans l'exemple donné par mon collègue, le conjoint participant n'accumule pas d'autres années de service pendant le mariage et il ne verse pas de cotisations. Quoiqu'il puisse s'agir d'un scénario où il conviendrait qu'un juge de première instance exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 5(6) de la Loi, je ne suis pas convaincue que la méthode au prorata devrait, pour ce seul motif, être retenue, d'autant plus qu'elle ne respecte ni le texte ni l'esprit de la Loi. À mon avis, la méthode de la valeur ajoutée permet, en l'espèce, de faire le lien entre, d'une part, les années de mariage et, d'autre part, les années de service donnant ouverture à la pension de retraite, les cinq années les mieux rémunérées, l'accumulation des années requises pour respecter la règle des 90 et la décision des conjoints d'effectuer leur planification financière sur la base de parts égales dans la pension. Tant et aussi longtemps que l'appelant a continué à accumuler des années de service et à cotiser au fonds de pension, la valeur du fonds a augmenté suivant une courbe de croissance pendant toute la durée du mariage.

152 Just as I find it unnecessary to account for distinguishing features of the asset itself, I cannot accept that courts should consider how a pension varies generally over time — that is to say including the pre-marriage period. These features of the *pro rata* method simply do not form part of the Act, particularly as the Act is premised on a distribution of assets at the time of separation.

Tout comme j'estime qu'il est inutile de tenir compte des caractéristiques distinctives du bien lui-même, je ne saurais accepter l'argument que les tribunaux devraient prendre en compte la façon dont la valeur de la pension évolue généralement au fil des années, y compris pendant la période qui précède le mariage. Ces caractéristiques de la méthode au prorata ne font tout simplement pas partie de la Loi, compte tenu, en particulier, du fait que son fondement est le partage des biens au moment de la séparation.

III. *The Family Law Act: Orderly and Equitable*

The preamble of the Act directs the courts to interpret the legislation in a way which is both “orderly and equitable”. The legislature has chosen to treat pensions in the same manner as other forms of property and to apply one method of calculation across the board — a choice that is based on the presumption that to do so is the most orderly and equitable way to value a pension. The Court of Appeal, at p. 591, was steadfast in its support of such objectives of the legislature:

In my view, the value-added approach is not inconsistent with the stated legislative objective that there be an “orderly and equitable settlement of affairs of the spouses” as contended by the appellant. First, the choice of a single consistent approach furthers the legislative objective to provide an “orderly” settlement of affairs. Second, equity is generally achieved by the very application of the equalization provisions of the Act. Finally, these provisions cannot be viewed in isolation. As noted earlier, the Act provides for some flexibility in individual cases where the equalization of net family property causes hardship or an unconscionable result. [Italics in original; underlining added.]

I share my colleague’s view that the analysis of fairness being both orderly and equitable should not be result-driven. In addition, I support the contention of my colleague (at para. 66) that it would be “inequitable to deprive the respondent of her share of the good fortune that arose during the course of the marriage”.

I find the fact that the result can end up dictating the valuation method, instead of the valuation dictating the result is itself contrary to principles of order and equity. Although the equity of the overall result is relevant to the final divorce decree, it should not play a significant role in the valuation method of a particular asset. What is needed at the valuation stage is a method that takes both parties’ interests equally into account. This method must

III. *La Loi sur le droit de la famille: un règlement ordonné et équitable*

Le préambule de la Loi enjoint aux tribunaux d’interpréter la législation d’une manière qui soit à la fois «ordonnée et équitable». La législature a choisi de traiter les pensions de retraite de la même manière que toutes les autres catégories de biens et d’appliquer une seule méthode de calcul à tous les cas — ce choix repose sur la présomption qu’il s’agit là de la façon la plus ordonnée et la plus équitable d’évaluer une pension de retraite. La Cour d’appel a fermement exprimé son appui à l’égard de ces objectifs de la législature (à la p. 591):

