

**Willis Barclay Frederick Boston** *Appellant*

v.

**Shirley Isobel Boston** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action Fund** *Intervener*

INDEXED AS: BOSTON v. BOSTON

Neutral citation: 2001 SCC 43.

File No.: 27682.

2001: January 17; 2001: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Family law — Spousal support — Variation on retirement — Double recovery — Pension income — Whether retired payor spouse entitled to seek reduction of support payments to former spouse on basis that pension being received was previously considered in equalization of matrimonial property — Whether spouse who received assets in exchange for capitalized value of other spouse's pension has obligation to invest those assets in order to produce income — If assets not invested, whether court will impute income to payee spouse, based on what those assets could produce if invested, thereby reducing spousal support obligation.*

The parties separated in 1991 after a 36-year marriage in which the wife was a homemaker with primary responsibility for raising their seven children, while the husband pursued his career in education and financially supported the family. In 1994, the husband and wife consented to a judgment dividing their accumulated assets. The husband received approximately \$385,000 in assets, of which \$333,329 was attributable to the value of his pension. The wife received the matrimonial home, surrounding lands, household contents and RRSPs as

**Willis Barclay Frederick Boston** *Appellant*

c.

**Shirley Isobel Boston** *Intimée*

et

**Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : BOSTON c. BOSTON

Référence neutre : 2001 CSC 43.

N° du greffe : 27682.

2001 : 17 janvier; 2001 : 12 juillet.

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

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

*Droit de la famille — Obligation alimentaire entre conjoints — Modification lors de la retraite — Double indemnisation — Revenu provenant de la pension de retraite — Le conjoint débiteur à la retraite a-t-il le droit de demander la réduction de son obligation alimentaire envers un ex-conjoint en raison du fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie de l'égalisation des biens matrimoniaux? — Le conjoint qui a reçu des biens en échange de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint a-t-il l'obligation d'investir ces biens de manière à produire un revenu? — Si les biens ne sont pas investis, la cour devrait-elle attribuer au conjoint un revenu en fonction de ce que ces biens pourraient produire s'ils avaient été investis et réduire en conséquence l'obligation alimentaire envers ce conjoint?*

Les parties se sont séparées en 1991 après 36 ans de mariage pendant lequel la femme est demeurée au foyer et était principalement chargée d'élever leurs sept enfants, alors que le mari poursuivait sa carrière dans l'enseignement et pourvoyait aux besoins financiers de la famille. En 1994, le mari et la femme ont consenti à un jugement qui partageait leurs biens accumulés. Le mari a reçu des biens valant environ 385 000 \$, dont 333 329 \$ représentait la valeur de sa pension de retraite. La femme a obtenu le foyer conjugal, son con-

her share of the assets, amounting to approximately \$370,000. In addition, the husband agreed to pay the wife \$3,200 per month in spousal support, indexed annually to the cost of living. At the time of judgment, the husband was earning \$115,476 as Director of Education, while the wife had no income from employment. The husband, who had remarried, retired in 1997, and his total pension income thereafter was \$8,000 per month. The larger portion of the pension, \$5,300 per month, came from assets he retained on equalization, while the smaller portion, \$2,300 per month, was earned since separation and not part of the equalization of net family property. The balance of \$431 per month the husband receives as a CPP benefit. The wife invested her assets prudently and they are now worth over \$493,000. By contrast, the husband's capital assets exceed his debts by \$7,000. In 1998, the husband applied to reduce the amount of spousal support provided for in the consent judgment, claiming that his retirement, reduced income, and systematic depletion of his pension as capital amounted to a material change in circumstances. The husband submitted that, considering the earlier division of assets, the wife had an obligation to contribute to her own support and only the unequalized portion of his pension should be considered when determining support on a variation application. The motions judge accepted the husband's position, and reduced the amount of monthly support from \$3,433.12, indexed, to \$950, unindexed. The Court of Appeal raised this amount to \$2,000 per month, indexed to the cost of living. The husband appealed from this decision.

*Held* (L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The motions judge's award should be reinstated, with the further order that the monthly amount be indexed and arrears, if any, of spousal support paid to the wife.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: The retired payor spouse was entitled in this case to reduce his support obligation to his former wife on the basis that the pension now being received was previously considered in the distribution of matrimonial property.

tenu et les terrains avoisinants, et des REER comme part des biens, valant environ 370 000 \$. De plus, le mari a accepté de verser une pension alimentaire, indexée annuellement sur le coût de la vie, de 3 200 \$ par mois à la femme. Au moment du jugement, le mari avait un salaire de 115 476 \$ comme directeur de l'enseignement, alors que la femme n'avait aucun revenu d'emploi. Le mari, qui s'est remarié, a pris sa retraite en 1997 et son revenu total de pension était de 8 000 \$ par mois. La partie la plus importante de la pension de retraite, de 5 300 \$ par mois, provenait des biens que le mari a conservés à l'égalisation des biens matrimoniaux alors que la partie la moins importante de la pension de retraite, de 2 300 \$ par mois, a été gagnée depuis la séparation et ne faisait pas partie de l'égalisation des biens familiaux nets. Le mari reçoit également des prestations du RPC de 431 \$ par mois. La femme a sagement investi ses biens et ceux-ci valent maintenant plus de 493 000 \$. Or, les biens en capital du mari excèdent de 7 000 \$ ses dettes. En 1998, le mari a demandé une réduction du montant de la pension alimentaire fixée dans le jugement sur consentement, prétendant que sa retraite, la diminution de son revenu et l'épuisement systématique de sa pension de retraite comme capital avaient fait en sorte que sa situation avait changé de façon importante. Le mari a soutenu que, compte tenu du partage précédent des biens, la femme avait l'obligation de subvenir à ses propres besoins et seulement la partie de sa pension de retraite qui n'avait pas servi au calcul d'égalisation devrait être prise en considération dans la fixation d'une pension alimentaire dans le cadre d'une demande de modification. Le juge des requêtes a accepté la position du mari et a réduit le montant de la pension alimentaire de 3 433,12 \$ par mois indexée à 950 \$ par mois, non indexée. La Cour d'appel a porté le montant de la pension alimentaire à 2 000 \$ par mois, indexée sur le coût de la vie. Le mari a interjeté appel contre cette décision.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La décision du juge des requêtes est rétablie avec l'ordonnance supplémentaire que la somme mensuelle soit indexée et que l'arriéré de pension alimentaire, le cas échéant, soit versé à la femme.

*Le* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Le conjoint débiteur à la retraite a le droit, en l'espèce, de réduire son obligation alimentaire envers son ex-conjointe en raison du fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie du partage des biens matrimoniaux.

A pension is “property” under the Ontario *Family Law Act* and must be included in the equalization of net family property. Where, as here, a pension is divided by the lump sum method under a compensatory spousal support order or agreement, the pension-holding spouse must transfer real assets to the payee spouse in order to equalize matrimonial property. The payee spouse must use the assets received on equalization to create a “pension” to provide for her future support based upon the principle that the payee spouse should attempt to generate economic self-sufficiency as far as it is reasonable. For spouses who remained at home during a long marriage, self-sufficiency will not be practicable, but where the payee spouse receives assets on equalization in exchange for a part of her former spouse’s pension entitlement, she must use those assets in a reasonable attempt to generate income at least by the time the pension starts to pay out. Failure to make a reasonable attempt to produce an income from equalized assets may result in the imputation of income to the payee spouse, based upon actuarial evidence. The obligation on the payee spouse to generate income from her assets would be satisfied by investing in a capital depleting income fund which would provide a regular annual income.

The support payments should provide a level of income sufficient to maintain a lifestyle that is comparable to that enjoyed during the marriage. Here, the spousal support was mainly compensatory, the purpose of which is to relieve economic hardship suffered by reason of the marriage or its breakdown. When spousal support plays a compensatory role on marriage breakdown, it may be unreasonable to expect the payee spouse to generate investment income from the matrimonial home, as the ability to remain in it usually assists the payee spouse and children to maintain their previous lifestyle. When support is based on need, different considerations apply, so that where the value of the family home has become disproportionate to the means of the parties, equity may require that it be sold and replaced appropriately.

There is no reason *per se* that spousal support cannot continue past the retirement date of the pension-holding spouse, but need, ability to pay and double recovery must all be considered. It is generally unfair to allow the payee spouse to reap the benefit of the pension both as

Une pension de retraite est un « bien » au sens où l’entend la *Loi sur le droit de la famille* de l’Ontario et doit faire partie de l’égalisation des biens familiaux nets. Dans le cas où, comme en l’espèce, on applique à la pension de retraite la méthode de la « somme globale » conformément à une ordonnance ou entente alimentaire compensatoire, le conjoint participant doit transférer des biens actuels au conjoint bénéficiaire afin d’égaliser les biens matrimoniaux. Le conjoint bénéficiaire doit se servir des biens reçus à l’égalisation pour créer une « pension de retraite » qui lui permettrait éventuellement de subvenir à ses besoins sur le fondement du principe selon lequel, dans la mesure où c’est raisonnable, le conjoint bénéficiaire devrait essayer de parvenir à l’autonomie financière. Pour les conjoints qui sont restés à la maison pendant le mariage, l’autonomie ne sera pas réalisable, mais lorsque le conjoint bénéficiaire reçoit des biens à l’égalisation en échange d’une part du droit à pension de son ex-conjoint, il doit se servir de ces biens pour tenter raisonnablement de produire un revenu du moins au plus tard lorsque la pension de retraite commence à être versée. À défaut d’essayer de tirer un revenu à partir de biens égalisés, un revenu peut être imputé au conjoint bénéficiaire sur le fondement d’éléments de preuve actuarielle. L’obligation pour le conjoint bénéficiaire de tirer un revenu de ses biens serait remplie par l’investissement dans un fonds à revenu à épuisement de capital qui lui assurerait un revenu annuel régulier.

Les paiements de pension alimentaire devraient assurer un niveau de revenu suffisant pour maintenir un style de vie comparable à celui dont les conjoints bénéficiaient pendant le mariage. En l’espèce, la pension alimentaire était principalement compensatoire et visait à remédier aux difficultés économiques suscitées par le mariage ou par sa rupture. Dans le cas où la pension alimentaire joue un rôle compensatoire à la rupture du mariage, il peut être déraisonnable de s’attendre à ce que le conjoint bénéficiaire tire un revenu de placement à même le foyer conjugal, car la capacité d’y demeurer contribue habituellement au maintien du style de vie du conjoint bénéficiaire et des enfants. Des considérations différentes s’appliquent lorsque la pension alimentaire est fondée sur le besoin, de sorte que si la valeur du foyer conjugal devient disproportionnée par rapport aux moyens des parties, l’équité peut commander qu’il soit vendu et remplacé convenablement.

Il n’existe aucune raison en soi que la pension alimentaire ne puisse pas continuer à être versée après la date de la retraite du conjoint participant, mais il convient de tenir compte des besoins, de la capacité de payer et de la double indemnisation. Il est généralement

an asset and then again as a source of income, particularly where the payee spouse receives capital assets which she uses to grow her estate. To avoid double recovery, the court should, where practicable, focus on the portion of the payor's income and assets which have not been a part of the equalization division when the payee spouse's continuing need for support is shown. This would include the portion of the payor's pension earned after separation and not subject to equalization. Double recovery cannot always be avoided, and a pension previously divided can also be viewed as a maintenance asset, where the payor has the ability to pay, where the payee has made a reasonable effort to use equalized assets in an income-producing way and despite this, economic hardship from the marriage or its breakdown persists. Double recovery may also be permitted in spousal support orders/agreements based upon need as opposed to compensation.

In the case at bar, the amount of support should be reduced based on the material change in circumstances and the ability of the wife to reasonably produce an income from her investments. The motions judge's award of \$950 per month was carefully assessed by her and deference must be paid to that decision. The motions judge considered the relevant factors and properly concluded in this case that the unequalized portion of the husband's pension was the principal consideration in the support to be paid. The Court of Appeal erred in determining that the amount of support awarded was outside the realm of reasonableness, overlooking the obligation to fairly avoid double recovery. The wife would not suffer hardship if double recovery were not permitted, based on the asset position of both parties at the time of the application to vary.

*Per L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. (dissenting):* The Court of Appeal judgment should be upheld. The case is a straightforward matter of assessment of the needs and means of the former spouses in the context of the dynamic relationship that arises from the marriage and its breakdown. The law of support must address a wide spectrum of life experiences. Although the courts have

inéquitable de permettre au conjoint bénéficiaire de tirer avantage de la pension de retraite à la fois comme un bien et par la suite comme une source de revenu, particulièrement quand le conjoint bénéficiaire reçoit des biens en capital qu'il conserve ensuite pour augmenter son patrimoine. Pour éviter la double indemnisation, le tribunal devrait, lorsque c'est possible, s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui n'ont pas fait partie du partage d'égalisation quand il est prouvé que le conjoint bénéficiaire a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins. La portion de la pension de retraite qui a été gagnée après la séparation et qui n'est pas assujettie à l'égalisation serait incluse. La double indemnisation ne peut pas toujours être évitée et une pension de retraite qui a déjà été divisée peut également être considérée comme un bien alimentaire quand le conjoint débiteur possède la capacité de payer, quand le conjoint bénéficiaire a fait des efforts raisonnables pour utiliser les biens visés par l'égalisation de manière à produire un revenu et que, malgré cela, des difficultés économiques découlant du mariage ou de sa rupture subsistent. La double indemnisation peut également être autorisée dans les ordonnances et ententes alimentaires fondées principalement sur le besoin plutôt que sur l'indemnisation.

Dans la présente affaire, le montant de la pension alimentaire devrait être réduit parce que la situation a changé de façon importante et que la femme est raisonnablement en mesure de produire un revenu de ses investissements. Le montant mensuel de 950 \$ fixé par le juge des requêtes a été soigneusement évalué par elle et il faut témoigner de la déférence à cette décision. Le juge des requêtes a tenu compte des facteurs pertinents et a conclu, à bon droit, qu'en l'espèce la partie de la pension du mari qui n'a pas servi au calcul d'égalisation représentait la considération principale dans la pension alimentaire devant être versée. La Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le montant de la pension alimentaire accordé excédait le domaine du caractère raisonnable, ne tenant pas compte de l'obligation d'éviter équitablement la double indemnisation. La femme n'éprouverait pas de difficultés si la double indemnisation n'était pas autorisée compte tenu des biens détenus par les deux parties qui ont été considérés au moment de la demande de modification.

*Les juges L'Heureux-Dubé et LeBel (dissidents):* Le jugement de la Cour d'appel est confirmé. Il s'agit d'une affaire très simple d'évaluation des besoins et des ressources des ex-conjoints dans le cadre de la relation dynamique qui découle du mariage et de son échec. Le droit en matière d'obligation alimentaire doit traiter un vaste éventail d'expériences de vie. Bien que les tribu-

identified models of marriage, none of the classifications can account for all situations. The categories must not be closed and inflexible, and none of the legislative purposes behind spousal support should take precedence over the others. The three bases for support are contract/consent, compensation for economic hardship, and a non-compensatory model related to the concrete needs of the spouses. In this case, support must rest on an assessment of the means and needs of the parties, and the need to compensate the wife, who stayed at home, and gave up economic independence. The first objective is to ensure that the dependent spouse has enough to live on, taking into consideration the past income and living standards of the parties.

The view that the income stream arising out of an already equalized pension should be insulated from contribution to support, because this amounts to double dipping, is rejected. It is mistaken to limit the availability of the pension asset for spousal support and to view the pension as a finally allocated asset, ignoring that it operates primarily as a source of income. The Ontario *Family Law Act* does not alter the complex factors and objectives governing spousal support before or after the retirement of the debtor spouse. Spousal support continuing past the payor's retirement does not give the dependent spouse a double benefit of the pension. Even though the income stream belongs to the husband, this does not mean it cannot be accessed in order to redress the economic disadvantages of the wife that continue to flow from the marriage or its breakdown. All income streams are relevant in the assessment of means and needs and of the proper level of support considering the lifestyle and the living experience of the couple.

Upon the husband's retirement, it was fair in the process of support determination for the courts to consider the assets of both parties and the income that could be generated from them if they were used efficiently. The husband had kept his entire pension rights with the financial and personal security that flows from them, while his wife, by reason of her moderate lifestyle, had made safe investments and had a substantial asset base under her control. The Court of Appeal imputed an

naux aient défini des modèles de mariage, aucune des classifications ne rend compte de toutes les situations. Les catégories ne doivent pas être fermées et rigides et aucun des objectifs législatifs sous-jacents à la pension alimentaire ne doit avoir préséance sur les autres. Les trois fondements à la pension alimentaire sont un contrat/consentement, une indemnisation pour les difficultés économiques et un modèle non compensatoire relatif aux besoins très concrets des conjoints. En l'espèce, l'ordonnance alimentaire doit reposer sur une évaluation des besoins et des ressources des parties et le besoin d'indemniser la femme qui est demeurée à la maison et qui a renoncé à l'indépendance économique. Le premier objectif est de s'assurer que le conjoint à charge dispose de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins, en tenant compte du revenu et du niveau de vie antérieurs des parties.

L'opinion selon laquelle le flux de revenu découlant d'une pension de retraite ayant déjà fait l'objet d'une égalisation ne devrait pas servir au paiement d'une pension alimentaire parce que cela équivaldrait à une double ponction est rejetée. Il est incorrect de limiter la disponibilité des avoirs de retraite aux fins du paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint et de considérer la pension de retraite comme un bien finalement attribué sans prendre en considération le fait que celle-ci tient lieu principalement de source de revenu. La *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario ne modifie pas les facteurs et les objectifs complexes qui régissent l'obligation alimentaire entre conjoints avant ainsi qu'après la retraite du conjoint débiteur. Le paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint, qui se poursuit après la retraite du payeur, ne procure pas au conjoint à charge un double bénéfice à l'égard de la pension de retraite. Même si le flux de revenu provenant de la pension de retraite appartient au mari, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'est pas possible d'y accéder afin de parer aux inconvénients économiques que la femme continue de subir en raison du mariage ou de sa rupture. Tous les flux de revenu restent pertinents dans l'évaluation des ressources et des besoins et de la pension alimentaire qu'il convient d'accorder eu égard au style de vie et à l'expérience de vie du couple.

À la retraite du mari, il était juste, dans le cadre de la fixation de la pension alimentaire, que les tribunaux prennent en considération les biens des deux parties et le revenu que ces biens pouvaient générer s'ils étaient utilisés efficacement. Le mari avait conservé tous ses droits à une pension de retraite avec la sécurité financière et personnelle qui en découle, alors que sa femme, en raison de son style de vie modéré, avait fait des investissements prudents et disposait donc d'un actif important.

income from the assets controlled by the wife but, nevertheless, given the circumstances of the parties, held that the variation of support by the motions judge was unreasonable and raised the amount of support to \$2,000 per month. The Court of Appeal judgment acknowledges the lack of independence flowing from the wife's married life and its breakdown, factoring in her former lifestyle, living standards and her need to acquire financial security. The husband, with a pension of about \$100,000 per year, retains a fairly comfortable lifestyle. Under these circumstances, the wife is entitled to a reasonable standard of living without having to engage in a massive program of liquidation of assets.

An analysis based on the nature of the assets may skew the proper approach to support. Here, the needs were established, after making allowance for the efficient use of assets under the wife's control. These needs should be evaluated reasonably, given the standard of living of the parties during the marriage and the imperative of long-term financial protection.

#### Cases Cited

By Major J.

