

Grace Lorraine Clarke *Appellant*

v.

Franklyn Vernon Clarke *Respondent*

INDEXED AS: CLARKE v. CLARKE

File No.: 20151.

1989: December 6; 1990: October 4.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Matrimonial law — Property — Pensions — Husband receiving monthly pension payments following his retirement from the armed forces — Whether pension payments a “matrimonial asset” and therefore subject to equal division — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9 — Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9, ss. 2, 4, 12, 13.

The parties were married in 1955. Respondent elected to receive his pension in the form of monthly payments when he retired from the armed forces in 1976. After the parties separated in 1980, respondent petitioned for divorce and appellant counter-petitioned, seeking a division of pension benefits as matrimonial assets, *inter alia*. Section 12 of the Nova Scotia *Matrimonial Property Act* provides for the equal division of matrimonial assets upon the dissolution of a marriage and s. 13 allows the court to make an unequal division where a division in equal shares would be “unfair or unconscionable”. The trial judge included respondent's pension in calculating the equal division of property between the spouses. He included the value of the pension payments respondent received between the date of separation and the time of trial in his matrimonial assets, and ordered that he pay appellant one half of the pension payments received in future. The Court of Appeal found that the periodic pension payments constituted income, not a matrimonial asset. It varied the calculation of the matrimonial assets by deleting from respondent's assets the pension payments he had already received and deleted from the trial judge's order the monthly pension payments to be paid to appellant in the future. The issue before the Court is the appropriate means by which appellant may participate in respondent's pension benefits.

* Chief Justice at the time of hearing.

Grace Lorraine Clarke *Appelante*

c.

Franklyn Vernon Clarke *Intimé*

^a RÉPERTORIÉ: CLARKE c. CLARKE

N° du greffe: 20151.

1989: 6 décembre; 1990: 4 octobre.

^b Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit matrimonial — Biens — Pensions — Mari recevant des versements mensuels de pension par suite de sa retraite des forces armées — Les prestations de retraite sont-elles des «biens matrimoniaux» et par conséquent assujetties au partage à parts égales? — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-9 — Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9, art. 2, 4, 12, 13.

Les parties se sont mariées en 1955. L'intimé a choisi de recevoir sa pension sous la forme de versements mensuels lors de sa retraite des forces armées en 1976. Après la séparation des parties en 1980, l'intimé a présenté une requête en divorce et l'appelante a présenté une requête reconventionnelle visant à obtenir notamment un partage des prestations de retraite à titre de biens matrimoniaux. L'article 12 de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse prévoit le partage à parts égales des biens matrimoniaux à la dissolution du mariage et l'art. 13 permet au tribunal d'ordonner un partage inégal lorsque le partage en parts égales serait «injuste ou inique». Le juge de première instance a inclus la pension de l'intimé dans le calcul du partage à parts égales des biens entre les époux. Il a inclus la valeur des prestations de retraite reçues par l'intimé de la date de la séparation à la date du procès dans ses biens matrimoniaux et a ordonné qu'il paye à l'appelante la moitié des versements à recevoir. La Cour d'appel a conclu que les prestations périodiques de retraite étaient un revenu et non un bien matrimonial. Elle a modifié le calcul des biens matrimoniaux en supprimant des biens de l'intimé les versements de pension qu'il avait déjà reçus et, dans l'ordonnance du juge de première instance, a supprimé les versements mensuels de pension qui devaient à l'avenir être payés à l'appelante. Le présent pourvoi vise à déterminer le moyen approprié de permettre à l'appelante d'obtenir une part des prestations de retraite.

* Juge en chef à la date de l'audition.

Held: The appeal should be allowed.

Pensions should be included as matrimonial assets subject to equal division. This interpretation of the legislation is clearly more consonant with the spirit and intent of the Act than s. 13, which will not be an effective option where the only substantial asset is the pension. Maintenance is not an acceptable alternative to a share of a capital asset since maintenance is contingent both on the continuing need of the appellant and on the ability to pay of the respondent. Discretionary support payments are an inadequate and unacceptable substitute for an entitlement to share in the assets accumulated during the marriage as a result of the combined efforts of the spouses.

Pensions, because they are not business assets and therefore not included in the list of exceptions in s. 4(1), are matrimonial assets to be divided equally. The weight of appellate authority in several provinces supports this classification of pensions. Pensions are not "income" in the sense of payments for present work, nor are they income to be earned in the future. Rather pensions are benefits earned throughout the period of the pension. It would be unjust to find that, because respondent elected to take monthly payments rather than a lump sum, the pension ceases to be a matrimonial asset.