[TRADUCTION] À mon avis, la méthode de la valeur ajoutée n’est pas, comme le prétend l’appelant, incompatible avec l’objectif exprès de la loi qu’il y ait un «règlement ordonné et *équitable* des affaires des conjoints». Premièrement, le choix d’une seule méthode uniforme permet d’atteindre l’objectif de la loi qui est de pourvoir au règlement «ordonné» des affaires des conjoints. Deuxièmement, l’application même des dispositions d’égalisation prévues par la Loi permet en règle générale d’assurer l’équité. Enfin, ces dispositions ne peuvent être considérées isolément. Comme nous l’avons souligné plus tôt, la Loi permet une certaine souplesse dans les cas particuliers où l’égalisation des biens familiaux nets entraînerait un préjudice ou un résultat inadmissible. [En italique dans l’original; je souligne.]

À l’instar de mon collègue, je suis d’avis que l’analyse fondée sur l’équité, c’est-à-dire l’analyse de ce qui est ordonné et équitable, ne devrait pas être axée sur le résultat. En outre, je souscris à son affirmation (au par. 66) qu’il serait «inéquitable de priver l’intimée de sa part de la bonne fortune survenue au cours du mariage».

J’estime que le fait que le résultat puisse dicter le choix de la méthode d’évaluation plutôt que l’inverse est, en soi, contraire aux principes de l’ordre et de l’équité. Bien que l’équité du résultat global soit importante dans le cadre du jugement final de divorce, ce facteur ne devrait pas jouer un rôle significatif dans la méthode d’évaluation d’un bien donné. Ce qu’il faut, à l’étape de l’évaluation, c’est une méthode qui prenne en compte également les

153

154

155

accurately reflect the value of the pension during the period of the marriage. By contrast, the final result regarding the division of property will vary according to the overall circumstances of the case. We must assume that the legislature intended the scheme of the Act to lead to an orderly and equitable result. As the Ontario Court of Appeal so aptly stated (at p. 590), “[t]here is no reason to believe that this legislative choice was inadvertent”.

intérêts des deux parties. Cette méthode doit refléter exactement la valeur de la pension pendant le mariage. Par contre, le résultat final de la division des biens variera en fonction de l’ensemble des circonstances de l’affaire. Nous devons présumer que la législature entendait que le régime établi par de la Loi produise un résultat ordonné et équitable. Comme l’a dit si justement la Cour d’appel de l’Ontario (à la p. 590), [TRADUCTION] «[i]l n’y a aucune raison de croire que le choix de la législature a été le fruit du hasard».

156 As previously mentioned, the legislature has provided a remedy where the court is of the opinion that equalizing the “net family property” would be unconscionable at s. 5(6) of the Act. Resort to this remedial power is, to my mind, preferable to asking the courts to determine a valuation method according to what may seem to be more equitable in a given case.

Tel que mentionné précédemment, la législature a prévu, au par. 5(6) de la Loi, la possibilité de recourir à une mesure corrective dans les cas où le tribunal est d’avis que l’égalisation des «biens familiaux nets» serait inadmissible. Selon moi, il est préférable que les tribunaux aient recours à ce pouvoir de correction plutôt que de demander aux tribunaux de décider du choix de la méthode d’évaluation en fonction de ce qui peut sembler plus équitable dans un cas donné.

157 On the issue of apportionment, Burrows, *supra*, at p. 52:

Reported court cases that support the “Pro Rata” method reject the “Value Added” method mainly because they don’t like the apportionment that results with the “Value Added” method. Rather than attacking the method of valuation when they don’t like the values it produces, they should determine an unequal sharing of assets, if they are of the opinion that the particular case warrants that.

Quant à la question de la répartition, Burrows, *loc. cit.*, à la p. 52, écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les décisions publiées qui sont favorables à la méthode «au prorata» rejettent la méthode de la «valeur ajoutée» principalement parce qu’ils ne sont pas d’accord avec la répartition qui découle de l’application de cette méthode. Au lieu de contester la méthode d’évaluation, le tribunal qui n’est pas d’accord avec les valeurs qu’elle produit devrait plutôt ordonner un partage inégal des biens s’il est d’avis que le cas dont il est saisi justifie une telle mesure.