**Applied:** *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; **referred to:** *Best v. Best*, [1999] 2 S.C.R. 868; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112; *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24; *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Grainger v. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101; *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Rintjema v. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL); *Hutchison v. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377; *Campbell v. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462.

By LeBel J. (dissenting)

*Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *LeMoine v. LeMoine* (1997), 185 N.B.R. (2d) 173; *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147; *Iurincic v. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258; *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Dolman v. Dolman* (1998),

La Cour d'appel a attribué un revenu aux biens sous le contrôle de la femme, mais a néanmoins jugé, compte tenu de la situation des parties, que la modification qu'avait apportée le juge des requêtes au montant de la pension alimentaire était déraisonnable et a porté le montant de la pension alimentaire à 2 000 \$ par mois. Le jugement de la Cour d'appel reconnaît le manque d'indépendance qui découle de la vie conjugale de la femme et de la rupture de son mariage, et qu'il devait être tenu compte de son style de vie et de son niveau de vie antérieurs ainsi que son besoin d'acquiescer une certaine sécurité financière. Le mari avec une pension de retraite annuelle de près de 100 000 \$ conserve un style de vie assez confortable. Dans ces circonstances, la femme a droit à un niveau de vie raisonnable sans être obligée de procéder à une liquidation importante de ses biens.

Une analyse fondée sur la nature des biens peut altérer la manière correcte d'envisager la pension alimentaire. En l'espèce, les besoins ont été établis après la prise en considération de l'utilisation efficace de biens sous le contrôle de la femme. Ces besoins devraient être raisonnablement évalués en tenant compte du niveau de vie des parties pendant le mariage et de la nécessité d'une protection financière à long terme.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêt appliqué :** *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; **arrêts mentionnés :** *Best c. Best*, [1999] 2 R.C.S. 868; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112; *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24; *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Grainger c. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101; *Nantais c. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Rintjema c. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL); *Hutchison c. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377; *Campbell c. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *LeMoine c. LeMoine* (1997), 185 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 173; *Nantais c. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Ross c. Ross* (1995), 168 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 147; *Iurincic c. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258; *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Dolman c. Dolman* (1998),

38 R.F.L. (4th) 362; *Carter v. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314; *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 426.  
*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).  
*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 4(1) “property”, 5(1), (6), 7, 9, 33, 37.  
*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8.

#### Authors Cited

Goubau, Dominique. “The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada” (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333.  
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.  
Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. *The Law of Family Property*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.  
McLeod, James G. Annotation to *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253.  
Payne, Julien W., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.  
Walker, Tom. “Double Dipping: Can a Pension Be Both Property and Income?”, in *Best of Money & Family Law*, vol. 9, No. 12, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 126 O.A.C. 296, [1999] O.J. No. 4140 (QL), allowing the respondent’s appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) reducing the amount of spousal support. Appeal allowed, L’Heureux-Dubé and LeBel JJ. dissenting.

*J. Yvonne Pelley and Susan Tindal*, for the appellant.

*Maurice J. Neirinck*, for the respondent.

*Nicole Tellier and Joanna Radbord*, for the intervenor.

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

MAJOR J. — “Double recovery” or “double dipping” are terms that have come to describe the situation where, after an equal division of assets on

38 R.F.L. (4th) 362; *Carter c. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314; *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 426.  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).  
*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 4(1) « bien », 5(1), (6), 7, 9, 33, 37.  
*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8.

#### Doctrine citée

Goubau, Dominique. « The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada » (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333.  
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.  
Hovius, Berend, and Timothy G. Youdan. *The Law of Family Property*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1991.  
McLeod, James G. Annotation to *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253.  
Payne, Julien W., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.  
Walker, Tom. « Double Dipping : Can a Pension Be Both Property and Income? », in *Best of Money & Family Law*, vol. 9, No. 12, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1999), 126 O.A.C. 296, [1999] O.J. No. 4140 (QL), qui a accueilli l’appel de l’intimée contre un jugement de la Cour de l’Ontario (Division générale) qui avait réduit le montant de la pension alimentaire. Pourvoi accueilli, les juges L’Heureux-Dubé et LeBel sont dissidents.

*J. Yvonne Pelley et Susan Tindal*, pour l’appellant.

*Maurice J. Neirinck*, pour l’intimée.

*Nicole Tellier et Joanna Radbord*, pour l’intervenant.

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

LE JUGE MAJOR — Les expressions « double indemnisation » ou « double ponction » décrivent une situation où, après un partage égal des biens à

marriage breakdown, one spouse claims continued support from the previously divided or equalized assets of the other spouse. This usually arises, as here, when a pension is involved. In place of the common designations of “appellant” and “respondent”, the use of the terms “husband” and “wife” from time to time in these reasons might add to the clarity of what follows.

<sup>2</sup> Pension rights give rise to special difficulties in questions of spousal support. Under the Ontario *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, a pension right must be valued as a capital asset that is an entitlement to a future income stream. After retirement, the pension changes from a capital asset into an income asset. When the pension is in pay, in a sense, the pension asset is being liquidated.

<sup>3</sup> When a pension changes from an asset into income the “double recovery” difficulty can arise, usually in the following way. On marriage dissolution, the parties equalize the matrimonial assets. The pension-holding spouse (the husband in this appeal) must include the future right to his pension as part of his net family property. For the husband to retain his pension, the payee spouse (the wife in this appeal) must get other assets of the same value, in order to equalize their net family property. While the husband is still employed, he may be obliged to make spousal support payments to the wife. When he retires, however, and his pension comes into pay, the wife is said to be making a double recovery if she continues to receive spousal support from the husband’s pension income, as she received assets equal to the capital value of the pension at the time of settlement. If support payments from the pension are maintained, she is collecting twice from the same source.

la rupture d’un mariage, un conjoint sollicite une obligation alimentaire permanente tirée des biens de l’autre conjoint qui ont déjà fait l’objet du partage ou de l’égalisation. Cette situation survient généralement, comme en l’espèce, quand une pension de retraite est visée. Plutôt que les désignations habituelles d’« appellant » et d’« intimée », l’utilisation occasionnelle des termes « mari » et « femme » dans les présents motifs pourrait permettre de mieux comprendre ce qui suit.

Des droits de pension de retraite soulèvent des problèmes particuliers dans le cas de la pension alimentaire. Aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, un droit de pension de retraite doit être considéré comme un bien en capital qui représente un droit à un flux de revenu éventuel. À la retraite, la pension de retraite passe d’un bien en capital à un bien en revenu. Quand la pension de retraite est versée, dans un certain sens, les avoirs de retraite sont liquidés.

Quand une pension de retraite se transforme d’un bien en un revenu, le problème de la « double indemnisation » peut se poser, habituellement de la manière suivante. À la dissolution du mariage, les parties répartissent également les biens matrimoniaux. Le conjoint participant (le mari dans le présent pourvoi) doit inclure le droit futur à sa pension de retraite dans ses biens familiaux nets. Pour que le mari conserve sa pension de retraite, le conjoint bénéficiaire (la femme dans le présent pourvoi) doit obtenir d’autres biens de même valeur, aux fins d’égalisation des biens familiaux nets. Tant qu’il travaille, le mari peut être tenu de verser une pension alimentaire mensuelle à l’épouse. Toutefois, lorsqu’il prend sa retraite et commence à percevoir sa pension de retraite, on affirme que l’épouse reçoit une double indemnisation si elle continue de recevoir des versements de pension alimentaire faits sur le revenu de pension du mari, car elle a obtenu des biens égaux à la valeur en capital de la pension de retraite au moment du règlement. Si le paiement de la pension alimentaire provenant de la pension de retraite se poursuit, la femme perçoit deux fois des biens de la même source.



Is the husband therefore entitled to reduce the support obligation to his former wife when he retires on the basis that his pension was previously part of the agreed division of the matrimonial property?

In this appeal, the appellant husband sought to reduce the amount of spousal support provided to the wife because he had retired, his pension was in pay and his income was reduced. He also argued that his ability to pay support should not be determined using his pension income, as this was the same pension that was previously divided with the wife on the equalization of net family property.

The motions judge reduced the amount of spousal support from \$3,433.12 per month (indexed annually to the cost of living) to \$950 per month (not indexed). The Court of Appeal varied this amount to \$2,000 per month (indexed). The husband appealed to reinstate the spousal support award of the motions judge. For the reasons outlined, this appeal is allowed and the \$950 per month award of the motions judge reinstated with indexing and arrears, if any, added.

#### I. Facts

Willis Boston and Shirley Boston separated in 1991 after a 36-year marriage. At the time of separation, the husband was employed as a Director of Education. The wife was a homemaker throughout the marriage and was never employed outside the home. She took care of their seven children and the household and, to that significant extent, assisted with the husband's career.

On October 21, 1994 the parties consented to a judgment which settled property and support matters. The total of the combined assets, while not precise, was approximately \$750,000. On equalization, the husband retained his Ontario Teachers' pension, which was valued at \$333,329 after tax on the valuation date. He also received one half of the

Le mari a-t-il donc le droit de réduire l'obligation alimentaire envers son ex-femme quand il prend sa retraite sur le fondement du principe selon lequel sa pension de retraite avait auparavant fait partie du partage convenu des biens matrimoniaux?

Dans le cadre du présent pourvoi, le mari appellant a cherché à réduire le montant de la pension alimentaire versée à la femme parce qu'il a pris sa retraite, que sa pension de retraite a commencé à lui être versée et que son revenu a diminué. Il a également prétendu que sa capacité de verser une pension alimentaire ne devrait pas être déterminée à l'aide de son revenu de pension de retraite, car il s'agissait de la même pension qui avait été précédemment partagée avec la femme dans le cadre du processus d'égalisation des biens familiaux nets.

Le juge des requêtes a réduit le montant de la pension alimentaire qui s'élevait à 3 433,12 \$ par mois (indexée annuellement sur le coût de la vie) à 950 \$ par mois (non indexée). La Cour d'appel a fixé cette somme à 2 000 \$ par mois (indexée). Le mari a interjeté appel en vue de rétablir la pension alimentaire accordée par le juge des requêtes. Pour les motifs exposés, le présent pourvoi est accueilli et la somme de 950 \$ par mois adjugée par le juge des requêtes est rétablie avec l'indexation et l'arriéré, le cas échéant, ajouté.

#### I. Les faits

Willis Boston et Shirley Boston se sont séparés en 1991 après 36 ans de mariage. Au moment de la séparation, le mari travaillait comme directeur de l'enseignement. La femme est demeurée au foyer pendant toute la durée du mariage et n'a jamais travaillé à l'extérieur de la maison. Elle a pris soin de leurs sept enfants et du ménage et, dans cette large mesure, a contribué à la carrière de son mari.

Le 21 octobre 1994, les parties ont consenti à un jugement qui réglait les questions de biens et de pension alimentaire. Le total des biens combinés, quoique imprécis, était d'environ 750 000 \$. À l'égalisation, le mari a conservé sa pension de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario, qui était évaluée à 333 329 \$ après

4

5

6

7

8

proceeds of the sale of the family cottage of \$23,694 as well as items from a farming business, some furniture, personal property and a 1991 Oldsmobile totalling about \$65,000. As well, the husband assumed payments of all debts arising out of the marriage amounting to approximately \$65,000.

impôt à la date d'évaluation. Il a également obtenu la moitié du produit de la vente de la maison de campagne familiale de 23 694 \$, ainsi que des articles d'une exploitation agricole, des meubles, des biens personnels et une voiture de marque Oldsmobile de 1991 pour un total d'environ 65 000 \$. De plus, le mari s'est chargé de toutes les dettes découlant du mariage qui s'élevaient à environ 65 000 \$.

9 The wife received the mortgage-free matrimonial home on 168 acres of land and its contents, all valued at \$213,000. She received one half of the proceeds of sale of the family cottage of \$23,694 and a 1992 Honda worth \$2,000. She also received payments of \$18,000 and \$25,000 that were transferred by the husband in RRSPs, in partial discharge of the equalization payments owing to her.

La femme a obtenu le foyer conjugal, exempt d'hypothèque, situé sur une terre de 168 acres, avec son contenu, le tout d'une valeur de 213 000 \$. Elle a reçu la moitié du produit de la vente de la maison de campagne familiale de 23 694 \$ ainsi qu'une voiture de marque Honda de 1992 valant 2 000 \$. Elle a également obtenu des sommes de 18 000 \$ et de 25 000 \$ — qui ont été transférées par le mari dans des REER — en règlement partiel des paiements d'égalisation qui lui étaient dus.

10 Three parcels of vacant lands were sold to the parties' son in trust for \$68,500 of which the wife received \$64,000. She collected half of the proceeds of sale amounting to \$34,250 and also received \$24,000 from the husband as another installment to her equalization payment which was deducted from his half of the proceeds of sale of the vacant lands. The amount of \$6,100 was also deducted from the husband's half of the proceeds and paid to the wife by way of arrears for spousal support. The husband retained approximately \$4,000 in total from the proceeds of sale of the vacant lands.

Trois parcelles de terrains vagues ont été vendues au fils des parties, en fiducie, pour la somme de 68 500 \$ de laquelle la femme a obtenu 64 000 \$. Elle a touché la moitié du produit de la vente, soit 34 250 \$, en plus de recevoir 24 000 \$ du mari — au titre des paiements d'égalisation — somme qui a été déduite de sa moitié à lui du produit de la vente des terrains vagues. La somme de 6 100 \$ a également été soustraite de la moitié du produit de la vente destiné au mari et a été versée à la femme à titre d'arriéré de pension alimentaire. Le mari a conservé environ 4 000 \$ au total du produit de la vente des terrains vagues.

11 Four remaining vacant lots were sold after the hearing of the motion in March 1999 but before the appeal in November 1999. The parties sold one parcel to their daughter and divided the proceeds of \$16,000 equally. The other three lots were transferred to the wife, who sold to a third party and paid the husband one half of the proceeds amounting to \$16,000.

Quatre autres terrains vagues ont été vendus après l'audition de la requête en mars 1999, mais avant l'appel en novembre 1999. Les parties ont vendu une parcelle à leur fille et en ont partagé le produit de 16 000 \$ également. Les trois autres parcelles ont été transférées à la femme, qui les a vendues à un tiers et a versé au mari la moitié du produit s'élevant à 16 000 \$.

12 In summary and in general terms, the consent judgment provided an almost equal division of matrimonial assets. The husband received net assets of approximately \$385,000 (\$333,329 being

En résumé et en termes généraux, le jugement sur consentement prévoyait un partage presque égal des biens matrimoniaux. Le mari a reçu des biens nets valant environ 385 000 \$ (333 329 \$

the capitalized value of his pension) and the wife received assets of approximately \$370,000.

At the time of the consent judgment in 1994, the husband's income from employment was approximately \$115,476 per year as a Director of Education. He agreed to pay the wife \$3,200 per month in spousal support, indexed annually to the cost of living.

The parties divorced in 1995 and the husband remarried in 1996. He resides with his new wife, who works part time as a nurse, and with her two sons from a previous marriage.

On January 31, 1997 the husband retired but continued to work for the School Board as a consultant until the end of December 1997. He began receiving his indexed pension from the Ontario Teachers' Pension Plan Board of almost \$7,600 per month in February 1997 and his Canadian Pension Plan (CPP) benefits of around \$431 per month in August 1998. His total pension income at the hearing date was approximately \$8,000 per month.

Since the consent judgment the wife has not earned any employment income. However, since that time she has invested her assets prudently and they are now worth over \$493,000. She has no debts. By contrast, the husband's capital assets exceed his debts by \$7,000.

In January 1998 the husband applied to reduce the amount of spousal support provided for in the consent judgment of October 1994. He claimed that his retirement, his reduced income and the systematic depletion of his pension as capital amounted to a material change in circumstances.

The husband's Ontario Teacher's pension had two components. The larger portion of the pension, \$5,300 per month, came from the asset he retained on equalization of the matrimonial assets and, according to the husband, should not be considered

étant la valeur capitalisée de sa pension de retraite) et la femme a reçu des biens valant environ 370 000 \$.

À la date du jugement sur consentement en 1994, le mari gagnait annuellement comme directeur de l'enseignement un revenu d'emploi d'environ 115 476 \$. Il a accepté de verser une pension alimentaire, indexée annuellement sur le coût de la vie, de 3 200 \$ par mois à la femme.

Les parties ont divorcé en 1995 et le mari s'est remarié en 1996. Il habite avec sa nouvelle femme, qui travaille à temps partiel comme infirmière, et avec les deux fils de cette dernière nés d'un précédent mariage.

Le 31 janvier 1997, le mari a pris sa retraite, mais il a continué à travailler pour le conseil scolaire à titre de conseiller jusqu'à la fin du mois de décembre 1997. Il a commencé à recevoir sa pension de retraite indexée du Conseil du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario s'élevant à presque 7 600 \$ par mois en février 1997 et ses prestations du Régime de pensions du Canada (RPC) d'environ 431 \$ par mois en août 1998. Son revenu total de pension à la date de l'audience était d'environ 8 000 \$ par mois.

Depuis la date du jugement sur consentement, la femme n'a pas gagné de revenu d'emploi. Toutefois, depuis cette date, elle a sagement investi ses biens et ceux-ci valent maintenant plus de 493 000 \$. Elle n'a pas de dette. Or, les biens en capital du mari excèdent de 7 000 \$ ses dettes.

En janvier 1998, le mari a demandé une réduction du montant de la pension alimentaire fixée dans le jugement sur consentement en octobre 1994. Il a prétendu que sa retraite, la diminution de son revenu et l'épuisement systématique de sa pension de retraite comme capital avaient fait en sorte que sa situation avait changé de façon importante.

La pension de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario du mari comportait deux éléments. La partie la plus importante de la pension de retraite, de 5 300 \$ par mois, provenait des biens que le mari a conservés à l'égalisation des

13

14

15

16

17

18

in assessing spousal support. The second component of the pension, \$2,300 per month, was earned since separation and was not part of the equalization of assets. The husband's submission was that, considering the earlier division of assets, the wife had an obligation to contribute to her own support and only the unequalized portion of his pension should be considered when determining support on a change in circumstances.

## II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division), Family Court* — Order of Robertson J., March 16, 1999

19 The motions judge reduced the amount of support from \$3,433.12 per month (indexed annually to the cost of living) to \$950 per month (not indexed).

20 She found jurisdiction to vary the spousal support order in s. 37 of the *Family Law Act* which provides, in part, that the court may vary an order where it is satisfied that there has been a material change in circumstances. The motions judge found two material changes: "the husband has experienced a 13% overall income decrease and the bulk of his income is derived from the liquidation of an asset". According to Robertson J., without variation, the wife would receive some double recovery as she had already received 50 percent of the matrimonial assets.

21 The motions judge considered the length of the marriage, the roles assumed by the parties during the marriage, and the fact that the wife had wisely invested her share of the matrimonial assets. She noted that the wife had not earned an income from employment but had undertaken "impressive community positions of responsibility" including

biens matrimoniaux et, selon lui, ne devrait pas être prise en considération dans la fixation de la pension alimentaire. Le second élément de la pension de retraite, 2 300 \$ par mois, a été gagné depuis la séparation et ne faisait pas partie de l'égalisation des biens. La prétention du mari était que, compte tenu du partage précédent des biens, la femme avait l'obligation de subvenir à ses propres besoins et seulement la partie de sa pension de retraite qui n'avait pas servi au calcul d'égalisation devrait être prise en considération dans la fixation d'une pension alimentaire après un changement de situation.

## II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale), Cour de la famille* — Ordonnance du juge Robertson, en date du 16 mars 1999

Le juge des requêtes a réduit le montant de la pension alimentaire de 3 433,12 \$ par mois (indexée annuellement sur le coût de la vie) à 950 \$ par mois (non indexée).

Elle a jugé que l'art. 37 de la *Loi sur le droit de la famille*, qui prévoit notamment que le tribunal peut modifier une ordonnance quand il est convaincu que la situation a changé de façon importante, lui confère la compétence de modifier l'ordonnance alimentaire. Le juge des requêtes a relevé deux changements importants : [TRADUCTION] « le mari fait face à une diminution de l'ensemble de son revenu de 13 pour 100 et la majeure partie de son revenu provient de la liquidation d'un bien ». Selon le juge Robertson, sans modification, la femme recevrait une double indemnisation parce qu'elle a déjà obtenu 50 pour 100 des biens matrimoniaux.

Le juge des requêtes a pris en considération la durée du mariage, les rôles tenus par les parties pendant le mariage, et le fait que la femme avait sagement investi sa part des biens matrimoniaux. Elle a relevé que la femme n'avait pas gagné un revenu d'emploi, mais qu'elle avait occupé [TRADUCTION] « des postes de responsabilité impressionnants au sein de la communauté » dont la présidence du conseil d'administration d'un hôpital

chairing a hospital board during a period of restructure. She commented that:

[The wife's] lawyer expects me to assume she cannot find paid employment or that she need not look. . . . A lack of paid employment does not equate to a lack of skill. There is no evidence that her ability to secure paid employment has been addressed.

Robertson J. concluded that this was a “small factor” which she addressed only because her failure to do so “may undermine the value of [the wife's] role during the marriage”.

Robertson J. then reviewed the parties' financial positions. The husband had, in addition to his pension of approximately \$8,000 per month, assets of \$7,000. The wife had assets of \$493,486. The husband earned some pension credits since separation resulting in a higher pension value and these credits had not been equalized. The motions judge considered that this unequalized portion of the pension was a factor in the amount of continuing support to be paid. As previously noted, the unequalized portion of the pension amounted to \$2,300 of the \$7,600 per month of the Ontario Teachers' pension.

The motions judge concluded that the wife had an obligation to use her assets in an income-producing way. The husband, by contrast, was “asset poor” because his pension (Ontario Teachers' pension and CPP benefits) was his only source of income. He had no ability to accumulate assets. She found that:

The law discourages double recovery. Without relief, the husband would be paying twice. He has no ability to accumulate assets presently. The wife's obligation to attempt self-sufficiency extends beyond employment income. On these facts, she has an obligation to look towards her assets in an income producing way. The

pendant une période de restructuration. Elle a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION] L'avocat [de la femme] s'attend à ce que je présume que celle-ci ne peut pas trouver un travail rémunéré ou qu'elle n'a pas besoin de le faire. [. . .] L'absence de travail rémunéré ne signifie pas un manque de compétence. Il n'existe aucune preuve du fait que sa capacité [celle de la femme] d'obtenir un travail rémunéré ait été abordée.

Le juge Robertson était d'avis qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « facteur de moindre importance » qu'elle avait soulevé uniquement parce que si elle ne l'avait pas fait [TRADUCTION] « la valeur du rôle [de la femme] pendant le mariage aurait pu être sous-estimée ».

Le juge Robertson a ensuite examiné la situation financière des parties. Le mari avait, outre sa pension de retraite d'environ 8 000 \$ par mois, des biens de 7 000 \$. La femme avait des biens de 493 486 \$. Le mari a gagné des droits à pension depuis la séparation, ce qui a donné lieu à une valeur de pension plus élevée, et ces droits n'ont pas servi au calcul d'égalisation. Le juge des requêtes était d'avis que cette partie de la pension de retraite non visée par l'égalisation était un facteur favorable au maintien de la pension alimentaire. Comme je l'ai déjà signalé, la partie de la pension de retraite n'ayant pas servi au calcul d'égalisation s'élevait à 2 300 \$ sur les 7 600 \$ par mois de la pension de retraite des enseignantes et enseignants de l'Ontario.

Le juge des requêtes a conclu que la femme avait l'obligation d'utiliser ses biens de manière à produire un revenu. Le mari, au contraire, était [TRADUCTION] « pauvre en biens » parce que sa pension de retraite (la pension de retraite des enseignantes et enseignants de l'Ontario et les prestations du RPC) était sa seule source de revenu. Il n'avait pas la possibilité d'accumuler des biens. Le juge des requêtes a déclaré :

[TRADUCTION] La loi prévient la double indemnisation. Sans redressement, le mari payerait deux fois. Il n'a pas la possibilité d'accumuler des biens actuellement. L'obligation de la femme d'essayer d'atteindre l'autonomie s'étend au-delà du revenu d'emploi. Vu ces faits, elle est tenue de considérer que ses biens peuvent

22

23

husband has done this. She does not have to sell her home and the husband does not seek this. The reality is she cannot continue to save her money and live on the liquidation of the husband's main asset from the marriage, namely his pension. [Emphasis added.]

produire un revenu. Le mari l'a fait. Elle n'a pas à vendre sa maison et le mari ne cherche pas non plus à ce qu'elle le fasse. En réalité elle ne peut pas continuer à mettre de côté son argent et à vivre de la liquidation du bien principal que le mari a conservé du mariage, à savoir sa pension de retraite. [Je souligne.]

24 After finding that “[w]ithout relief, the result will be that the wife accumulates an estate and the husband liquidates his estate”, Robertson J. concluded that there was a significant material change in circumstances sufficient to reduce the support order to \$950 per month, not indexed. Any arrears were rescinded. She also provided for a review of the quantum of support when the wife reached 65 in 2002.

Après avoir dit que [TRADUCTION] « [s]ans redressement, la conséquence sera que la femme accumule un patrimoine et que le mari liquide le sien », le juge Robertson a déclaré que la situation avait changé de façon suffisamment importante pour réduire l’ordonnance alimentaire à 950 \$ par mois, non indexée. L’arriéré a été annulé. Elle a également prévu une révision du montant de la pension alimentaire quand la femme atteindra l’âge de 65 ans en 2002.

B. *Ontario Court of Appeal* (Catzman, Labrosse and Moldaver J.J.A.) (1999), 126 O.A.C. 296

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (les juges Catzman, Labrosse et Moldaver) (1999), 126 O.A.C. 296

25 The Court of Appeal set aside the motions judge’s order, varied the amount of spousal support to \$2,000 per month, indexed, and ordered the payment of arrears.

La Cour d’appel a infirmé l’ordonnance du juge des requêtes, a fixé le montant de la pension alimentaire à 2 000 \$ par mois, indexée, et a ordonné le paiement de l’arriéré.

26 In the Court of Appeal, the parties conceded that there was a material change in circumstances. The court found that there was a need on the part of the wife for support while the husband had the ability to pay it.

Devant la Cour d’appel, les parties ont admis que la situation avait changé de façon importante. La cour a jugé que la femme avait besoin d’une pension alimentaire et que le mari était en mesure de la payer.

27 The court examined the total assets of the wife that could be liquidated and estimated that she could earn a yearly investment income of approximately \$15,000 plus CPP benefits. The court found that the motions judge erred in factoring into her decision an ability on the part of the wife to earn employment income. In addition, the amount of variation allowed by the motions judge was “outside the realm of reasonableness” (para. 10).

La cour a examiné l’ensemble des biens de la femme qui pouvaient être liquidés et a évalué que celle-ci pouvait gagner annuellement un revenu de placement d’environ 15 000 \$ en plus des prestations du RPC. La cour était d’avis que le juge des requêtes avait eu tort de tenir compte dans sa décision de la capacité de la femme de gagner un revenu d’emploi. En outre, le montant de la modification accordée par le juge des requêtes [TRADUCTION] « excédait le domaine du caractère raisonnable » (par. 10).

### III. Issues

### III. Les questions en litige

28 1. Is a retired payor spouse entitled to seek to reduce the support obligation to a former spouse on the basis that the pension now being

1. Le conjoint débiteur à la retraite a-t-il le droit de demander une réduction de son obligation alimentaire envers un ex-conjoint en raison du

received was previously considered in the distribution of matrimonial property?

2. Does the spouse who received assets in exchange for a share of the capitalized value of the other spouse's pension have an obligation to invest those assets in order to produce an income? If those assets are not invested to produce an income, should the court impute to the spouse an income based on what those assets could produce if invested and thereby reduce the spousal support obligation?

#### IV. Analysis

##### A. *The Nature of Pensions*

On marriage breakdown, pensions present special difficulties in determining spousal support. In case of long-term marriages, one spouse often gives up a career in the workforce to take care of the household and/or the children and thereby assist with the other spouse's career. As a result, the non-employed spouse is dependent upon the employed spouse for income on which to live. Obviously, unlike the employed spouse, the non-employed spouse has no pension. On separation or divorce, within the concept of a compensatory order, one issue is how to fairly distribute the value of the employed spouse's pension.

The nature of a "pension" complicates matters. A pension right arises as an asset or a contingent bundle of rights to a future income stream. After retirement, when the pension produces an income, the pension asset is, in a sense, being liquidated. This has caused debate about whether a pension is property (a capital asset) or income (a maintenance asset), or a combination of both.

fait que la pension de retraite qu'il reçoit maintenant a déjà fait partie du partage des biens matrimoniaux?

2. Le conjoint qui a reçu des biens en échange d'une part de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint a-t-il l'obligation d'investir ces biens de manière à produire un revenu? Si ces biens ne sont pas investis pour produire un revenu, la cour devrait-elle attribuer au conjoint un revenu en fonction de ce que ces biens pourraient produire s'ils avaient été investis et réduire en conséquence l'obligation alimentaire à l'endroit de ce conjoint?

#### IV. L'analyse

##### A. *La nature des pensions de retraite*

À la rupture d'un mariage, les pensions de retraite posent des difficultés particulières dans la fixation de la pension alimentaire. Dans le cas des mariages de longue durée, un conjoint renoncera souvent à une carrière dans la population active pour prendre soin du ménage et/ou des enfants et contribuera ainsi à la carrière de l'autre conjoint. En conséquence, le conjoint sans emploi dépend financièrement du conjoint ayant un emploi pour vivre. Évidemment, contrairement au conjoint ayant un emploi, le conjoint sans emploi n'a pas de pension de retraite. À la séparation ou au divorce, dans le cadre du concept d'une ordonnance compensatoire, l'un des points à régler est de savoir comment distribuer de manière équitable la valeur de la pension de retraite du conjoint ayant un emploi.

La nature d'une « pension de retraite » complique les choses. Un droit à pension prend naissance comme un bien ou un ensemble éventuel de droits à un flux de revenu futur. Après la retraite, quand la pension de retraite produit un revenu, les avoirs de retraite sont, dans un sens, liquidés. Ce sujet soulève un débat à savoir si une pension de retraite est un bien (un bien en capital) ou un revenu (un bien alimentaire), ou une combinaison des deux.

29

30

31 Pension rights are sparsely dealt with in Part I of the *Family Law Act*. In s. 4(1) “property” is defined as follows:

“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.

32 As property, a pension must be included in the equalization calculations and valued along with the spouses’ other net family property. A pension entitlement involves a determination of the present value of a future income stream. Thus, the valuation of a pension is a matter of educated guesswork, undertaken by actuaries.

33 Once a pension is valued, there are different ways in which the equalization of net family properties can be implemented. With respect to pensions, the two methods are the “lump sum” and the “if and when” method (see *Best v. Best*, [1999] 2 S.C.R. 868). The issues in the present case arise when a pension is equalized by lump sum, the method chosen by the parties in this appeal.

#### B. *The Double Recovery Problem*

34 The term “double recovery” is used to describe the situation where a pension, once equalized as property, is also treated as income from which the pension-holding spouse (here the husband) must make spousal support payments. Expressed another way, upon marriage dissolution the payee spouse (here the wife) receives assets and an equalization payment that take into account the capital value of the husband’s future pension income. If she later shares in the pension income as spousal support when the pension is in pay after

Les droits de pension sont abordés de façon très sommaire dans la Partie I de la *Loi sur le droit de la famille*. La définition du terme « bien » au par. 4(1) est la suivante :

« 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.

La pension de retraite étant un bien, il faut l’inclure dans le calcul d’égalisation et l’évaluer comme les autres biens familiaux nets des conjoints. Un droit de pension de retraite présuppose une détermination de la valeur actuelle d’un flux de revenu éventuel. L’évaluation d’une pension de retraite est donc une affaire d’estimation raisonnée dont se chargent des actuaires.

Une fois la pension de retraite évaluée, il existe différentes façons permettant de procéder à l’égalisation des biens familiaux nets. En ce qui concerne les pensions de retraite, les deux méthodes sont celle de la « somme globale » et la méthode « conditionnelle » (voir *Best c. Best*, [1999] 2 R.C.S. 868). Les questions litigieuses en l’espèce se posent quand une pension de retraite fait l’objet de l’égalisation au moyen du paiement d’une somme globale, la méthode choisie par les parties au présent pourvoi.

#### B. *Le problème de la double indemnisation*

L’expression « double indemnisation » sert à décrire le cas où une pension de retraite, qui a servi comme bien aux fins du calcul d’égalisation, est également considérée comme un revenu aux fins du paiement de la pension alimentaire par le conjoint participant (en l’espèce le mari). Autrement dit, à la dissolution du mariage le conjoint bénéficiaire (en l’espèce la femme) reçoit des biens ainsi qu’un paiement d’égalisation qui tiennent compte de la valeur en capital du revenu futur de pension du mari. Si la femme partage par la suite le revenu



the husband has retired, the wife can be said to be recovering twice from the pension: first at the time of the equalization of assets and again as support from the pension income.

Double recovery appears inherently unfair in cases where, to a large extent, the division or equalization of assets has addressed the compensation required. In equalizing the spouses' net family properties, the husband or wife as the case may be must include the future right to the pension income as "property" on his or her side of the ledger. This means that the pension-holder must, on separation or divorce, transfer real assets of equal value to the pension to the other spouse in order to retain the pension under the property accounting.

The pension-holder cannot divide the actual pension as it cannot be accessed until retirement. The pension entitlement cannot be sold or transferred. The apparent unfairness arises when the other spouse receives support payments from the pension income after the pension-holder retires. Professor James G. McLeod stated in his annotation to *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253, at p. 253: "Put another way, [the pension-holding] spouse receives nothing in return for the real assets transferred to his or her partner in order to retain his or her pension under the property accounting."

The double recovery issue here arises if the wife is permitted to seek further support from her former husband where the ability to pay support is determined by including the same pension, the value of which was previously used to determine the value of the husband's net family property, and to calculate the equalization payment owing to the wife. It is this issue which remains unsettled.

de pension de retraite à titre de pension alimentaire quand la pension de retraite est versée après que le mari a pris sa retraite, il est possible de dire qu'elle est indemnisée deux fois à partir de la pension de retraite : d'abord, au moment de l'égalisation des biens et ensuite à titre de pension alimentaire provenant du revenu de pension de retraite.

La double indemnisation paraît fondamentalement inéquitable dans les cas où, dans une large mesure, il a été tenu compte de l'indemnisation nécessaire dans le partage ou l'égalisation des biens. Dans l'égalisation des biens familiaux nets, le mari ou la femme, selon le cas, doit inclure le droit futur au revenu de pension de retraite comme un « bien » dans sa partie du grand livre. Le conjoint participant doit donc, à la séparation ou au divorce, transférer des biens actuels d'une valeur égale à la pension de retraite à l'autre conjoint afin de conserver la pension dans le compte en immobilisations.

Le conjoint participant ne peut pas partager la pension elle-même, car celle-ci n'est pas disponible avant la retraite. Le droit à pension ne peut pas être vendu ni cédé. L'injustice apparente survient quand l'autre conjoint reçoit une pension alimentaire provenant du revenu de pension de retraite du conjoint participant qui a pris sa retraite. Le professeur James G. McLeod a affirmé dans son annotation à *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253, p. 253 : [TRADUCTION] « Autrement dit, le conjoint [participant] ne reçoit rien en retour des biens actuels transférés à son partenaire afin de conserver sa pension de retraite dans le compte en immobilisations. »

Le problème de la double indemnisation se pose en l'espèce si la femme est autorisée à demander le maintien d'une pension alimentaire de son ex-mari quand la capacité d'en verser une est déterminée par l'inclusion de la même pension de retraite, dont la valeur a précédemment servi à déterminer la valeur des biens familiaux nets du mari et à calculer le paiement d'égalisation dû à la femme. Il s'agit du problème qui demeure non résolu.

35

36

37

C. *Review of Early Case Law*

38 The first approach to double recovery was rigid. In making spousal support orders on marriage breakdown, two Ontario trial courts found that spousal support should cease entirely when the pension-holding spouse retires so that support payments would not continue from the already-equalized pension asset (see *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (Ont. H.C.), and *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (Ont. H.C.)).

39 Subsequent decisions provided that spousal support could continue beyond retirement. Neither *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), nor *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112, are considered to be true “double recovery” cases as the pension comprised only a small part of the total assets to be divided or equalized on marriage dissolution. The court in each case stated that even if there was some overlap between the inclusion of a small portion of the pension in the matrimonial property division and using its income as a source for maintenance payments, the overlap was so minimal that it should not be considered.

40 Other decisions went further, providing that a pension should be one of the factors that a court could consider in determining a spouse’s ability to pay (see *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (Ont. U.F.C.), and *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (Ont. Ct. (Gen. Div.))). In *Grainger v. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101 (Sask. C.A.), the court found at para. 8 that:

The pension asset, even though it is a right to an income stream, should not, because of its uniqueness, be excluded from being considered as one of the factors in determining an ability to pay. If the asset was a business, the income from the business could be considered in assessing the business-owning spouse’s ability to pay maintenance.

C. *Examen de la jurisprudence ancienne*

La question de la double indemnisation a d’abord été traitée de manière stricte. En rendant des ordonnances alimentaires à la rupture du mariage, deux cours de première instance de l’Ontario ont jugé que la pension alimentaire devrait complètement cesser quand le conjoint participant prend sa retraite afin que la pension alimentaire ne soit plus versée sur les avoirs de retraite ayant déjà fait l’objet de l’égalisation (voir *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (H.C. Ont.), et *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (H.C. Ont.)).

D’autres décisions rendues par la suite énonçaient que la pension alimentaire pouvait se poursuivre après la retraite. Ni *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), ni *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112, ne sont considérées comme étant des affaires de véritable « double indemnisation », car la pension de retraite ne constituait qu’une petite partie du total des biens à partager ou égaliser à la dissolution du mariage. La cour a, dans chacune de ces affaires, statué que même s’il y avait un certain chevauchement entre l’inclusion d’une petite partie de la pension de retraite dans le partage des biens matrimoniaux et l’utilisation de son revenu comme source de paiements alimentaires, le chevauchement était si peu important qu’il ne fallait pas en tenir compte.

D’autres décisions sont allées plus loin, en disant qu’une pension de retraite devrait figurer parmi les facteurs qu’un tribunal devrait prendre en considération pour apprécier la capacité de paiement d’un conjoint (voir *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (C.U.F. Ont.), et *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (C. Ont. (Div. gén.))). Dans *Grainger c. Grainger* (1992), 39 R.F.L. (3d) 101 (C.A. Sask.), la cour a déclaré, au par. 8 :

[TRADUCTION] Les avoirs de retraite, quoiqu’il s’agisse d’un droit à un flux de revenu, devraient pouvoir, en raison de leur caractère unique, être considérés comme l’un des facteurs permettant de déterminer la capacité de payer. Si les avoirs étaient une entreprise, le revenu d’entreprise pourrait être pris en considération dans l’évaluation de la capacité de verser des aliments du conjoint propriétaire d’une entreprise.