The “Value Added” method is the fairest way of apportioning the value and gives the apportionment that is the closest to the actual increases in value. It is also the method prescribed by the *Family Law Act* and subscribed to by people who have investigated this thoroughly. [Emphasis added.]

La méthode de la «valeur ajoutée» est la façon la plus équitable de répartir la valeur et celle qui produit la répartition qui reflète le plus les augmentations réelles de valeur. Il s’agit également de la méthode prescrite par la *Loi sur le droit de la famille* et à laquelle souscrivent ceux qui ont analysé cette question en profondeur. [Je souligne.]

158 Thus, the valuation exercise should allocate an objective dollar figure to the pension, independent of the particular facts of a divorce. Even in cases where this may prove to be more difficult, the Act mandates that a court consider the different elements contributing to the value of the pension and determine whether they are properly attributa-

Par conséquent, l’évaluation devrait attribuer une valeur pécuniaire objective à la pension de retraite, indépendamment des faits particuliers d’un divorce. Même dans les cas où cela peut s’avérer plus difficile, la Loi oblige le tribunal à examiner les différents éléments constitutifs de la valeur de la pension et à déterminer s’ils peuvent à

ble to a specific point falling within the marriage period. In my estimation, the Court of Appeal was correct in its assessment, at p. 591, that “equity is generally achieved by the very application of the equalization provisions of the Act”.

IV. Fairness and Valuation

What has, in some cases, been perceived as unfair, is instead the just result of the greater value ascribed to the later years of a pension than to those of the earlier years. Such a result is both logical and equitable in that it reflects the fact that the pension increases in value significantly more in the final years than in the early years, that is to say that the marginal utility of an extra year of work after year 30 is much higher than it would have been after year 10. This increase in value represents much more than the mere passage of time or even the global increase in the value of the relevant pension fund.

I find that there are three main reasons which support the greater pension increase in value over the marriage years in this case. First, the time value of money makes the value of the pension greater the closer one gets to the actual commencement of benefit payments. Or, to put it another way, the earlier years of service appear less valuable because the value of the actual payments must be discounted over a greater number of years. The value-added method ascribes this increase in the value of the pension relating to the time value of money to the period of the marriage, hence the name, “value-added method”. The *pro rata* method fails to recognize this reality. For instance, to use my colleague’s example (at para. 70), had the appellant quit his job the day before marriage to the respondent, under the *pro rata* method there would be no increase in value attributed to the period of marriage. The appellant did not “contribute” any years of service during that period. However, the value-added method would ascribe a value to the specific period of marriage since the value at the date of marriage was much less than

juste titre être rattachés à un moment précis au cours du mariage. À mon avis, la Cour d’appel a conclu avec justesse, à la p. 591, que [TRADUCTION] «l’application même des dispositions d’égalisation prévues par la Loi permet, en règle générale, d’assurer l’équité».

IV. Équité et évaluation

Ce qui, dans certains cas, a été perçu comme inéquitable, est plutôt la juste conséquence de la valeur plus grande accordée aux dernières années de participation à un régime de pension de retraite plutôt qu’aux premières. Un tel résultat est à la fois logique et équitable en ce qu’il reflète le fait que la valeur de la pension croît à un rythme beaucoup plus rapide au cours des dernières années que pendant les premières, autrement dit, l’utilité marginale d’une année supplémentaire de travail après 30 années de service est beaucoup plus grande qu’elle ne l’aurait été après 10 années. Cette hausse de la valeur représente davantage que le simple passage du temps ou même que l’augmentation globale de la valeur de la caisse de retraite concernée.