D. *Trends in Recent Case Law*

The issue of whether a retired spouse is entitled to seek to reduce his or her support obligation to the former spouse on the basis that the pension was previously considered in the distribution of property arose squarely in *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Brockenshire J. The court found no difficulty with the continuation of support beyond retirement. Brockenshire J. stated at para. 32:

In short, I do not look upon the pension income now being received as the realization of an asset, but rather as a contractual replacement of an income. This income, like the wages received before retirement, is fully available for the support of a needy former spouse.

In *Rintjema v. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL) (Gen. Div.), the court stated that it had “considerable sympathy for the view [that] there should not be ‘double dipping’” (para. 9). However, the court felt bound by *Nantais* to consider the capital that the payee received on equalization as a factor in her support maintenance.

The problem with the *Nantais* decision was identified in the Ontario trial court decision *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Czutrin J., at para. 35:

With all due respect to Brockenshire J. [in *Nantais*] I do not share his view that pension is only a replacement of income and not a realization of an asset. If that were the case then why should it be considered as part of the equalization payment calculation?

Czutrin J. offered a reasonable solution to the problem of double recovery. He enunciated a general rule, a rule which in my opinion should be the starting point for double recovery issues: “The challenge for the court is to determine how to fairly avoid ‘double recovery’” (para. 46 (empha-

D. *Tendances dans la jurisprudence récente*

La question de savoir si un conjoint à la retraite a le droit de demander une réduction de son obligation alimentaire envers son ex-conjoint au motif que la pension avait été précédemment prise en considération dans la répartition des biens a directement été posée dans la décision *Nantais c. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201 (C. Ont. (Div. gén.)), rendue par le juge Brockenshire. Le tribunal a jugé que le maintien de la pension alimentaire après la retraite ne posait pas de problème. Le juge Brockenshire a affirmé, au par. 32 :

[TRADUCTION] En résumé, je ne considère pas le revenu de pension maintenant reçu comme la réalisation d’un bien, mais plutôt comme une substitution contractuelle d’un revenu. Ce revenu, comme le salaire reçu avant la retraite, est entièrement disponible pour aider un ex-conjoint dans le besoin.

Dans *Rintjema c. Rintjema*, [1996] O.J. No. 4717 (QL) (C. Ont. (Div. gén.)), la cour a dit qu’elle éprouvait une [TRADUCTION] « grande sympathie pour l’opinion [selon laquelle] il ne devrait pas y avoir de “double ponction” » (par. 9). Toutefois, la cour a jugé qu’elle était liée par la décision *Nantais* et devait prendre en considération le capital que la bénéficiaire avait reçu à l’égalisation à titre de facteur dans la détermination de la pension alimentaire.

Le problème soulevé par la décision *Nantais* a été cerné dans la décision de la cour de première instance de l’Ontario *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Czutrin, au par. 35 :

[TRADUCTION] En toute déférence pour le juge Brockenshire [dans *Nantais*], je ne crois pas, contrairement à lui, que la pension de retraite est seulement une substitution de revenu et non la réalisation d’un bien. Si c’était le cas, alors pourquoi devrait-elle faire partie du calcul du paiement d’égalisation?

Le juge Czutrin a fourni une solution acceptable au problème de la double indemnisation. Il a formulé une règle générale qui, à mon avis, devrait constituer le point de départ des questions de double indemnisation : [TRADUCTION] « La cour a pour mission de déterminer comment éviter équitable-

41

42

43

sis added)). Czutrin J. stated that property and support issues are “somewhat intertwined” (para. 48) and that cases recognize the need to take double recovery into consideration in determining support, need and ability to pay.

44 Czutrin J.’s approach has received academic approval. See Professor McLeod’s annotation to *Shadbolt, supra*, at p. 255:

Czutrin J. applies the logic of the if-and-when division cases to cases where a pension benefit has been divided as capital in the property accounting. Pension income is not simply an income replacement. Rather, pension income represents the realization of a capital asset into an income stream. The pension changes from a capital asset into an income asset. A court deciding support after a payor’s retirement should force a payee to change its pension capital replacement into income in order to fairly compare the parties’ positions. In this way, reasonable deterioration in property will be recognized and one party will not be allowed to retain capital and live off another’s income while the other consumes its capital (the pension).

If a pension is divided on an if-and-when basis, each spouse is required to live off his or her capital, and that capital is converted to income upon the employee’s retirement. Czutrin J. holds that a spouse who receives his or her pension entitlement as real capital under the matrimonial property accounting, he or she must convert the capital to income when the other spouse retires and live off capital, as the other is required to do. As a result, a court can compare the capital available at retirement and the income available from capital at retirement to decide whether a further adjustment is needed to promote inter-spousal fairness.

Czutrin J.’s reasoning and analysis are sound and recognize that pensions are different from other assets. He balances the competing policies and comes up with a solution that treats both spouses fairly. His solution to the double-dipping problem is so obvious that it is surprising that no one has adopted it before. [Emphasis added.]

ment la “double indemnisation” » (par. 46 (je souligne)). Le juge Czutrin a déclaré que les questions de biens et d’aliments sont [TRADUCTION] « en quelque sorte étroitement liées » (par. 48) et que des causes reconnaissent la nécessité de prendre la double indemnisation en considération dans la détermination d’une pension alimentaire, des besoins et de la capacité de payer.

Le point de vue du juge Czutrin a reçu l’approbation des auteurs. Voir l’annotation du professeur McLeod à *Shadbolt, loc. cit.*, p. 255 :

[TRADUCTION] Le juge Czutrin applique la logique des cas de partage conditionnel aux affaires dans lesquelles des prestations de retraite ont été partagées comme un capital dans le compte en immobilisations. Un revenu de pension de retraite n’est pas simplement une substitution de revenu. Un revenu de pension représente plutôt la réalisation d’un bien en capital en un flux de revenu. La pension passe d’un bien en capital à un bien en revenu. Un tribunal se prononçant sur les aliments après la retraite d’un débiteur devrait obliger un bénéficiaire à changer son remplacement d’immobilisations de pension de retraite en revenu afin de comparer équitablement les situations des parties. À cet égard, une diminution raisonnable dans la valeur d’un bien sera admise et une partie ne sera pas autorisée à conserver son capital et à vivre du revenu de l’autre tandis que celui-ci épuise son capital (la pension de retraite).

Si une pension de retraite est divisée sur une base conditionnelle, les deux conjoints sont tenus de vivre de leur propre capital, et ce capital est converti en revenu à la retraite de l’employé. Le juge Czutrin est d’avis qu’un conjoint qui reçoit son droit à pension comme un capital réel dans le compte en immobilisations matrimoniales doit convertir le capital en revenu quand l’autre conjoint prend sa retraite, et vivre du capital, comme l’autre est tenu de le faire. En conséquence, un tribunal peut comparer le capital disponible à la retraite et le revenu disponible du capital à la retraite pour décider si un nouvel ajustement est nécessaire pour favoriser l’équité entre conjoints.

Le raisonnement et l’analyse du juge Czutrin sont justes et reconnaissent que les pensions de retraite sont différentes d’autres biens. Il compare les politiques concurrentes et parvient à une solution qui traite les deux conjoints de manière équitable. Sa solution au problème de la double ponction est si évidente qu’il est surprenant que personne ne l’ait adoptée auparavant. [Je souligne.]

Subsequent case law has applied the reasoning to avoid double recovery in *Shadbolt*. See *Hutchison v. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), and *Campbell v. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). In *Campbell*, Mazza J. stated at para. 4 that:

It is clear from both the *Shadbolt* and *Hutchison* cases, that the trend of recent cases is away from “double-dipping”, and any determination of support in the future, after equalization, should be restricted to unequalized amounts.

#### E. Pension Implementation

As stated above, a pension is “property” under the *Family Law Act* and must be included in the equalization of net family properties. The equalization entitlement can be implemented by the “if and when” method or by the lump sum method.

An “if and when” implementation may be ordered by the court under s. 9(1)(d) of the *Family Law Act*. Briefly, an “if and when” implementation means that the pension-holding spouse would pay the other spouse a share of the pension benefits “if and when” he or she received them.

There are advantages and disadvantages to an “if and when” implementation in cases where the pension has been given a specific value for the purpose of the division of assets. It is advantageous when a major part of the difference in net family properties is attributable to the capitalized value of a pension. The pension-holding spouse cannot use the pension asset to satisfy the equalization burden on marriage dissolution because the pension cannot be accessed until retirement. He or she must use assets other than the pension to equalize the net family property. This could expose the pension-holding spouse to hardship if the pension is his or her main or only asset. The “if and

La jurisprudence ultérieure a appliqué le raisonnement fait dans *Shadbolt* pour éviter la double indemnisation. Voir *Hutchison c. Hutchison* (1998), 38 R.F.L. (4th) 377 (C. Ont. (Div. gén.)), et *Campbell c. Campbell* (1998), 40 R.F.L. (4th) 462 (C. Ont. (Div. gén.)). Dans *Campbell*, le juge Mazza a affirmé, au par. 4 :

[TRADUCTION] Il ressort clairement des décisions *Shadbolt* et *Hutchison* que dans les affaires récentes la tendance est de s'éloigner de la « double ponction », et que toute décision éventuelle relative aux aliments, après l'égalisation, devrait être restreinte aux montants qui n'ont pas fait partie du calcul d'égalisation.

#### E. Application de la pension de retraite

Comme je l'ai déjà souligné, une pension de retraite est un « bien » au sens où l'entend la *Loi sur le droit de la famille* et doit faire partie de l'égalisation des biens familiaux nets. Le droit à l'égalisation peut être appliqué par la méthode « conditionnelle » ou par celle de la somme globale.

Le tribunal peut ordonner une application sur une base « conditionnelle » aux termes de l'al. 9(1)(d) de la *Loi sur le droit de la famille*. En résumé, une application sur une base « conditionnelle » signifie que le conjoint participant ne verserait à l'autre conjoint une part des prestations de retraite que lorsqu'il les recevrait, si tant est qu'il les reçoit.

Il existe des avantages et des inconvénients à l'application sur une base « conditionnelle » dans les cas où une valeur précise a été attribuée à la pension aux fins du partage des biens. Elle est utile quand une partie importante de la différence dans les biens familiaux nets est attributable à la valeur capitalisée d'une pension de retraite. Le conjoint participant ne peut pas avoir recours aux avoirs de retraite pour répondre au fardeau de l'égalisation à la dissolution du mariage parce qu'il est impossible d'avoir accès à la pension avant la retraite. Il doit avoir recours à d'autres biens que la pension de retraite pour répartir également les biens familiaux nets. Le conjoint participant pourrait donc éprouver des difficultés si la pension de retraite est son principal ou son seul bien. Le régime de paie-

45

46

47

48

when” scheme alleviates this hardship by carving the equalization payment from the pension itself.

49 A significant disadvantage of the “if and when” method is the requirement that the ex-spouses must continue financial association after separation or divorce. Also, there is the risk of underpayment to the non-pension-holding spouse if the pension-holder dies before the full equalization amount has been paid (see *Best, supra*, at para. 113).

50 The present case and the cases mentioned above deal with lump sum implementation. With a lump sum implementation, in order to retain his pension, the pension-holding spouse (here the husband) must transfer real assets to the wife to equalize matrimonial property. The wife can use these real assets immediately. The husband cannot use the pension entitlement until retirement.

51 There are accompanying advantages and disadvantages to both parties with implementation by the lump sum method. There is an advantage to the payee spouse (here the wife) by making an immediate provision of assets to address her needs. She need not wait until the payor spouse’s pension matures and the payments commence. There is a disadvantage to the husband who must make an immediate payment in exchange for his pension rights, but cannot use the pension rights to make that payment.

52 Another advantage to the wife is that a lump sum payment is not dependent upon the risks affecting the husband’s pension. The husband must bear the risk that the pension income might be less than the value that was placed on it. This depends on the type of pension, whether it is guaranteed-benefits or otherwise. There is also the risk that the pension is undervalued or broke, although by increased government regulation it is becoming less likely that the pension fund will be insolvent when called upon. The advantage to the husband is that, ideally, he can keep his pension income as provision for when he retires. Also, the lump sum method attempts to place a final resolution on the

ment « conditionnel » atténue ces difficultés puisqu’il prévoit que le montant d’égalisation sera prélevé de la pension de retraite elle-même.

Un inconvénient majeur du régime « conditionnel » est l’obligation qu’il fait aux ex-conjoints de maintenir leur association financière au-delà de la séparation ou du divorce. Il présente aussi le risque de paiement insuffisant pour le conjoint non participant si le conjoint participant décède avant que le montant d’égalisation ait été versé intégralement (voir *Best*, précité, par. 113).

La présente affaire et celles susmentionnées portent sur l’application d’une somme globale. Avec la méthode de la somme globale, le conjoint participant (en l’espèce le mari) doit, afin de conserver sa pension de retraite, transférer des biens actuels à la femme pour égaliser des biens matrimoniaux. La femme peut utiliser ces biens actuels immédiatement. Le mari ne peut pas se servir du droit à pension avant sa retraite.

L’application de la méthode de la somme globale présente des avantages et des inconvénients pour les deux parties. Le conjoint bénéficiaire (ici la femme) profite du fait qu’elle dispose immédiatement de biens pour répondre à ses besoins. Elle n’est pas tenue d’attendre que la pension de retraite du conjoint débiteur arrive à échéance et que les paiements commencent. Le mari est désavantagé du fait qu’il doit effectuer un paiement immédiat en échange de son droit à pension, mais qu’il ne peut pas utiliser le droit à pension pour effectuer ce paiement.

Un autre avantage pour la femme est que le versement global n’est pas tributaire des risques touchant la pension de retraite du mari. Le mari doit assumer le risque que le revenu de pension puisse être inférieur à la valeur attribuée. Cela dépend du type de pension, qu’il s’agisse de prestations garanties ou autre. Il existe également un risque que la pension soit sous-évaluée ou épuisée, quoiqu’en raison d’une réglementation gouvernementale accrue il devienne de moins en moins vraisemblable qu’une caisse de retraite soit insolvable au moment de la présentation de la réclamation. L’avantage pour le mari est que, idéalement, il peut conserver son revenu de pension comme une

parties' economic relationship (see B. Hovius and T. G. Youdan, *The Law of Family Property* (1991), at pp. 510-14, for a detailed review of lump sum implementation).

The issue of how a payor spouse is to settle his equalization obligation would benefit from overdue and much-needed legislative attention (see *Best, supra*, at para. 2 and 116). The double recovery problem likely would not arise if the pension was divided between the parties on an "if and when" basis; however, various disadvantages to the "if and when" implementation prevent it from providing the final solution to the problem of double recovery. The parties agreed to a lump sum method of implementation so the merits of it compared to the "if and when" method are not relevant in this appeal.

#### F. *Payee Spouse's Obligation to Use Equalization Assets*

I agree with Czutrin J.'s reasons in *Shadbolt* and Professor McLeod's comments in annotation to that case. When a pension is dealt with by the lump-sum method, the pension-holding spouse (here the husband) must transfer real assets to the payee spouse (here the wife) in order to equalize matrimonial property. The wife can use these real assets immediately. Under a compensatory spousal support order or agreement, the wife has an obligation to use these assets in an income-producing way. She need not dedicate the equalization assets to investment immediately on receiving them; however, she must use them to generate income when the pension-holding spouse retires. The ideal would be if the payee spouse generated sufficient income or savings from her capital assets to equal the payor spouse's pension income. In any event, the payee spouse must use the assets received on equalization to create a "pension" to provide for her future support.

réserve pour sa retraite. En outre, la méthode de la somme globale vise à mettre un terme final à la relation économique entre les parties (voir B. Hovius et T. G. Youdan, *The Law of Family Property* (1991), p. 510-514, pour une analyse détaillée de l'application de la somme globale).

La question de savoir comment un conjoint débiteur peut s'acquitter de son obligation d'égalisation profiterait de l'attention combien nécessaire que le législateur aurait dû depuis longtemps lui consacrer (voir *Best, précité*, par. 2 et 116). Le problème de la double indemnisation ne surviendrait vraisemblablement pas si la pension était partagée entre les parties sur une base « conditionnelle »; toutefois, des inconvénients divers du régime « conditionnel » l'empêche de fournir la solution finale au problème de la double indemnisation. Les parties ont accepté la méthode de l'application de la somme globale, donc son bien-fondé par rapport à la méthode « conditionnelle » n'est pas pertinent dans le présent pourvoi.

#### F. *Obligation du conjoint bénéficiaire d'utiliser les biens d'égalisation*

Je suis d'accord avec les motifs du juge Czutrin dans *Shadbolt* et les commentaires du professeur McLeod en annotation à l'affaire. Quand on applique à une pension de retraite la méthode de la somme globale, le conjoint participant (en l'espèce le mari) doit transférer des biens actuels au conjoint bénéficiaire (en l'espèce la femme) afin d'égaliser les biens matrimoniaux. Conformément à une ordonnance ou entente alimentaire compensatoire, la femme a l'obligation d'utiliser ces biens de manière à produire un revenu. Il n'est pas nécessaire qu'elle investisse les biens d'égalisation dès qu'elle les reçoit; toutefois, elle doit s'en servir afin de produire un revenu quand le conjoint participant prend sa retraite. L'idéal serait que le conjoint bénéficiaire produise à même ses biens en capital un revenu ou des économies qui soient suffisants pour égaler le revenu de pension de retraite du conjoint débiteur. Quoi qu'il en soit, le conjoint bénéficiaire doit se servir des biens reçus à l'égalisation pour créer une « pension de retraite » en vue de subvenir à ses besoins.

53

54

- 55 This requirement is based on the principle that, as far as it is reasonable, the payee spouse should attempt to generate economic self-sufficiency. Self-sufficiency is only one factor of many that is weighed. It is obvious that in most cases of long-term marriage, the goal of self-sufficiency is decidedly difficult to attain, particularly for spouses who remained at home during the marriage. Self-sufficiency will often not be practicable largely due to the residual effects of being outside the labour market for a protracted period of time. In addition, there are factors to consider such as age, education and parenting responsibilities. Consequently, it is often unreasonable to expect the payee spouse to earn an income from employment after separation or divorce.
- 56 However, where the payee spouse receives assets on equalization in exchange for a part of her former spouse's pension entitlement, she must use those assets in a reasonable attempt to generate income at least by the time the pension starts to pay out. The reason for this requirement is clear. The payee spouse cannot save the assets that she receives upon equalization and choose instead to live on the liquidation of the payor spouse's pension when he retires. If she were permitted to do so, the payee spouse would accumulate an estate while the payor spouse's estate is liquidating.
- 57 Pension income is obviously different from business income or income from an investment. See T. Walker, "Double Dipping: Can a Pension Be Both Property and Income?" in *Best of Money & Family Law*, vol. 9, No. 12, 1994, in which the author argues that pensions should not be treated as other assets subject to equalization consideration. When a pension produces income the asset is being liquidated. The same capital that was equalized is being converted into an income stream. By contrast, when a business or investment is producing income, that income can be spent without affecting the asset itself. In fact, the business or
- Cette exigence repose sur le principe selon lequel, dans la mesure où c'est raisonnable, le conjoint bénéficiaire devrait essayer de parvenir à l'autonomie financière. L'autonomie n'est qu'un des nombreux facteurs qui sont évalués. Manifestement, dans la majorité des affaires touchant des mariages à long terme, l'objectif de l'autonomie demeure incontestablement difficile à atteindre, en particulier pour les conjoints qui sont restés à la maison pendant le mariage. L'autonomie sera rarement réalisable en grande partie à cause des effets résiduels que comporte le fait de se trouver en dehors du marché du travail pendant une période prolongée. En outre, il faut tenir compte de certains facteurs comme l'âge, les études et les responsabilités parentales. Par conséquent, il est souvent déraisonnable de s'attendre à ce que le conjoint bénéficiaire gagne un revenu d'emploi après une séparation ou un divorce.
- Toutefois, lorsque le conjoint bénéficiaire reçoit des biens à l'égalisation en échange d'une part du droit à pension de son ex-conjoint, elle doit se servir de ces biens pour tenter raisonnablement de produire un revenu du moins au plus tard lorsque la pension de retraite commence à être versée. La raison de cette exigence est claire. Le conjoint bénéficiaire ne peut pas mettre de côté les biens qu'elle a obtenus à l'égalisation et choisir plutôt de vivre de la liquidation de la pension de retraite du conjoint débiteur quand il prend sa retraite. Si elle était autorisée à le faire, elle accumulerait un patrimoine tandis que le conjoint débiteur liquiderait le sien.
- Un revenu de pension de retraite diffère évidemment d'un revenu d'entreprise ou d'un revenu de placement. Voir T. Walker, « Double Dipping : Can a Pension Be Both Property and Income? », dans *Best of Money & Family Law*, vol. 9, n° 12, 1994, dans lequel l'auteur estime que les pensions de retraite ne devraient pas être traitées comme d'autres biens impliqués dans l'égalisation. Quand une pension de retraite produit un revenu, les biens sont liquidés. Le même capital qui a été égalisé est converti en un flux de revenu. Au contraire, quand une affaire ou un placement produit un revenu, celui-ci peut être dépensé sans que le bien lui-



asset may continue to increase in value. The value of the business or investment can be equalized, but neither is depleted solely by producing income.

The obligation of the payee spouse to generate investment income from the assets that she received on equalization is not an onerous one. It is not predicated upon insensitive standards on how the payee spouse should have managed her finances from the point of separation. Nor does it require investment-savvy decisions, premised upon an extensive knowledge of the marketplace. The obligation on the payee spouse to generate income from her assets would be satisfied by investing in a capital depleting income fund which would provide a regular annual income.

When spousal support plays a compensatory role on marriage breakdown, it may be unreasonable to expect the payee spouse to generate investment income from the matrimonial home. As far as is practicable, the support payments should provide a level of income sufficient to maintain a lifestyle that is comparable to that enjoyed during the marriage. The ability to remain in the matrimonial home usually assists the payee spouse and the children in maintaining their previous lifestyle.

Each case depends on its own facts. Generally, the payee spouse would not be expected to sell or leave the matrimonial home, particularly if there are dependent children. However, in cases where the support order is based mostly on need as opposed to compensation, different considerations apply. It is not impossible to envisage circumstances where the value of the family home has become disproportionate to the means of the parties so that equity requires that it be sold and replaced appropriately. Such considerations do not arise in this appeal as the support agreement was mainly compensatory.

même soit touché. En fait, l'affaire ou le bien peut continuer à prendre de la valeur. La valeur de l'affaire ou du placement peut servir aux fins du calcul d'égalisation, mais ni l'un ni l'autre ne peuvent s'épuiser simplement en produisant un revenu.

L'obligation du conjoint bénéficiaire de tirer un revenu de placement des biens qu'elle reçoit à l'égalisation n'est pas exigeante. Elle n'est pas fondée sur des normes implacables sur la manière dont le conjoint bénéficiaire devrait gérer ses finances à compter de la séparation. Elle n'exige pas non plus des décisions avisées en matière d'investissement, fondées sur une connaissance approfondie du marché. L'obligation pour le conjoint bénéficiaire de tirer un revenu de ses biens serait remplie par l'investissement dans un fonds à revenu à épuisement de capital qui lui assurerait un revenu annuel régulier.

Dans le cas où la pension alimentaire joue un rôle compensatoire à la rupture du mariage, il peut être déraisonnable de s'attendre à ce que le conjoint bénéficiaire tire un revenu de placement à même le foyer conjugal. Dans la mesure du possible, les paiements de pension alimentaire devraient assurer un niveau de revenu suffisant pour maintenir un style de vie comparable à celui dont les conjoints bénéficiaient pendant le mariage. La capacité de demeurer dans le foyer conjugal contribue habituellement au maintien du style de vie du conjoint bénéficiaire et des enfants.

Chaque affaire dépend de ses propres faits. En général, on ne devrait pas s'attendre à ce que le conjoint bénéficiaire vende ou quitte le foyer conjugal, notamment s'il y a des enfants à charge. Cependant, des considérations différentes s'appliquent dans les cas où l'ordonnance alimentaire est fondée principalement sur le besoin plutôt que sur l'indemnisation. Il n'est pas impossible d'envisager des circonstances où la valeur du foyer conjugal deviendrait disproportionnée par rapport aux moyens des parties à un point tel que l'équité commande qu'il soit vendu et remplacé convenablement. De telles considérations ne se posent pas dans le présent pourvoi, car l'entente relative aux aliments était principalement compensatoire.

58

59

60

G. *Variation on Retirement*

61 The purpose of spousal support in cases such as this is to relieve the economic hardship suffered by reason of the marriage or its breakdown. There is no reason *per se* that spousal support cannot continue past the date of retirement of the pension-holding spouse. However, several factors must be considered in making that decision. On retirement, the pension-holding spouse may apply to vary the support order if his ability to pay support is compromised (see *Linton, supra*, at p. 31, and *Rivers, supra*, at para. 17). The decision of whether to vary support depends on whether the applicant can demonstrate that there has been a material change in circumstances pursuant to s. 37(2) of the *Family Law Act*.

62 The payee spouse's need and the payor spouse's ability to pay are always factors which a court considers when determining spousal support (see s. 33(9) of the *Family Law Act*). Another issue is the extent, if any, of "double recovery".

63 How is double recovery fairly avoided? (See *Shadbolt, supra, per Czutrin J.*, at para. 46.) It is generally unfair to allow the payee spouse to reap the benefit of the pension both as an asset and then again as a source of income. This is particularly true where the payee spouse receives capital assets which she then retains to grow her estate. The comments of Walker, *supra*, at p. 233, bear echoing:

It is well-recognized that a borrower should not be compelled to continue monthly loan payments to the lender if the borrower has previously paid the full amount owing. "Double dipping" is analogous to such a situation and is logically and mathematically indefensible.

64 To avoid double recovery, the court should, where practicable, focus on that portion of the payor's income and assets that have not been part

G. *Modification lors de la retraite*

La pension alimentaire vise dans des affaires comme l'espèce à remédier aux difficultés économiques suscitées par le mariage ou par la rupture de celui-ci. Il n'existe aucune raison en soi que la pension alimentaire ne puisse pas continuer à être versée après la date de la retraite du conjoint participant. Plusieurs facteurs doivent cependant être examinés pour prendre cette décision. À sa retraite, le conjoint participant peut présenter une demande sollicitant une modification de la pension alimentaire si sa capacité de payer une pension est compromise (voir *Linton*, précité, p. 31, et *Rivers*, précité, par. 17). La décision de modifier une pension alimentaire repose sur la question de savoir si le demandeur parvient à faire la preuve que sa situation a changé de façon importante conformément au par. 37(2) de la *Loi sur le droit de la famille*.

Les besoins du conjoint bénéficiaire et la capacité de payer du conjoint débiteur sont toujours des facteurs dont un tribunal tient compte quand il fixe une pension alimentaire (voir le par. 33(9) de la *Loi sur le droit de la famille*). Un autre point est l'étendue, le cas échéant, de la « double indemnisation ».

Comment éviter équitablement la double indemnisation? (Voir le juge Czutrin dans *Shadbolt*, précité, par. 46.) Il est généralement inéquitable de permettre au conjoint bénéficiaire de tirer avantage de la pension de retraite à la fois comme un bien et par la suite comme une source de revenu. C'est particulièrement vrai quand le conjoint bénéficiaire reçoit des biens en capital qu'elle conserve ensuite pour augmenter son patrimoine. Les commentaires de Walker, *loc. cit.*, p. 233, vont dans le même sens :

[TRADUCTION] Il est bien reconnu qu'un emprunteur ne devrait pas être tenu de continuer à effectuer des versements mensuels sur un prêt au prêteur s'il a déjà payé toute la somme due. La « double ponction » est semblable à une telle situation et est logiquement et mathématiquement insoutenable.

Pour éviter la double indemnisation, le tribunal devrait, lorsque c'est possible, s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui

of the equalization or division of matrimonial assets when the payee spouse's continuing need for support is shown (see *Hutchison, supra*, at para. 9). In this appeal, that would include the portion of the pension that was earned following the date of separation and not included in the equalization of net family property.

Despite these general rules, double recovery cannot always be avoided. In certain circumstances, a pension which has previously been equalized can also be viewed as a maintenance asset. Double recovery may be permitted where the payor spouse has the ability to pay, where the payee spouse has made a reasonable effort to use the equalized assets in an income-producing way and, despite this, an economic hardship from the marriage or its breakdown persists. Double recovery may also be permitted in spousal support orders/agreements based mainly on need as opposed to compensation, which is not the case in this appeal.

#### H. *Imputing Income*

Finally, if the payee spouse receives assets in exchange for a share of the capitalized value of the other spouse's pension and she does not invest those assets in an attempt to produce an income, the court should impute an income to the payee spouse based on what those assets could reasonably produce if invested. This should not be based on artificial assumptions but on professional actuarial advice.

#### I. *Application to Case at Bar*

As outlined in the facts, after his retirement, the husband brought an application to vary the amount of spousal support provided for in the earlier consent judgment. The motions judge granted the application and reduced the amount of support

n'ont pas fait partie du partage ou de l'égalisation des biens matrimoniaux quand il est prouvé que le conjoint bénéficiaire a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins (voir *Hutchison*, précité, par. 9). Dans le présent pourvoi, la portion de la pension de retraite qui a été gagnée après la date de la séparation et qui n'a pas été prise en compte dans l'égalisation des biens matrimoniaux serait incluse.

Malgré ces règles générales, la double indemnisation ne peut pas toujours être évitée. Dans certaines circonstances, une pension de retraite qui a déjà fait l'objet de l'égalisation peut également être considérée comme un bien alimentaire. La double indemnisation peut être autorisée quand le conjoint débiteur possède la capacité de payer, quand le conjoint bénéficiaire a fait des efforts raisonnables pour utiliser les biens visés par l'égalisation de manière à produire un revenu et que, malgré cela, des difficultés économiques découlant du mariage ou de la rupture de celui-ci subsistent. La double indemnisation peut également être autorisée dans les ordonnances et ententes alimentaires fondées principalement sur le besoin plutôt que sur l'indemnisation, ce qui n'est pas le cas dans le présent pourvoi.

#### H. *Revenu imputé*

Enfin, si le conjoint bénéficiaire obtient des biens en échange d'une part de la valeur capitalisée de la pension de retraite de l'autre conjoint et qu'elle n'investit pas ces biens afin d'essayer de produire un revenu, le tribunal devrait imputer un revenu au conjoint bénéficiaire en fonction de ce que ces biens auraient pu raisonnablement produire s'ils avaient été investis. Cette imputation de revenu ne devrait pas se fonder sur des présomptions artificielles, mais sur des conseils actuariels professionnels.

#### I. *Application à la présente affaire*

Comme il a été souligné dans les faits, après avoir pris sa retraite, le mari a présenté une demande de modification du montant de la pension alimentaire précédemment fixé dans le jugement sur consentement. Le juge des requêtes a accueilli

65

66

67

from \$3,433.12 per month (indexed annually to the cost of living) to \$950 per month (not indexed). The Court of Appeal varied the amount of spousal support to \$2,000 per month (indexed). The husband seeks the reinstatement of the order of the motions judge.

68 A court has jurisdiction to vary a support order where there is a material change in circumstances. The motions judge noted two material changes in circumstances. After retirement, the husband experienced a 13 percent overall decrease in income and the bulk of his income derived from the liquidation of his pension asset. While employed as Director of Education, he was earning employment income of \$115,476 per year. After retirement, his pension income was approximately \$96,000 per year, a reduction of about 13 percent in income. The material change in circumstances arose out of the fact that his reduced income after retirement was derived from his pension, the same pension which was previously subject to an equalization of net family property with the wife.

69 Before the Court of Appeal it was conceded that there was a material change in circumstances. The court also found that the wife still had a need for support and, as his reduction in income was only 13 percent, the husband retained the ability to pay. The husband was not requesting a termination of the support order, but a reduction in amount given his retirement.

70 The wife's stated needs were \$3,400 per month. She invested her assets wisely and they are now worth almost \$493,000. She has an obligation, as far as it is reasonable, to attempt self-sufficiency by using those assets to produce an income. Douglas C. Townsend, an actuary, calculated the annual income which the wife could expect to receive if she converted her current assets into an income payable to her for life. If the wife invested \$250,000 in a life annuity, it would produce

la demande et a réduit le montant de la pension alimentaire qui était de 3 433,12 \$ par mois (indexée annuellement sur le coût de la vie) à 950 \$ par mois (non indexée). La Cour d'appel a modifié le montant de la pension alimentaire à 2 000 \$ par mois (indexée). Le mari sollicite le rétablissement de l'ordonnance du juge des requêtes.

Un tribunal possède la compétence de modifier une ordonnance alimentaire quand la situation a changé de façon importante. Le juge des requêtes a indiqué deux changements importants de situation. Après sa retraite, le mari a fait face à une diminution de l'ensemble de son revenu de 13 pour 100 et la majeure partie de son revenu provient de la liquidation de ses avoirs de retraite. Quand il était directeur de l'enseignement, il gagnait un revenu d'emploi de 115 476 \$ par année. Après sa retraite, son revenu de pension était d'environ 96 000 \$ par année, une diminution d'environ 13 pour 100 de son revenu. La situation a changé de façon importante en raison du fait que le revenu moins élevé du mari après sa retraite provenait de sa pension, pension qui avait déjà fait l'objet de l'égalisation des biens familiaux nets avec la femme.

Devant la Cour d'appel, il a été admis que la situation avait changé de façon importante. La cour a également conclu que la femme avait toujours besoin d'une pension alimentaire et que, comme la réduction du revenu du mari n'était que de 13 pour 100, celui-ci conservait la capacité de payer. Le mari n'a pas demandé la résiliation de l'ordonnance alimentaire, mais une réduction du montant à verser à cause de sa retraite.

Les besoins déclarés de la femme étaient de 3 400 \$ par mois. Elle a sagement investi ses biens et ils valent maintenant presque 493 000 \$. Elle est tenue, dans la mesure du possible, d'essayer de parvenir à l'autonomie en ayant recours à ses biens pour produire un revenu. Douglas C. Townsend, un actuaire, a calculé le revenu annuel que la femme pouvait s'attendre à recevoir si elle convertissait ses actifs à court terme en un revenu qui lui serait payable à vie. Si la femme investissait 250 000 \$ dans une rente viagère, cet argent produirait 18 025 \$ par année pour la vie. Si elle investissait

\$18,025 per year for life. If she invested \$500,000 it would produce \$36,050 per year for life.

I agree with the motions judge that the amount of support should be reduced based on the material change in circumstances and the ability of the wife to reasonably produce an income from her investments, but by how much?

In *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, L'Heureux-Dubé J. for the Court set out the approach to be taken by appellate courts in reviewing spousal support and child support orders made at trial (at para. 11):

Our Court has often emphasized the rule that appeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong.

We are left to determine whether the motions judge's decision to vary the spousal support order to \$950 per month (not indexed) was an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or clearly wrong. She took into account the fact that some of the husband's pension credits were earned following the date of separation and, as such, were not equalized with the other net family property. This unequalized portion is approximately \$2,300 per month of the total Ontario Teachers' pension income of \$7,600. The previously equalized portion amounts to approximately \$5,300 per month. The motions judge correctly found that the unequalized portion of \$2,300 per month should be "factored into the support to be paid".

The motions judge concluded that because the wife has assets of over \$493,000 while the husband is "asset poor" with assets of \$7,000, the wife must look to her assets in an income-producing way. She found that the support order should

500 000 \$, il en résulterait un revenu annuel de 36 050 \$ à vie.

Tout comme le juge des requêtes, j'estime que le montant de la pension alimentaire devrait être réduit parce que la situation a changé de façon importante et que la femme est raisonnablement en mesure de produire un revenu de ses investissements, mais de combien?

Dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, le juge L'Heureux-Dubé a précisé pour la Cour la démarche que doivent adopter les tribunaux d'appel quand ils révisent les ordonnances de pension alimentaire pour le conjoint et les enfants rendues dans le cadre du procès (au par. 11) :

Notre Cour a souvent insisté sur la règle qui veut qu'une cour d'appel n'infirmé une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée.

Nous devons donc décider si la décision du juge des requêtes de fixer l'ordonnance alimentaire à 950 \$ par mois (non indexée) était une erreur de principe, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou était manifestement erronée. Elle a pris en considération le fait qu'une partie des droits à pension du mari a été obtenu après la date de la séparation et, à ce titre, ne faisait pas partie du calcul d'égalisation avec les autres biens familiaux nets. Cette partie non incluse dans le calcul d'égalisation est d'environ 2 300 \$ par mois du revenu de pension provenant du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario de 7 600 \$. La partie qui avait déjà été comprise dans le calcul d'égalisation s'élève à environ 5 300 \$ par mois. Le juge des requêtes a correctement statué que la partie de 2 300 \$ par mois qui n'entrait pas dans l'égalisation devrait [TRADUCTION] « être prise en considération dans la fixation de la pension alimentaire ».

Le juge des requêtes a conclu que parce que la femme disposait de biens de plus de 493 000 \$ tandis que le mari avait seulement des biens de 7 000 \$, il fallait que la femme se serve de ses biens de manière à ce qu'ils produisent un revenu.

71

72

73

74

be varied to \$950 per month. One of her stated considerations was that, without relief, the wife would accumulate an estate while the husband's estate would be depleted.

75 It would be inequitable in this case to allow the wife to reap the benefit of the pension first on the division of assets and again as a source of income. The wife received capital assets on equalization which she is saving and accumulating presumably for her beneficiaries. By contrast, the husband's only tangible asset, his pension, is diminishing.

76 The motions judge concluded that the wife still had a need for support and the husband still had an ability to pay, and focussed on that portion of the husband's income that had not been the subject of division with the wife in the past. I agree with her conclusion that the unequalized portion of the husband's pension was the principal consideration in the support to be paid.

77 With respect, I disagree with the Court of Appeal's brief reasons in concluding that the motions judge's decision was "outside the realm of reasonableness". The motions judge's decision was not an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or clearly wrong. I conclude that the Court of Appeal erred in changing the motions judge's award of \$950 to \$2,000 per month, an amount more than double that awarded in the lower court. In addition, while the motions judge clearly considered the issue of double recovery, in my view, the Court of Appeal overlooked its obligation to do so and failed to consider the earlier division of matrimonial property.