J’estime qu’il existe trois raisons principales qui permettent de conclure que la valeur de la pension de retraite a augmenté de façon plus importante pendant le mariage en l’espèce. Premièrement, la valeur temporelle de l’argent augmente la valeur de la pension à mesure qu’on se rapproche de la date du début du paiement des prestations. Ou, en d’autres mots, les premières années de service semblent avoir moins de valeur parce que la valeur des paiements réels doit être actualisée sur un plus grand nombre d’années. La méthode de la valeur ajoutée attribue à la période du mariage cette augmentation de la valeur de la pension due à la valeur temporelle de l’argent, d’où son nom: «méthode de la valeur ajoutée». La méthode au prorata ne tient pas compte de cette réalité. Ainsi, pour reprendre l’exemple donné par mon collègue (au par. 70), à supposer que l’appelant ait quitté son emploi la veille de son mariage avec l’intimée, aucune augmentation de valeur ne serait attribuée à la période du mariage suivant la méthode au prorata. L’appelant n’aurait pas «accumulé» d’années de service au cours de cette période. Toutefois, la

159

160

the value of the actual pension at the date of separation. This method reflects the increase in value during the marriage as the date of first payment approached.

méthode de la valeur ajoutée attribuerait une valeur à la période du mariage, étant donné que la valeur de la pension à la date du mariage était de beaucoup inférieure à ce qu'elle était concrètement à la date de la séparation. Cette méthode reflète l'augmentation de valeur survenue pendant le mariage, à mesure qu'approchait la date du premier paiement.

161 Second, the majority of pension schemes calculate the annual benefit amount payable to the employee by some function of the highest years of salary. In this case, the appellant's best five years are the only years used to calculate the value of the pension. In such a case, the value-added method will recognize this reality and the significance of those five years falling within the period of the marriage. As well, this method is more likely to reflect a direct link between the period of the marriage and the retirement planning of the couple. This is especially relevant in the present circumstances where the marriage falls within the years close to the age of retirement.

Deuxièmement, dans la majorité des régimes de pension de retraite, la prestation de retraite annuelle payable à l'employé est calculée en appliquant un facteur tenant compte des années les mieux rémunérées. En l'espèce, les cinq années les mieux rémunérées de l'appelant sont les seules utilisées pour calculer la valeur de la pension. Dans un tel cas, la méthode de la valeur ajoutée tient compte de cette réalité et de l'importance du fait que ces cinq années sont survenues durant le mariage. De même, cette méthode est davantage susceptible d'établir un lien direct entre la période du mariage et la planification par le couple de sa retraite. Ce facteur est particulièrement pertinent dans le présent cas où les années du mariage sont près de l'âge de la retraite.

162 The third factor, in the present case, that makes years of service later in a career more significant is the rule of 90. The effect of this rule is that, after a certain point in one's career, the date of first payment of the pension can be brought forward by working additional years. Therefore, certain years of service later in one's career will have the effect of not only decreasing the amount of time before the pension begins paying out, thus reducing the discounting effect, but also increasing the total number of years of payment and, therefore, the benefit. While the effect of this factor may be difficult to quantify, it is nevertheless a factor which makes the years of service later in one's career more valuable than service in earlier years.

Le troisième facteur qui, en l'espèce, confère plus d'importance aux années de service en fin de carrière est la règle des 90. L'effet de cette règle est que, après un certain point dans sa carrière, une personne peut, en travaillant quelques années de plus, avancer la date du premier versement de sa pension de retraite. Par conséquent, certaines années de service vers la fin de la carrière d'une personne ont pour effet non seulement de raccourcir le délai avant le début du paiement de la pension et ainsi de réduire les effets de l'actualisation, mais aussi d'augmenter le nombre total d'années de paiement de la pension et, par conséquent, l'avantage reçu. Bien qu'il soit difficile de quantifier l'effet de ce facteur, il n'en demeure pas moins que, en raison de celui-ci, les dernières années de service d'une personne prennent une valeur plus grande que les premières.

163 I find the premise that all years which contribute to the pension must be of equal value to be, not only extraordinary, but totally unrealistic. Certainly, courts do not make such assumptions

J'estime que la prémisse selon laquelle toutes les années de cotisation au régime de pension doivent avoir une valeur égale est non seulement extraordinaire, mais tout à fait irréaliste. Les tribu-

when determining value for other types of payments in the family law context. For example, in the award of support payments, a professional salary is not divided such that each year of employment must be valued equally or *pro rata*. Despite the reality that the pre-marriage years spent in internships or articling periods were absolutely necessary for the professional to earn a greater income, courts do not make support orders by considering the number of years of employment service prior to the marriage along with the years of professional employment service prior to separation. Instead, the scheme of the Act directs courts to limit its consideration to those factors that are relevant after the date of marriage. As Major J. correctly points out, at para. 54, “the statute ensures that increases in asset value during the marriage period are equalized between the spouses, regardless of whether the asset was owned by one of the spouses prior to the marriage” (emphasis added). This must be distinguished from the use of factors prior to the marriage date in the valuation of such an increase.

I am also of the view that it would not be illogical for Parliament or the legislature, as a matter of policy, to choose a method of valuation which, as seems to be the case here, may be found to benefit the non-employee spouse when the couple is closer to retirement age. The later years of marriage often represent a time when a return to the employment market and the opportunity to participate in the investment market is more difficult and, in many cases, impossible. As Iacobucci J. recently found in the case of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 101:

It seems to me that the increasing difficulty with which one can find and maintain employment as one grows older is a matter of which a court may appropriately take judicial notice. Indeed, this Court has often recognized age as a factor in the context of labour force attachment and detachment. For example, writing for the majority

naux ne font sûrement pas de telles hypothèses lorsqu'ils déterminent la valeur d'autres types de paiements dans le contexte du droit de la famille. Par exemple, dans la fixation des pensions alimentaires, le salaire d'un professionnel n'est pas divisé de manière à reconnaître à chaque année de travail une valeur égale ou au prorata. Malgré le fait que les années qu'un professionnel a consacrées avant son mariage à des périodes d'internat ou de stage étaient absolument essentielles pour gagner un revenu plus élevé, les tribunaux ne rendent pas d'ordonnances alimentaires en tenant compte du nombre d'années de service antérieures au mariage et du nombre d'années de service dans la profession avant la séparation. Au contraire, le régime établi par la Loi oblige les tribunaux à limiter leur examen aux facteurs qui sont pertinents après la date du mariage. Comme le souligne avec justesse le juge Major, au par. 54, «la Loi garantit que l'augmentation de valeur d'un bien durant le mariage est répartie également entre les conjoints, sans égard à la question de savoir si ce bien appartenait avant le mariage à l'un des conjoints» (je souligne). Ce fait doit être distingué de l'utilisation de facteurs antérieurs à la date du mariage dans l'évaluation d'une telle augmentation.

Je suis également d'avis que, du point de vue des principes, il ne serait pas illogique de la part du Parlement ou de la législature de choisir une méthode d'évaluation qui, comme cela semble être le cas en l'espèce, pourrait avantager le conjoint non participant lorsque le couple approche l'âge de la retraite. Les dernières années du mariage représentent souvent une période où il est plus difficile et, dans bien des cas, impossible de retourner sur le marché du travail ou de participer au marché des investissements. Comme l'a affirmé récemment le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 101:

Il me semble qu'un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi. En fait, notre Cour a souvent reconnu que l'âge était un facteur à considérer dans le contexte de la participation au marché du travail et du retrait de ce dernier.

in *McKinney*, *supra*, La Forest J. stated as follows, at p. 299:

Barring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills.

Parliament and the legislatures have repeatedly demonstrated their intent to protect those who may prove to be more vulnerable in our society by reason of growing older. As Iacobucci J. writes in *Law*, *supra*, at para. 103:

Parliament's intent in enacting a survivor's pension scheme with benefits allocated according to age appears to have been to allocate funds to those persons whose ability to overcome need was weakest. The concern was to enhance personal dignity and freedom by ensuring a basic level of long-term financial security to persons whose personal situation makes them unable to achieve this goal, so important to life and dignity. [Emphasis added.]

In this spirit, Parliament has created, among others, such legislation as the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, and the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9.