78 Although the Court of Appeal imputed a yearly investment income of \$15,000 plus \$3,240 in CPP benefits to the wife, it is unclear on what basis the court derived this figure. It is also unclear on what basis the Court of Appeal awarded \$2,000 per

Elle a décidé que l'ordonnance alimentaire devrait être fixée à 950 \$ par mois. L'une des raisons qu'elle a mentionnées était que, sans redressement, la femme accumulerait un patrimoine tandis que le patrimoine du mari s'épuiserait.

Il serait injuste en l'espèce d'autoriser la femme à tirer avantage de la pension de retraite une première fois au partage des biens et de nouveau comme une source de revenu. La femme a reçu des biens en capital à l'égalisation qu'elle épargne et accumule vraisemblablement pour ses ayants droit. Par contraste, le seul bien corporel du mari, sa pension de retraite, diminue.

Le juge des requêtes était d'avis que la femme avait toujours besoin d'une pension alimentaire et que le mari était toujours en mesure de payer, et elle s'est penchée sur cette partie du revenu du mari qui n'avait pas fait l'objet d'un partage avec la femme par le passé. Je fais mienne sa conclusion selon laquelle la partie de la pension du mari qui n'a pas servi au calcul d'égalisation représentait la considération principale en regard de la pension alimentaire à verser.

En toute déférence, je ne souscris pas aux brefs motifs de la Cour d'appel qui a jugé que la décision du juge des requêtes [TRADUCTION] « excédait le domaine du caractère raisonnable ». La décision du juge des requêtes ne comportait pas d'erreur de principe, d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve, et n'était pas manifestement erronée. Je conclus que la Cour d'appel a eu tort de modifier de 950 \$ à 2 000 \$ par mois le montant fixé par le juge des requêtes, accordant ainsi plus du double que ce qu'avait accordé ce juge. En outre, alors que le juge des requêtes a clairement tenu compte de la question de la double indemnisation, je suis d'avis que la Cour d'appel a pour sa part manqué à son obligation de le faire et omis de prendre en considération le partage antérieur des biens matrimoniaux.

Quoique la Cour d'appel ait attribué à la femme un revenu annuel de placement de 15 000 \$ plus 3 240 \$ en prestations du RPC, il n'est pas clair sur quoi la cour s'est basée pour établir ce chiffre. De même, la question de savoir sur quelle base la

month in spousal support. It is possible that the Court of Appeal was attempting to provide a level of support over and above the imputed income which would meet the wife's stated needs of \$3,400 per month. However, the award of \$2,000 per month plus the yearly income of \$18,240 imputed by the Court of Appeal provided the wife with an amount of support greater than her stated needs of \$3,400 per month.

It is my opinion, based on the asset positions of both parties viewed at the time of the application to vary, that the wife would not suffer hardship if double recovery from the previously equalized portion of the pension was not allowed.

Finally, the Court of Appeal erred in finding that the motions judge mistakenly factored into her decision an ability on the part of the wife to earn employment income. The motions judge stated in her reasons, and I accept, that the purpose in addressing this "small factor" was because to fail to do so might not recognize the wife's abilities and her role during the marriage. It played no part in the motions judge's financial allocations and was not a suggestion that the wife, now close to age 65, seek employment.

#### V. Disposition

The adjusted amounts of spousal support reached by both the motions judge and the Court of Appeal are not detailed, as calculations were not provided by either court. Both parties proceeded on the apparently rounded amounts. The motions judge's award of \$950 was carefully assessed by her and deference must be paid to that decision. Double recovery can be fairly avoided in this case. In the result, the appeal is allowed and the judgment of the motions judge is reinstated with the further order that the monthly amount be indexed

Cour d'appel a accordé 2 000 \$ par mois en pension alimentaire demeure incertaine. Il est possible que la Cour d'appel tentait de prévoir un niveau de pension alimentaire en sus du revenu imputé qui répondrait aux besoins déclarés de la femme qui étaient de 3 400 \$ par mois. Toutefois, une somme de 2 000 \$ par mois plus le revenu annuel de 18 240 \$ imputé par la Cour d'appel donnait à la femme un montant de pension alimentaire plus élevé que ses besoins déclarés de 3 400 \$ par mois.

Je suis d'avis, compte tenu des biens détenus par les deux parties considérés au moment de la demande de modification, que la femme n'éprouverait pas de difficultés si la double indemnisation à même la partie de la pension de retraite comprise dans l'égalisation ne lui était pas attribuée.

Enfin, la Cour d'appel a eu tort de conclure que le juge des requêtes avait commis une erreur lorsqu'elle a tenu compte dans sa décision d'une capacité de la part de la femme de gagner un revenu d'emploi. Le juge des requêtes a affirmé dans ses motifs, et je suis d'accord avec elle, qu'elle avait traité de ce [TRADUCTION] « facteur de moindre importance » dans le but de ne pas faire abstraction des capacités de la femme et de son rôle pendant le mariage. Ce facteur n'a eu aucune incidence sur les sommes allouées par le juge des requêtes et ne laissait nullement entendre que la femme, maintenant âgée de près de 65 ans, devait chercher un emploi.

#### V. Dispositif

Les montants ajustés de pension alimentaire fixés par le juge des requêtes et par la Cour d'appel ne sont pas détaillés, car les deux cours n'ont pas fourni leurs calculs. Les deux parties n'ont eu recours qu'aux chiffres apparemment arrondis. Le montant de 950 \$ fixé par le juge des requêtes a été soigneusement évalué par elle et il faut témoigner de la déférence à cette décision. La double indemnisation peut équitablement être évitée dans la présente affaire. Par conséquent, le pourvoi est accueilli et le jugement du juge des requêtes est rétabli avec l'ordonnance supplémentaire que la somme mensuelle soit indexée et que l'arriéré de

79

80

81

and arrears, if any, of spousal support be paid to the wife.

pension alimentaire, le cas échéant, soit versé à la femme.

82 Based on the divided success of this appeal, each party shall bear its own costs in all courts.

Compte tenu du succès partagé des parties dans le présent pourvoi, chaque partie assume ses propres dépens devant toutes les cours.

The reasons of L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et LeBel rendus par

LEBEL J. (dissenting) —

LE JUGE LEBEL (dissident) —

### I. Introduction

### I. Introduction

83 This appeal concerns spousal support after the breakdown of a marriage. It requires a discussion of the impact of the retirement of the supporting spouse on support and the problems raised by the allocation of pension rights, at the time of the division of the family assets and at the moment of retirement.

Le présent pourvoi porte sur l'obligation alimentaire entre conjoints après la rupture d'un mariage. Il convient d'analyser les conséquences de la retraite du conjoint soutien de la famille sur la pension alimentaire, et des problèmes que soulève la répartition des droits à une pension de retraite, lors du partage des biens familiaux et au moment de la retraite.

84 Justice Major's reasons fully review the facts, and I will return to them only as required by these reasons. The appellant and the respondent were married for a long time. Mrs. Boston worked only inside the home where she raised a large family. The marriage broke down after some 30 years, a division of family assets intervened, and, by agreement, spousal support was set at \$3,200 per month, indexed annually to the cost of living. At the time the family assets were divided, arrangements were made to value and divide the appellant's pension rights. Three years later, Mr. Boston retired, started to draw his pension and asked for a review of the support order.

Dans ses motifs, le juge Major fait un examen complet des faits, et je n'y ferai référence que si les présents motifs l'exigent. L'appelant et l'intimée ont été mariés pendant de nombreuses années. Madame Boston a travaillé seulement à la maison où elle a élevé une famille nombreuse. Le mariage a pris fin après environ 30 ans, un partage des biens familiaux a eu lieu, et, par suite d'une entente, la pension alimentaire payable à l'intimée a été fixée à 3 200 \$ par mois avec indexation annuelle sur le coût de la vie. Au moment du partage des biens familiaux, des arrangements ont été pris pour évaluer et partager les droits de l'appelant à une pension de retraite. Trois années plus tard, M. Boston a pris sa retraite, a commencé à toucher sa pension et a demandé une révision de l'ordonnance alimentaire.

85 Robertson J. of the Ontario Court (General Division) reduced the amount of support to \$950 per month, not indexed. The Ontario Court of Appeal raised the amount of spousal support to \$2,000 per month. With respect for the contrary view, the judgment of the Court of Appeal should be upheld and the appeal dismissed. Albeit concise, this judgment seems grounded on a proper application of

Madame le juge Robertson de la Cour de l'Ontario (Division générale) a réduit le montant de la pension alimentaire à 950 \$ par mois, sans indexation. La Cour d'appel de l'Ontario a porté le montant de la pension alimentaire payable à l'intimée à 2 000 \$ par mois. Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, il convient de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi. Malgré sa



the legal principles governing the equalization of net family property of family assets and spousal support.

In the end, this case remains a very straightforward matter of assessment of the needs and means of the former spouses in context of the dynamic relationship that arises from the marriage and its breakdown. This relationship is governed by a set of legal principles common to the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).

## II. Analysis

Analysis in such a case should not be overly influenced by catch words like “double dipping” and its alleged unfairness in the determination and the process of support, where none really exists, once the relevant legal principles are identified and applied. On the other hand, a lack of fairness should be found when a wife does not receive a level of support congruent with the lifestyle she enjoyed, although a separation or divorce may lower the living standards of both parties. A spouse should not be penalized mainly because she adopted a moderate lifestyle and prudently invested her assets. The argument raised by the appellant, to a certain extent, reverts to the old idea that, after the breakdown of the marriage, the supported spouse is not really entitled to much more than a subsistence level income. The process of the division of assets and determination of spousal support must remain fair, but should also attempt to address in a realistic way the consequences of the breakdown of a marriage, in the context of the life experience of the spouses.

After the breakdown of a marriage, the process of settling financial matters may appear complicated. Two basic stages must be distinguished: first, the division of family assets and, second, deciding whether spousal support will be warranted and determining its quantum.

concision, cet arrêt semble fondé sur une application correcte des principes de droit régissant l'égalisation des biens familiaux nets et l'obligation alimentaire entre conjoints.

En fin de compte, ce pourvoi pose une question très simple d'évaluation des besoins et des ressources des ex-conjoints dans le cadre de la relation dynamique qui découle du mariage et de son échec. Cette relation est régie par un ensemble de principes de droit énoncés dans la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, et la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

## II. Analyse

Dans une affaire comme l'espèce, l'analyse ne doit pas accorder trop d'importance à des mots accrocheurs comme « double ponction » et à son prétendu caractère injuste dans la fixation de la pension alimentaire et l'application de celle-ci, alors que ce n'est pas vraiment le cas, une fois les principes de droit pertinents cernés et appliqués. Par ailleurs, le fait qu'une épouse ne reçoive pas une pension alimentaire correspondant au style de vie dont elle bénéficiait paraîtrait inéquitable, bien qu'une séparation ou un divorce puisse faire baisser le niveau de vie des deux parties. Une conjointe ne devrait pas être pénalisée principalement parce qu'elle a choisi un style de vie modeste et parce qu'elle a investi ses biens avec prudence. L'argument soulevé par l'appelant, dans une certaine mesure, renvoie à l'idée ancienne selon laquelle, après la rupture du mariage, le conjoint bénéficiaire n'a droit à guère plus qu'un revenu de subsistance. Le processus du partage des biens et la fixation de la pension alimentaire payable à un conjoint doivent demeurer équitables, mais tenteront également de tenir compte de manière réaliste des conséquences de la rupture d'un mariage, dans le cadre de l'expérience de vie des conjoints.

Après la rupture d'un mariage, le règlement des questions financières peut paraître compliqué. On distingue deux étapes fondamentales : premièrement, le partage des biens familiaux et, deuxièmement, la décision sur l'attribution d'une pension alimentaire et la fixation du montant de celle-ci.

86

87

88

### A. *Equalization of Net Family Property*

89 Under the *Family Law Act*, the equalization of net family property differs fundamentally from the determination of the quantum of support payments. The Act does not provide for a re-apportionment of assets. Rather, it creates a debtor/creditor relationship resulting in a payment obligation. Section 5(1) makes clear that the equalization of net family property is an entirely mechanical process. The spouses calculate their respective net family properties under s. 4 of the Act. An application is then made under s. 7 to equalize the net family properties. The spouse with the lesser net family property must receive a payment equal to half the difference between the two net family properties, subject to the discretion of the Court to vary this entitlement under s. 5(6) in case of unconscionability.

90 After the determination of the entitlement, the Court must then decide how payment will be made, having regard to s. 9 of the Act. Pension rights, like all family assets, are thrown into the pot and must be equalized. Despite their importance for a number of couples, the Act contains no provision addressing the specific problems arising out of the division and allocation of pension rights. At the end of the process of division and equalization, the creditor spouse will be left with certain assets including, sometimes, a claim against the other spouse.

### B. *Spousal Support*

#### (1) Legislative Purposes

91 The process of determining support, by contrast, remains anything but mechanical. It requires an often subtle analysis, based on complex factors set out in s. 33 of the *Family Law Act*. Specifically, the Act identifies a number of purposes: any support order must recognize the spouse's contribution to the relationship and its economic conse-

### A. *Égalisation des biens familiaux nets*

Aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*, l'égalisation des biens familiaux nets diffère fondamentalement de la fixation du montant de la pension alimentaire. La Loi ne prévoit pas de nouveau partage des biens. Elle crée plutôt une relation débiteur/créancier qui doit naître à une obligation de paiement. Le paragraphe 5(1) montre clairement que l'égalisation des biens familiaux nets est une démarche tout à fait mécanique. Les conjoints évaluent leurs biens familiaux nets respectifs en application de l'art. 4 de la Loi. Une demande est alors présentée conformément à l'art. 7 pour égaliser les biens familiaux nets. Le conjoint qui possède le moins de biens familiaux nets doit recevoir un paiement égal à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets qui appartiennent à chacun des conjoints, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du tribunal prévu au par. 5(6) de modifier ce montant s'il est d'avis que l'égalisation des biens familiaux serait inadmissible.

Après avoir statué sur le droit des parties, le tribunal détermine comment le paiement sera effectué, en tenant compte de l'art. 9 de la Loi. Les droits à une pension de retraite, de même que tous les biens familiaux, sont mis en commun et doivent être égalisés. Malgré l'importance des droits à une pension de retraite pour un certain nombre de couples, la Loi ne comporte pas de disposition portant sur les problèmes particuliers découlant du partage et de la répartition de ceux-ci. À la fin du processus de partage et d'égalisation, le conjoint créancier conservera certains biens dont, parfois, une réclamation contre l'autre conjoint.

### B. *Pension alimentaire en faveur d'un conjoint*

#### (1) Objectifs législatifs

Par contraste, le processus de fixation de la pension alimentaire est loin d'être simplement mécanique. Il exige une analyse souvent subtile, fondée sur les facteurs complexes énoncés à l'art. 33 de la *Loi sur le droit de la famille*. En particulier, la Loi précise plusieurs buts : les ordonnances alimentaires doivent reconnaître l'apport du conjoint à

quences, the burden of child support, and must provide assistance to the spouse to gain autonomy and to relieve financial hardship, if this has not been done by the equalization of net family property. These are enumerated as follows:

- (8) [Purposes of order for support of spouse] An order for the support of a spouse should,
- (a) recognize the spouse's contribution to the relationship and the economic consequences of the relationship for the spouse;
  - (b) share the economic burden of child support equitably;
  - (c) make fair provision to assist the spouse to become able to contribute to his or her own support; and
  - (d) relieve financial hardship, if this has not been done by orders under Parts I (Family Property) and II (Matrimonial Home).

This approach does not differ substantially from the objectives of support and variation orders under the *Divorce Act*. Under both statutes, any final order of support will have factored in what assets come under the control of each spouse and what income they can generate from their property, work or other sources.

As is well known, the determination and application of the principles governing the law of support have given rise to a considerable amount of controversy and litigation in Canadian courts. The question keeps coming back. This Court has rendered several judgments in this area, the most important in recent years remaining *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, and *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420.

The law of support must address an almost infinite number of situations and life experiences. Nevertheless, courts have attempted to define models of marriage. As McLachlin J. (as she then was) pointed out in *Bracklow, supra*, it appears useful to try to identify some basic models. She suggested, for example, a distinction between the

l'union et ses conséquences économiques, ainsi que le fardeau des aliments à fournir à un enfant, et elles doivent aider le conjoint à parvenir à l'autonomie et alléger ses difficultés financières, si l'égalisation des biens familiaux nets n'y est pas parvenue. Ces facteurs sont les suivants :

- (8) [Buts de l'ordonnance d'aliments à l'égard d'un conjoint] L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint devrait :
- a) reconnaître l'apport du conjoint à l'union et les conséquences économiques de l'union pour le conjoint;
  - b) distribuer équitablement le fardeau économique que représentent les aliments à fournir à un enfant;
  - c) comprendre des dispositions équitables en vue d'aider le conjoint à devenir capable de subvenir à ses propres besoins;
  - d) alléger les difficultés financières, si les ordonnances rendues en vertu de la partie I (Biens familiaux) et de la partie II (Foyer conjugal) ne l'ont pas fait.

Cette démarche ne diffère pas substantiellement des objectifs des ordonnances alimentaires et modificatives prises sous le régime de la *Loi sur le divorce*. Aux termes des deux lois, toute ordonnance alimentaire définitive aura tenu compte des biens appartenant à chacun des conjoints et des revenus que leurs biens, leur travail et d'autres sources peuvent générer.

Il est bien connu que la détermination et l'application des principes régissant le droit en matière d'obligation alimentaire ont soulevé un nombre considérable de controverses et de litiges devant les tribunaux canadiens. La question revient toujours. Notre Cour a rendu plusieurs jugements dans ce domaine, dont les plus importants aux cours des récentes années demeurent *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, et *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

Le droit en matière d'obligation alimentaire doit traiter un nombre pratiquement infini de situations et d'expériences de vie. Les tribunaux ont toutefois tenté de définir des modèles de mariage. Comme madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l'a souligné dans l'arrêt *Bracklow*, précité, il paraît utile d'essayer de circonscrire certains

92

93

94

“basic social obligation” model (para. 23) in which the primary responsibility falls on the former spouse to provide for his or her ex-partner and the “independent” model (para. 24) in which each party is viewed as an autonomous actor retaining his or her economic independence during the marriage. She then associated each type of marriage with a model of spousal support. In the end, though, McLachlin J. noted that none of these classifications would really account for all situations or allow the development of an entirely just law of spousal support (para. 32).

modèles de base. Elle a par exemple proposé une distinction entre le modèle de « l’obligation sociale fondamentale » (par. 23) en vertu duquel c’est à l’ex-époux qu’il incombe principalement de subvenir aux besoins de son ex-conjoint et le modèle « indépendant » (par. 24) selon lequel chaque partie est considérée comme un acteur autonome qui conserve son indépendance économique pendant le mariage. Elle a alors associé chaque type de mariage à un modèle de pension alimentaire. Cependant, en définitive, le juge McLachlin a mentionné qu’aucune de ces classifications ne rendrait vraiment compte de toutes les situations ni ne permettrait l’élaboration d’une loi tout à fait équitable en matière de pension alimentaire au profit d’un époux (voir par. 32).

95 The spectrum of situations remains wide. This Court should be careful not to establish closed and inflexible categories that might bear little relationships with the actual life experiences and needs of Canadian couples. This case would certainly not be an appropriate one for such an attempt. As can be seen from the facts of the case, it is clear that the parties had a traditional long-term marriage. Absent legislative schemes like the equalization process under the *Family Law Act* and the right to support, the respondent would have been left with no assets, no experience in the job market and no income. She would have found herself in a situation of utter dependency, arising out of the way of life and the allocation of responsibilities, accepted by the couple during a long marriage. On the other hand, Mr. Boston would have been left with most of the assets including his pension and the income stream arising out of them.

L’éventail des situations possibles demeure large. Notre Cour devrait se garder d’établir des catégories fermées et rigides qui ne correspondraient que peu aux expériences de vie réelles et aux vrais besoins des couples canadiens. La présente affaire ne se prête certainement pas à un tel exercice. Il ressort clairement des faits de l’espèce que les parties ont eu un mariage traditionnel de longue durée. Sans régimes législatifs comme le processus d’égalisation prévu par la *Loi sur le droit de la famille* et le droit aux aliments, l’intimée serait demeurée sans biens, sans expérience sur le marché du travail et sans revenu. Elle se serait retrouvée complètement dépendante, en raison du style de vie et de la répartition des responsabilités adoptés par le couple durant un long mariage. Par ailleurs, M. Boston aurait conservé la majorité des biens, dont sa pension de retraite, et le flux de revenu qu’ils génèrent.

96 One of the primary objectives of the modern law of spousal support is to address such unfairness. In *Moge*, however, L’Heureux-Dubé J. pointed out that the legislative purposes behind spousal support are various, and that none should take precedence over any other. She made this point at p. 853 as follows:

L’un des principaux objectifs du droit contemporain en matière d’obligation alimentaire entre conjoints est de contrer cette injustice. Cependant, dans l’arrêt *Moge*, madame le juge L’Heureux-Dubé a souligné que les objectifs législatifs sous-jacents à la pension alimentaire payable à un conjoint sont variés, et qu’aucun ne devrait avoir prééminence sur l’autre. Elle a fait état de ce point de vue de la manière suivante à la p. 853 :

Many proponents of the deemed self-sufficiency model effectively elevate it to the pre-eminent objective

Nombre de tenants du modèle de l’indépendance économique présumée lui attribuent en fait un rôle prédomi-

in determining the right to, quantum and duration of spousal support. In my opinion, this approach is not consonant with proper principles of statutory interpretation. The objective of self-sufficiency is only one of several objectives enumerated in the section and, given the manner in which Parliament has set out those objectives, I see no indication that any one is to be given priority. Parliament, in my opinion, intended that support reflect the diverse dynamics of many unique marital relationships. [Emphasis added.]

The same four legislative objectives articulated in the *Divorce Act* form part of the *Family Law Act*. Thus, the treatment of those four objectives under the *Divorce Act* in *Moge* and *Bracklow* applies to the provincial statute, *mutatis mutandis*. In both of those cases, however, this Court has treated the four objectives in the larger context of three bases for support payments. Accordingly, I will review this approach.

## (2) Bases for Spousal Support

The major issue in *Bracklow* was whether there was a basis for spousal support beyond (i) contract/consent and (ii) compensation for economic hardship suffered as a result of the marriage or its breakdown. Based on a close reading of the relevant statutory provisions, McLachlin J. held at paras. 37 *et seq.*, that a third, non-compensatory, basis could be found, related to the very concrete needs of the spouses.

At para. 40, McLachlin J. asserted there must be a non-compensatory ground for spousal support in the following terms:

While the statutes contemplate an obligation of support based on the grounds of contract and compensation, they do not confine the obligation to these grounds. The “ability and capacity of, and the reasonable efforts made by, either or both spouses to support themselves” (*Family Relations Act*, s. 89(1)(d)), suggests a concern with need that transcends compensation or contract. . . . Similarly, “economic circumstances”

nant dans la détermination du droit à l’obligation alimentaire, de son montant et de sa durée. À mon avis, cette approche n’est pas compatible avec les principes d’interprétation législative. L’objectif d’indépendance économique n’est que l’un des nombreux objectifs énumérés dans cet article et, compte tenu de la façon dont le législateur les a formulés, je ne crois pas que l’un ou l’autre doive avoir priorité. À mon avis, le législateur a plutôt voulu que la pension alimentaire reflète la diversité dynamique de nombre d’unions conjugales uniques. [Je souligne.]

Les mêmes quatre objectifs formulés dans la *Loi sur le divorce* font partie de la *Loi sur le droit de la famille*. Par conséquent, la manière dont les quatre objectifs prévus dans la *Loi sur le divorce* sont abordés dans les arrêts *Moge* et *Bracklow* s’applique à la loi provinciale, *mutatis mutandis*. Toutefois, dans ces deux arrêts, notre Cour a apprécié ces quatre objectifs dans le contexte plus large des trois fondements relatifs au versement d’une pension alimentaire. J’examinerai donc cette méthode.

## (2) Fondements du droit d’un conjoint à une pension alimentaire

La principale question en litige dans *Bracklow* était de savoir s’il existait un fondement à la pension alimentaire payable à un conjoint autre (i) qu’un contrat/consentement et (ii) qu’une indemnisation pour les difficultés économiques découlant du mariage ou de son échec. Après avoir examiné de près les dispositions législatives pertinentes, le juge McLachlin a statué, aux par. 37 *et suiv.* qu’un troisième fondement non compensatoire pouvait être établi, relativement aux besoins très concrets des conjoints.

Au paragraphe 40, le juge McLachlin a affirmé qu’il devait exister un fondement non compensatoire à la pension alimentaire payable à un conjoint de la manière suivante :

Bien que les lois prévoient une obligation alimentaire fondée sur le contrat et l’indemnisation, elles ne restreignent pas l’obligation à ces motifs. La « capacité de l’un ou l’autre des époux, ou des deux à la fois, de subvenir à leurs besoins, et [l]es efforts raisonnables qu’ils déploient en ce sens » (*Family Relations Act*, al. 89(1)(d)), indiquent une préoccupation des besoins qui transcende l’indemnisation ou le contrat. [..] De

97

98

99

(s. 89(1)(e)) invites broad consideration of all factors relating to the parties' financial positions, not just those related to compensation. The same may be said for the broad injunction of the *Divorce Act* that the court consider the "condition, means, needs and other circumstances of each spouse". [First emphasis added; second emphasis in original.]

même, les « circonstances économiques » (al. 89(1)e)) incitent à prendre en considération, de manière générale, tous les facteurs concernant la situation financière des parties, et non seulement ceux liés à l'indemnisation. On peut en dire autant de la *Loi sur le divorce* qui ordonne aux tribunaux de tenir compte « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux ». [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

100 This analysis entails very significant consequences. Some academic comments viewed them as potentially far-reaching but as yet uncertain. For example, Professor D. Goubau (in "The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada" (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333) suggests that this decision opens the door to an award of spousal support wherever there is need on the part of one spouse and an ability to pay on the part of the other, regardless of whether or not that need was occasioned by the marriage. To remove the connection between the need and the marriage, he argues, forces one spouse to pay for another's misfortune, even though it has nothing whatsoever to do with him.

Il s'agit d'une analyse qui entraîne des conséquences très importantes. Certains auteurs les considèrent comme susceptibles d'avoir une grande portée mais comme étant toujours incertaines. Par exemple, le professeur D. Goubau (dans « The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada » (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 333) est d'avis que cet arrêt permet l'attribution d'un soutien alimentaire en faveur d'un conjoint lorsqu'il existe un besoin de la part de l'un des conjoints et une capacité de payer de la part de l'autre, sans égard à la question de savoir si ce besoin découle du mariage. Le fait de supprimer le lien entre le besoin et le mariage, soutient-il, contraint un conjoint à payer pour l'infortune de l'autre, même si cela n'a absolument rien à voir avec lui.

101 Instead of removing the causation requirement altogether, Professor Goubau argues that a relaxing of the causation requirement — so that not only needs that are caused by the marriage but also those that are caused by its breakdown are compensable — is sufficient. As an example of this strategy, he points to a decision of the Quebec Court of Appeal, rendered shortly before *Moge*, which rejected a reading of the *Pelech-Richardson-Caron* trilogy that would require an unduly mechanistic application of the requirement of causation (*Droit de la famille* — 1688, [1992] R.J.Q. 2797). Simply relaxing the requirement, rather than removing it altogether, allows the court to maintain the conceptual link between the payment of support and the marriage without limiting recovery by unduly legalistic categories.

Plutôt que de retirer complètement l'exigence relative au lien de causalité, le professeur Goubau prétend qu'un assouplissement de cette exigence — de manière à ce que non seulement les besoins découlant du mariage, mais également ceux qui résultent de son échec soient indemnisables — suffit. Pour illustrer cette stratégie, il invoque un arrêt de la Cour d'appel du Québec, rendu peu de temps avant *Moge*, dans lequel une interprétation de la trilogie *Pelech-Richardson-Caron* qui exigerait une application trop mécanique de l'exigence du lien de causalité a été rejetée (*Droit de la famille* — 1688, [1992] R.J.Q. 2797). Un simple assouplissement de l'exigence, plutôt que son retrait complet, permet au tribunal de conserver le lien conceptuel qui existe entre le paiement d'une pension alimentaire et le mariage sans restreindre le recouvrement par l'établissement de catégories trop légalistes.

102 In my view, *Bracklow* does not discard altogether the requirement of a causal connection

J'estime que l'arrêt *Bracklow* n'écarte pas totalement l'exigence d'un lien de causalité entre les

between the needs of the payee spouse and the marriage, its history and its breakdown. McLachlin J.'s reasons, which build upon prior judgments of the Court, emphasize the diversity of the factors affecting the right to support and its quantum, but do not appear to reject the consideration of a broad form of causal connection, as a requirement for some categories of support orders.

Julien and Marilyn Payne argue that it “is amply demonstrated by *Bracklow v. Bracklow* [that] needs and capacity to pay as the basis of spousal support have not been superseded by the notion of compensatory support. They have been complemented by it” (J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), at p. 207). This much seems clear from the following passage from *Bracklow*, at para. 32: “. . . Parliament and the legislatures have decreed otherwise by requiring courts to consider not only compensatory factors, but the ‘needs’ and ‘means’ of the parties”. Julien and Marilyn Payne also laud this decision as making clear what should have been so all along: that simply because courts have examined the sacrifices made by women in a marriage and have sought to compensate them for such sacrifices, this does not mean that all other considerations should be ignored after the breakdown of a marriage.

Finally, the reality faced by family court judges should be recognized. Although the compensation rationale remains very important, in most cases it will not be clear exactly how much compensation is required and how to compute it. (See Payne and Payne, *supra*, at p. 209.) Thus, even when compensation is acknowledged as an important rationale, the means and needs of the parties are often used by courts simply because they supply the only available numbers. Bastarache J.A. (as he then

besoins du conjoint bénéficiaire et le mariage, son histoire et son échec. Les motifs du juge McLachlin, qui s’inscrivent dans la lignée des jugements antérieurs de la Cour, mettent l’accent sur la diversité des facteurs ayant une incidence sur le droit à une pension alimentaire et son montant, mais ne paraissent pas rejeter la prise en considération d’une forme large de lien de causalité, en tant qu’exigence relative à certaines catégories d’ordonnances alimentaires.

Julien et Marilyn Payne prétendent qu’il [TRA-  
DUCTION] « est largement démontré dans *Bracklow c. Bracklow* que les besoins et la capacité de payer en tant que fondement de la pension alimentaire payable à un conjoint n’ont pas été supplantés par la notion d’aliments compensatoires. Ils ont été complétés par elle » (J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), p. 207). Cette affirmation semble claire en regard du passage suivant tiré de *Bracklow*, par. 32 : « . . . le Parlement et les législatures en ont décidé autrement en exigeant que les tribunaux tiennent compte non seulement des facteurs compensatoires, mais également des “besoins” et des “ressources” des parties ». Julien et Marilyn Payne ont également exprimé leur satisfaction à l’égard de cet arrêt parce qu’il a précisé ce qui aurait dû l’être depuis toujours, soit simplement que ce n’est pas parce que les tribunaux ont tenu compte des sacrifices faits par des femmes dans un mariage et ont cherché à les indemniser pour ces sacrifices que toutes les autres considérations devraient être laissées de côté après la rupture du mariage.

Enfin, la situation que vivent les juges des tribunaux de la famille devrait être reconnue. Quoique le principe de l’indemnisation demeure très important, dans la majorité des cas il ne sera pas évident de déterminer exactement le montant de l’indemnisation nécessaire et comment la calculer. (Voir Payne et Payne, *op. cit.*, p. 209.) Ainsi, même quand l’indemnisation est reconnue comme un principe important, les tribunaux se réfèrent souvent aux ressources et aux besoins des parties simplement parce qu’ils fournissent les seuls chiffres disponibles. Le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour) a admis cette réalité dans l’arrêt

103

104

was) recognised this reality in *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147 (C.A.), at para.15, as follows:

It is in cases where it is not possible to determine the extent of the economic loss of the disadvantaged spouse that the court will consider need and standard of living as the primary criteria, together with the ability to pay of the other party.

105 In the case at bar, any order of support must address both the consequences of the marriage and of its breakdown. It must rest on an assessment of the needs and means of the parties and it should acknowledge the need to compensate the spouse who stayed home, worked there and gave up any idea of a career and the economic independence it allows.

106 The first objective of any order is to make sure that the dependent spouse, after the breakdown of the marriage, has enough to live on. In assessing the adequacy of support, the courts must consider the past income and living standards of the parties. (See Payne and Payne, *supra*, at p. 205; *Moge*, *supra*, at pp. 866 and 870.) The creditor spouse remains entitled to an income proportionate to her former living standards, although some economic disadvantages and costs often arise out of the splitting up of the family unit. It is also fair and consistent with the objectives of the *Family Law Act* to include an element of compensation for the consequences of the breakdown of a marriage where a spouse has given up any possibility of a career outside the home.

107 Then, in assessing the needs of a spouse, a judge must factor in the need of both spouses for security. This factor may very well have become of critical importance for a dependent spouse like the respondent. Absent an actual division of pension credits, she will be left entirely on her own, if her spouse predeceases her, and she will have to rely on the asset base and income rights she may have acquired at or since the breakdown. Such factors seem to have been considered when the parties separated and agreed on the amount of support. The law and the courts have recognized that such

*Ross c. Ross* (1995), 168 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 147 (C.A.), par. 15, en disant :

[TRADUCTION] C'est dans les causes où il n'est pas possible de mesurer l'ampleur de la perte économique de l'époux désavantagé que la cour considère les besoins et le niveau de vie comme critères premiers, avec la capacité de payer de l'autre partie.

L'ordonnance alimentaire en l'espèce doit tenir compte tant des conséquences du mariage que de sa rupture. Elle doit reposer sur une évaluation des besoins et des ressources des parties et elle devrait reconnaître le besoin d'indemniser le conjoint qui est demeuré à la maison, qui y a travaillé et qui a renoncé à l'idée d'une carrière et à l'indépendance économique que celle-ci autorise.

Le premier objectif d'une ordonnance alimentaire est de s'assurer que le conjoint à charge, après la rupture du mariage, dispose de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins. En évaluant la suffisance de la pension alimentaire, les tribunaux doivent tenir compte du revenu et du niveau de vie antérieurs des parties. (Voir Payne et Payne, *op. cit.*, p. 205; *Moge*, précité, p. 866 et 870.) Le conjoint créancier a toujours droit à un revenu proportionnel à son ancien niveau de vie, quoique la scission de la cellule familiale entraîne souvent des inconvénients économiques et des coûts. Il est en outre juste et conforme aux objectifs de la *Loi sur le droit de la famille* d'inclure un élément d'indemnisation pour les conséquences de la rupture du mariage quand un des conjoints a renoncé à toute possibilité de carrière à l'extérieur de la maison.

Ensuite, dans l'évaluation des besoins d'un conjoint, le juge doit prendre en considération le besoin de sécurité des deux conjoints. Ce facteur peut très bien être devenu d'une importance cruciale pour une conjointe à charge comme l'intimée. Sans partage effectif des droits à la pension de retraite, elle sera entièrement livrée à elle-même, si son conjoint décède avant elle, et elle devra compter sur les biens et les droits à un revenu qu'elle aura pu acquérir à la rupture ou depuis cette date. Ces facteurs semblent avoir été pris en considération quand les parties se sont



arrangements should not be tampered with, unless a material change occurs. I abstain from expressing any opinion as to whether such a material change actually happened here. Given the concession in the Court of Appeal, I will dispose of the matter, assuming, without deciding, that such a change happened when Mr. Boston retired.

### C. *The Pension Problem*

As an Ontario judge put it: “I confess that there is one word which, given the choice, I would prefer not to hear in a matrimonial proceeding: ‘pension’” (*Iurincic v. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Quinn J.), at para. 1. Much as we may prefer to forget about this problem, it is a live issue, in respect both of the process of family property equalization and of determination of support. When Mr. and Mrs. Boston separated, the pension rights acquired under the Ontario Teachers’ Pension Plan were an important family asset. As indicated above, the *Family Law Act* does not provide for any specific rules on the splitting of pension credits, contrary to what is found in other provincial laws dealing with the equalization of family assets, like the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 426. The *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, though, sets out a number of rules governing the splitting of several credits or rights, but was not discussed or considered in the present case. Absent any other rule than the principle of an equal division, the parties and the courts are left to their own devices. The problem becomes: shall we split now or later, if and when the spouse holding the pension rights retires? I will not attempt to discuss which approach should be preferred. Both have their advantages and their downsides. Each involves an element of risk. For example, the “if and when” formula sometimes may require complex legal arrangements, in order to protect the creditor spouse until the time of retirement and to provide also for the possibility of an early death. The parties here chose another commonly used method, as explained in Justice Major’s reasons. It requires an

séparées et ont convenu du montant de la pension alimentaire. Le droit et les tribunaux ont reconnu que de tels arrangements ne devraient pas être modifiés, à moins qu’un changement important ne survienne. Je m’abstiens de tout commentaire sur la question de savoir si un tel changement important est survenu en l’espèce. Compte tenu de l’admission devant la Cour d’appel, je statuerai sur l’affaire en supposant, sans toutefois le décider, qu’un tel changement est survenu quand M. Boston a pris sa retraite.

### C. *Le problème de la pension de retraite*

Comme un juge ontarien l’a dit : [TRADUCTION] « J’avoue qu’il existe un mot que, si on me donnait le choix, je préférerais ne pas entendre dans une instance en matière matrimoniale : pension de retraite » (*Iurincic c. Iurincic* (1998), 40 R.F.L. (4th) 258 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Quinn), par. 1. Même si nous pouvons préférer oublier ce sujet, il s’agit d’un problème réel, qui porte à la fois sur le processus d’égalisation des biens familiaux et sur la fixation du montant de la pension alimentaire. Quand M. et M<sup>me</sup> Boston se sont séparés, les droits à une pension de retraite acquis en vertu du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l’Ontario constituaient un bien familial important. Comme nous l’avons déjà mentionné, la *Loi sur le droit de la famille* ne prévoit pas de règles particulières sur le partage des droits à une pension de retraite, contrairement à ce qu’on trouve dans d’autres lois provinciales régissant l’égalisation des biens familiaux, comme le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 426. Cependant, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, établit un certain nombre de règles régissant le partage de plusieurs droits, mais elle n’a pas été examinée dans la présente affaire. Sans autre règle que le principe d’un partage égal, les parties et les tribunaux sont laissés à eux-mêmes. Le problème qui se présente est donc le suivant : partageons-nous maintenant ou plus tard, quand le conjoint titulaire de la pension prendra sa retraite et s’il la prend? Je n’essaierai pas de déterminer quelle démarche devrait être adoptée. Les deux possèdent des avantages et des inconvénients. Elles comportent toutes deux un élément de risque. Par exemple, la formule conditionnelle « si et

immediate transfer of assets or money in order to extinguish a claim in respect of pension rights which will be exercised only later.

quand » peut parfois exiger des dispositions juridiques complexes, afin de protéger le conjoint créancier jusqu'au moment de la retraite et de prévoir également la possibilité d'un décès prématuré. Les parties en l'espèce ont opté pour une autre méthode communément utilisée, comme l'explique le juge Major dans ses motifs. Elle requiert un transfert immédiat de biens ou d'argent afin d'éteindre une revendication relative à des droits à une pension de retraite qui ne seront exercés qu'ultérieurement.