165 The above analysis is illustrative of the "real human and fiscal factors" that formed the basis of the trial judgement. I agree with Rutherford J. in the following extract, at pp. 140-41:

In my view, each year in the life of Mr. Best's pension is not equal. In early years plan members pay relatively smaller contributions based on smaller salaries than they do in later years. But more important to "value" is the year's distance from or proximity to realization of the benefit. The value of the year's contribution has everything to do with how long it is until the yield or return of benefit, because the closer it is to return, the more valuable, in dollar terms, it becomes. This dimension has its human side. From both spouses' point of view, a year of benefit accrual when they are young is of different significance to when they are in their 50s or 60s and

Par exemple, le juge La Forest a affirmé, au nom de la Cour à la majorité dans *McKinney*, précité, à la p. 299:

À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes.

Le Parlement et les législatures ont, à maintes reprises, manifesté leur intention de protéger les personnes susceptibles d'être plus vulnérables dans notre société en raison du fait qu'elles vieillissent. Le juge Iacobucci écrit, dans l'arrêt *Law*, précité, au par. 103:

En établissant un régime de pensions qui accorde des prestations suivant l'âge du survivant, le législateur semble avoir voulu allouer les fonds aux personnes dont la capacité de subvenir à leurs besoins était la plus faible. Sa préoccupation était de promouvoir la dignité et la liberté de la personne en assurant une sécurité financière de base à long terme aux personnes dont la situation les rend incapables d'atteindre ce but, qui revêt tant d'importance sur les plans de la vie et de la dignité. [Je souligne.]

C'est dans cet esprit que le Parlement a adopté, notamment, des lois telles que le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, et la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9.

L'analyse qui précède illustre bien les «facteurs concrets d'ordre fiscal et humain» qui ont été à la base du jugement de première instance. Je suis d'accord avec le passage suivant des motifs du juge Rutherford, aux pp. 140 et 141:

[TRADUCTION] À mon avis, chacune des années de la vie de la pension de M. Best n'a pas une valeur égale. Dans les premières années, les participants au régime paient des cotisations relativement moins élevées — établies en fonction de salaires inférieurs — que celles qu'ils paient plus tard. Mais ce qu'il est plus important d'«évaluer», c'est la distance qui sépare l'année en cause de la date du début du paiement des prestations. La valeur de la cotisation versée dans l'année dépend du temps qu'il reste à courir jusqu'au paiement des prestations, car plus elle est rapprochée du paiement, plus sa valeur pécuniaire devient importante. Cet aspect a une

have much less time to prepare for their future security.
[Emphasis added.]

V. Conclusion and Disposition

For the foregoing reasons, I dissent from my colleague's analysis in that I am of the view, shared by both the trial judge and the Court of Appeal, that the value-added method is the one which is more consistent with the wording and spirit of the Act. The value-added method is the appropriate method under the *Family Law Act* for calculating the asset of the parties, in this case the appellant's pension. I would, accordingly, dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal allowed in part, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Barnes, Sammon, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Tierney, Stauffer, Ottawa.

dimension humaine. Du point de vue des deux conjoints, une année d'accumulation du droit à pension lorsqu'ils sont jeunes n'a pas la même importance que lorsqu'ils sont dans la cinquantaine ou la soixantaine et qu'ils disposent de beaucoup moins de temps pour préparer leur sécurité future. [Je souligne.]

V. Conclusion et dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je ne suis pas d'accord avec l'analyse de mon collègue, car je suis d'avis, à l'instar du juge de première instance et de la Cour d'appel, que la méthode de la valeur ajoutée est celle qui est la plus conforme au texte et à l'esprit de la Loi. La méthode de la valeur ajoutée est celle qui doit être utilisée, dans l'application de la *Loi sur le droit de la famille*, afin de calculer la valeur du bien des parties qui est en cause, en l'occurrence la pension de l'appelant. Par conséquent, je rejeterais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli en partie, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente en partie.

Procureurs de l'appelant: Barnes, Sammon, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Tierney, Stauffer, Ottawa.