109 In the separation agreement, the parties put a value on Mr. Boston's pension rights and then the total marital assets were split. Mr. Boston dealt with the claim arising out of this arrangement through the transfer of a number of assets to his wife. The process allocated Mrs. Boston most of the matrimonial property. On the other hand, Mr. Boston retained his full pension rights and the right to the entire income stream arising out of it. Although the parties did not discuss this aspect of the case, it remains probable that such a public service pension ensures him a substantial degree of protection against inflation, periodic revisions of pension payments and an almost ironclad protection against any economic risks. The respondent got her long-term security through the management of assets that must be used efficiently and remain exposed to a degree of market and economic risk.

Dans l'entente de séparation, les parties ont attribué une valeur aux droits de M. Boston à une pension de retraite et à ce moment-là l'ensemble des biens matrimoniaux ont été partagés. Monsieur Boston a traité la revendication découlant de cette entente par le transfert d'un certain nombre de biens à son épouse. La démarche a permis à M<sup>me</sup> Boston d'obtenir la majeure partie des biens matrimoniaux. Par ailleurs, M. Boston a conservé la totalité de ses droits à une pension de retraite et le droit à tout le flux de revenu qui en découle. Les parties n'ont pas abordé cet aspect de l'affaire, mais il demeure probable qu'une telle pension de retraite de la fonction publique garantit à l'appelant une protection importante contre l'inflation, des révisions périodiques des prestations de pension de retraite et une protection pratiquement absolue contre les risques économiques. L'intimée a acquis une sécurité à long terme par la gestion de biens qui doivent être utilisés de manière efficace et qui demeurent exposés à un degré de risque lié au marché et à l'économie.

110 Mr. Boston paid off his wife's claim, transferred assets and avoided a division of his pension rights and credits, hence the problem when he retired. He took the view that the payment of support out of the income stream generated by his pension was inherently unfair, and that this amounted to double dipping. He asserts that the income stream arising out of an already equalized pension should be insulated from contribution to support. This problem has never been addressed directly by this Court, although it was mentioned in *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112, at p. 120, where Cory J. considered it irrelevant, given the facts of that case.

Monsieur Boston a acquitté la réclamation de son épouse, transféré des biens et évité un partage de ses droits à une pension, de là le problème survenu lorsqu'il a pris sa retraite. Il était d'avis que le paiement d'une pension alimentaire provenant du flux de revenu généré par sa pension de retraite était fondamentalement inéquitable, et que cela équivalait à une double ponction. Il affirme que le flux de revenu découlant d'une pension de retraite ayant déjà fait l'objet d'une égalisation ne devrait pas servir au paiement d'une pension alimentaire. Notre Cour ne s'est jamais penchée directement sur ce problème qui a toutefois été mentionné dans

Interestingly enough, it appears that counsel for the debtor spouse, in that case, advanced a distinction between property assets and maintenance assets. The former would be free from contribution to spousal maintenance. Pension rights would fall within this category (see p. 119). A basically identical argument is raised in this appeal.

(1) Double Dipping

The issue of “double dipping” in respect of pension rights has generated controversy in Canadian courts. Some case law supports the view that spousal support should be paid only from the portion of the pension that was unequalized at the time of the separation and from other sources of income. (See *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).) Nevertheless, this process of limiting the availability of the pension asset for spousal support purposes is mistaken. It views the pension as a finally allocated asset and ignores that it operates primarily as a source of income. Also, it should not be forgotten that, while spousal support and property division may be ordered or agreed to as part of an overall settlement package, they serve different purposes. In some situations, support is designed both to compensate the dependent spouse and to address essential economic needs arising out of the marriage breakdown. This rationale remains distinct from the property division, with which it should not be confused. Assets made available to a spouse after the equalization process should be factored in when considering the needs and means, as they will sometimes allow the dependent spouse to reach a degree of independence, which reflects one of the objectives of the *Family Law Act* and her essential human dignity. On the other hand, the Act does not modify the nature of the complex factors and objectives governing spousal support

l'arrêt *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112, p. 120; dans cet arrêt, le juge Cory a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un problème pertinent, compte tenu des faits de l'espèce. Il est intéressant de signaler qu'il paraît que dans cette affaire les avocats du conjoint débiteur ont proposé une distinction entre les biens patrimoniaux et les biens alimentaires. Les premiers ne devraient pas servir au paiement de la pension alimentaire. Les droits à une pension de retraite entreraient dans cette catégorie (voir p. 119). Un argument pratiquement identique est soulevé dans le présent pourvoi.

(1) Double ponction

La question de la « double ponction » en ce qui concerne des droits à une pension de retraite a donné lieu à des controverses devant les tribunaux canadiens. Une certaine jurisprudence soutient le point de vue selon lequel la pension alimentaire payable à un conjoint ne devrait provenir que de la partie de la pension de retraite qui n'a pas fait l'objet d'une égalisation au moment de la séparation et d'autres sources de revenu. (Voir *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (C. Ont. (Div. gén.)).) Néanmoins, cette méthode consistant à limiter la disponibilité des avoirs de retraite aux fins du paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint est incorrecte. Elle considère la pension de retraite comme un bien finalement attribué et ne prend pas en considération le fait que celle-ci tient lieu principalement de source de revenu. En outre, il ne faudrait pas oublier que, bien qu'une pension alimentaire en faveur d'un conjoint et un partage de biens puissent être ordonnés ou acceptés dans le cadre d'un règlement d'ensemble, ils servent des fins différentes. Dans certaines situations, la pension alimentaire vise à indemniser le conjoint à charge et à répondre aux besoins économiques découlant de la rupture du mariage. Ce raisonnement demeure distinct du partage des biens, avec lequel il ne saurait se confondre. Les biens mis à la disposition de la conjointe à charge après le processus d'égalisation devraient être pris en considération dans l'évaluation des besoins et des ressources, car ils lui permettraient parfois d'atteindre un degré d'indépendance qui témoigne de l'un des objectifs de la *Loi sur le droit de la famille* et sa dignité humaine essentielle. Par

before, as well as after the retirement of the debtor spouse. A number of judgments make this clear.

112 For example, in *Dolman v. Dolman* (1998), 38 R.F.L. (4th) 362 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), Philp J. found that the *Family Law Act* of Ontario allows spousal support to continue after an equalization payment if the dependent non-pensioned spouse remains in need, and if the payer remains able to pay. *Shadbolt* was referred to in the case of *Carter v. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), dismissing a motion to suspend existing support obligations. Kozak J. held that, although the initial jurisprudence under the *Family Law Act* stood for the principle that, after equalizing the pension, the pension should not again be the basis of spousal support payments, the later case law confirmed that spousal support continuing past the payer's retirement did not give the dependent spouse a double benefit of the pension.

113 As Bastarache J.A. said in *LeMoine v. LeMoine* (1997), 185 N.B.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 29, referring to *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), it is not improper "to extend support beyond the payor spouse's retirement simply because of the inclusion of the pension in the property division". He went on to say (at para. 30):

Although the pension income stream may belong to the husband... this does not mean that it cannot be accessed in order to redress the economic disadvantages of the wife that continue to flow from the marriage or its breakdown. It is not a case of re-dividing an asset, but of ordering a person to continue paying support.

114 Finally, Brockenshire J. made clear in *Nantais v. Nantais* (1995), 16 R.F.L. (4th) 201 (Ont. Ct.

ailleurs, la Loi ne modifie pas la nature des facteurs et des objectifs complexes qui régissent l'obligation alimentaire entre conjoints avant ainsi qu'après la retraite du conjoint débiteur. De nombreux jugements en font clairement état.

À titre d'exemple, dans *Dolman c. Dolman* (1998), 38 R.F.L. (4th) 362 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Philp a conclu que la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario permet la poursuite du versement de la pension alimentaire au profit d'un conjoint après un paiement d'égalisation si le conjoint à charge sans pension de retraite reste dans le besoin, et que le payeur est toujours en mesure de payer. La décision *Shadbolt* a été mentionnée dans *Carter c. Carter* (1998), 42 R.F.L. (4th) 314 (C. Ont. (Div. gén.)), où on a rejeté une requête en suspension des obligations alimentaires existantes. Le juge Kozak a conclu que, bien que la première jurisprudence en ce qui concerne la *Loi sur le droit de la famille* défendait le principe que, après l'égalisation de la pension de retraite, la pension ne devait pas de nouveau servir au paiement de la pension alimentaire au profit d'un conjoint, la jurisprudence récente a confirmé que le paiement d'une pension alimentaire au profit d'un conjoint, qui se poursuit après la retraite du payeur, ne procure pas au conjoint à charge de double bénéfice à l'égard de la pension de retraite.

Comme le juge Bastarache l'a écrit dans *LeMoine c. LeMoine* (1997), 185 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 173 (C.A.), par. 29, en faisant référence à *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.), il n'est pas incorrect [TRADUCTION] « de prolonger le versement des aliments après la retraite du conjoint payeur simplement parce que le régime de retraite avait été inclus dans la répartition des biens ». Il a ajouté (au par. 30) :

[TRADUCTION] Bien que le revenu de pension puisse appartenir au mari [...] cela ne signifie pas qu'il soit impossible d'y toucher pour redresser les inconvénients économiques que l'épouse continue de subir en raison du mariage ou de son échec. Il ne s'agit pas de répartir de nouveau un bien, mais d'ordonner à quelqu'un de continuer de verser des aliments.

En dernier lieu, le juge Brockenshire a indiqué clairement dans *Nantais c. Nantais* (1995), 16

(Gen. Div.)), that the mere fact that the source of a payor or spouse's income is a pension rather than employment should not *prima facie* exclude such income from consideration when determining the quantum of spousal support. Brockenshire J. viewed it as "a contractual replacement of an income [and], like the wages received before retirement, is fully available for the support of a needy former spouse" (para. 32).

(2) The Process of Fixing Support After Retirement

No assets or income streams should be set aside or treated differently after a debtor spouse starts drawing a pension. This Court should not entertain in any manner the view that we should draw a distinction between what some would call property assets and maintenance assets. All income streams are relevant in the assessment of means and needs and of the proper level of support considering the lifestyle and the living experience of the couple. Pension payments remain income. Indeed, the *Income Tax Act* views them as fully taxable for income tax purposes (see P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 357-58). The problem to be addressed in a question of spousal support is not the nature of the assets available to the parties, but how they should be used by each party.

I agree that a spouse may not sit on a pot of gold, while fleecing his or her former life partner. As the trial judge and the Court of Appeal found, by reason of her moderate, if not frugal lifestyle, Mrs. Boston had made safe investments and, therefore, had a substantial asset base under her control. On the other hand, Mr. Boston had kept his entire pension rights with the financial and personal security that flows from them, but few other assets. No information as to the nature and conditions of the Teachers' Pension Plan of Ontario is available

R.F.L. (4th) 201 (C. Ont. (Div. gén.)), que le simple fait que la source de revenu d'un payeur ou d'un conjoint soit une pension de retraite plutôt qu'un revenu d'emploi ne devrait pas *prima facie* empêcher la prise en considération de ce revenu dans la fixation du montant de la pension alimentaire payable à un conjoint. Le juge Brockenshire a décidé qu'il s'agissait [TRADUCTION] « [d']un remplacement contractuel de revenu [. . .] [semblable] au salaire reçu avant la retraite, [qui] peut pleinement servir au paiement d'une pension alimentaire à un ex-conjoint dans le besoin » (par. 32).

(2) La démarche relative à la fixation de la pension alimentaire après la retraite

Aucun bien ni flux de revenu ne devrait être écarté ou traité de manière différente après qu'un conjoint débiteur commence à toucher une pension de retraite. Notre Cour ne devrait d'aucune façon accepter le point de vue selon lequel nous serions tenus d'établir une distinction entre ce que certains appellent les biens et les biens alimentaires. Tous les flux de revenu restent pertinents dans l'évaluation des ressources et des besoins et de la pension alimentaire qu'il convient d'accorder eu égard au style de vie et à l'expérience de vie du couple. Les versements de pension de retraite demeurent un revenu. En fait, la *Loi de l'impôt sur le revenu* les considère comme entièrement imposables aux fins de l'impôt sur le revenu (voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2<sup>e</sup> éd. 1997), p. 357-358). Le problème qu'il faut aborder dans une affaire d'obligation alimentaire entre conjoints ne porte pas sur la nature des biens à la disposition des parties, mais sur la façon dont ces biens devraient être utilisés par chaque partie.

Je conviens qu'un conjoint ne devrait pas conserver des biens importants tout en ruinant son partenaire de vie. Comme le juge de première instance et la Cour d'appel l'ont conclu, en raison de son style de vie modéré, voire frugal, M<sup>me</sup> Boston avait fait des investissements prudents et, en conséquence, disposait d'un actif important. Cependant, M. Boston avait conservé tous ses droits à une pension de retraite avec la sécurité financière et personnelle qui en découle, mais peu d'autres biens. La preuve ne contient pas de renseignements

115

116

in the record. Normally, this kind of pension guarantees lifelong economic security for the pensioner, and beyond this for designated surviving companions. Mr. Boston gave up assets, but retained this security. This arrangement did not amount to trading assets for nothing, as some academic or judicial comment asserts. On the other hand, Mrs. Boston has substantial assets, and has taken insurance on the life of her husband, but will be left on her own if her former spouse predeceases her. In the circumstances of the case, the reasoning of the Court of Appeal implies that the calculation of support payable to her had to factor in her former lifestyle and living standards and also her need to acquire some financial security throughout her life. The appeal judgment acknowledges the lack of independence that flows from her married life and its breakdown.

quant à la nature et aux conditions du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario. Normalement, ce type de pension assure une sécurité financière à vie au retraité, et également aux conjoints survivants désignés. Monsieur Boston a renoncé à des biens, mais a conservé cette sécurité. Cet arrangement n'équivalait pas à l'échange de biens sans contrepartie, comme l'affirment des auteurs ou des juges. Par ailleurs, M<sup>me</sup> Boston dispose de biens importants, et a contracté une assurance sur la vie de son mari, mais elle sera livrée à elle-même si son ex-conjoint décède avant elle. Eu égard aux circonstances de l'espèce, le raisonnement de la Cour d'appel laisse supposer que le calcul de la pension alimentaire payable à l'intimée devait tenir compte de son style de vie et de son niveau de vie antérieurs et également de son besoin d'acquiescer une certaine sécurité financière pendant toute sa vie. Le jugement rendu en appel reconnaît le manque d'indépendance qui découle de la vie conjugale de l'intimée et de la rupture de son mariage.

117 Upon the appellant's retirement, it was fair, in a process of support determination, that courts considered the assets of both parties and the income that could be generated from them if they were used efficiently. The Court of Appeal decided to impute an income from the assets controlled by the respondent. The Court of Appeal based this income on the value of the assets considered as liquid, which amounted to about \$250,000 and deducted a notional income of some \$15,000 a year, which appears as accurate as can be. Given the circumstances of the parties and the ambiguous reference in the trial judge's order as to the respondent's ability to take care of herself, it held that the variation of support by Robertson J. was unreasonable. Indeed, the support fixed by the Court of Appeal might appear somewhat conservative, considering the income left to Mr. Boston. After all, he draws a pension of about \$100,000 per year. Although he has few assets, he retains a fairly comfortable lifestyle. Mrs. Boston is entitled to a reasonable standard of living, as contemplated by the separation agreement. She should not have to engage in a massive program of liquidation of

À la retraite de l'appelant, il était juste, dans le cadre de la fixation de la pension alimentaire, que les tribunaux prennent en considération les biens des deux parties et le revenu que ces biens pouvaient générer s'ils étaient utilisés efficacement. La Cour d'appel a décidé d'attribuer un revenu aux biens sous le contrôle de l'intimée. Elle a calculé ce revenu en fonction de la valeur des biens jugés liquides qui s'élevait à environ 250 000 \$, et a déduit un revenu fictif de quelque 15 000 \$ par année, qui paraît aussi exact que possible. Compte tenu de la situation des parties et de la mention ambiguë dans l'ordonnance du juge de première instance quant à la capacité de l'intimée de subvenir à ses besoins, elle a jugé que la modification qu'avait apportée le juge Robertson au montant de la pension alimentaire était déraisonnable. En fait, la pension alimentaire fixée par la Cour d'appel pourrait paraître un peu conservatrice, compte tenu du revenu qui reste à M. Boston. Après tout, il touche annuellement une pension de retraite de près de 100 000 \$. Même s'il possède peu de biens, il conserve un style de vie assez confortable. Madame Boston a droit à un niveau de vie raison-

assets, based on an assumption that her lifestyle is frugal, and hence her needs modest.

Pension rights deplete over time, but they provide, especially in this case, a stable and protected income. By any means, income arising out of the pension rights of a pensioner remains income and may be subject to contribution for maintenance, if the circumstances warrant it. Neither the *Family Law Act* nor the *Divorce Act* supports the drawing of a distinction between categories of assets and particular income streams for the purpose of spousal support. Support should remain governed by the factors and objectives defined in the law and applied by the jurisprudence of the Court.

An analysis based on the nature of the assets may skew the proper approach to support. In this case, needs had been established, after making allowance for the efficient use of assets under the respondent's control. These needs should be evaluated reasonably, given the standard of living of the parties during the marriage and the imperative of long-term financial protection.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: J. Yvonne Pelley, Kingston.*

*Solicitors for the respondent: Maurice J. Neirinck & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener: Nicole Tellier and Epstein Cole, Toronto.*

nable, comme le prévoit l'entente de séparation. Elle ne devrait pas être obligée de procéder à une liquidation importante de ses biens, étant donné l'hypothèse que son style de vie est frugal et qu'en conséquence ses besoins sont modestes.

Les droits à une pension de retraite s'épuisent avec le temps, mais ils fournissent, particulièrement dans la présente affaire, un revenu stable et garanti. Quoi qu'il en soit, un revenu provenant des droits à une pension de retraite demeure un revenu et peut servir au paiement d'une pension alimentaire, si les circonstances le justifient. Ni la *Loi sur le droit de la famille* ni la *Loi sur le divorce* ne permettent que soit faite une distinction entre des catégories de biens et des flux de revenu particuliers aux fins du paiement d'une pension alimentaire à un conjoint. Les facteurs et les objectifs définis dans la loi et appliqués par la jurisprudence de la Cour devraient continuer de régir l'obligation alimentaire.

Une analyse fondée sur la nature des biens peut altérer la manière correcte d'envisager la pension alimentaire. En l'espèce, des besoins ont été établis, après la prise en considération de l'utilisation efficace de biens sous le contrôle de l'intimée. Ces besoins devraient être raisonnablement évalués, en tenant compte du niveau de vie des parties pendant le mariage et de la nécessité d'une protection financière à long terme.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et LEBEL sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant: J. Yvonne Pelley, Kingston.*

*Procureurs de l'intimée: Maurice J. Neirinck & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant: Nicole Tellier et Epstein Cole, Toronto.*

118

119

120