The difficulty in valuing pensions is not a bar to concluding that they are property for the purposes of equal division. The prohibition against alienation found in s. 8(6) of the *Canadian Forces Superannuation Act* does not prevent respondent's pension benefits from being characterized as matrimonial assets. There is no conflict between s. 8(6) and the *Matrimonial Property Act*.

There is no reason to interfere with the trial judge's findings in this case. His order reflects the spirit and intent of the legislation, and while it does not result in a "clean break" between the parties, it enables both of them to enjoy the benefits of the pension as and when they fall due.

Cases Cited

Approved: *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130, leave to appeal to S.C.C. refused 49 N.S.R. (2d) 209; **disapproved:** *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234; **referred to:** *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337, aff'g (1979) 14 R.F.L. (2d) 41; *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414; *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359; *Tataryn v. Tataryn* (1984), 38 R.F.L. (2d) 272; *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118; *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113; *Stevens v. Stevens* (1987),

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les pensions devraient être incluses dans les biens du mariage assujettis au partage à parts égales. Cette interprétation de la loi est clairement plus conforme à l'esprit et à l'intention de la loi que l'art. 13 qui n'est pas une option réelle lorsque la pension est le seul bien important. L'obligation alimentaire n'est pas une solution de rechange acceptable à une part dans un bien en capital, parce qu'elle dépend à la fois de la continuité du besoin de l'appelante et de la capacité de l'intimé de payer. Des paiements alimentaires discrétionnaires sont une solution de rechange inadéquate et inacceptable au droit à une part des biens accumulés pendant le mariage par suite des efforts combinés des conjoints.

Les pensions, n'étant pas des biens commerciaux et n'étant donc pas comprises dans la liste des exceptions prévues au par. 4(1), sont des biens matrimoniaux à partager également. La jurisprudence des cours d'appel de plusieurs provinces appuie cette classification des pensions. Les pensions ne sont pas un «revenu» dans le sens de paiements pour le travail actuel, et ne sont pas non plus un revenu futur. Ce sont des prestations gagnées tout au long de la période de la pension. Il serait injuste de conclure que la pension cesse d'être un bien matrimonial parce que l'intimé a choisi des versements mensuels au lieu d'une somme forfaitaire.

La difficulté de l'évaluation des pensions ne doit pas empêcher de conclure qu'elles sont des biens aux fins du partage à parts égales. L'interdiction de l'aliénation, au par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, n'empêche pas de qualifier les prestations de retraite de l'intimé de biens matrimoniaux. Il n'y a aucun conflit entre le par. 8(6) et la *Matrimonial Property Act*.

Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance en l'espèce. Son ordonnance reflète l'esprit et l'intention du législateur et même si elle n'entraîne pas une «nette rupture» entre les parties, elle leur permet de profiter des prestations de la pension lorsqu'elles sont versées.

Jurisprudence

Arrêt approuvé: *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée 49 N.S.R. (2d) 209; **arrêt critiqué:** *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234; **arrêts mentionnés:** *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337, conf. (1979), 14 R.F.L. (2d) 41; *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414; *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359; *Tataryn v. Tataryn* (1984), 38 R.F.L. (2d) 272; *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118; *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113; *Ste-*

7 R.F.L. (3d) 127; *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41; *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327; *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424; *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239; *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296; *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Pension Benefits Act, S.N.S. 1987, c. 11, s. 61(2).
Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9, s. 8(6) [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 100, s. 41].
Civil Code of Quebec, Arts. 462.2, 2nd para., 462.3.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121.
Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 100, ss. 22, 41.
Marital Property Act, S.M. 1978, c. 24, C.C.S.M., c. M45, s. 1(b).
Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, c. M-9.
Matrimonial Property Act, R.S.S. 1979, c. M-6.1.
Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9, ss. 2, 4, 12, 13.
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, c. P-3.
Pension Benefits Act, S.M. 1975, c. 38 [am. 1982-83-84, c. 79, s. 19].
Pension Benefits Act, S.N.S. 1975, c. 14.
Public Service Superannuation Act, R.S.B.C. 1960, c. 57.

Authors Cited

Bissett-Johnson, Alastair. "Three Problems of Pensions—An Overview" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.
 Campbell, Neil. "Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marshall v. Marshall* and *Humphreys v. Humphreys*" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Knight, Philip A. "Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown" (1985), 14 *Man. L. J.* 419.
 Marmer, Jack. "Valuing Registered Retirement Savings Plans" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97.
 McBean, Jean M. "The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues". In *Payne's Divorce and Family*

vens v. Stevens (1987), 7 R.F.L. (3d) 127; *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41; *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327; *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424; *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239; *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296; *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374.

Lois et règlements cités

Act to amend the Pension Benefits Act, S.N.S. 1987, ch. 11, art. 61(2).
Code civil du Québec, art. 462.2, 2^e al., 462.3.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 121.
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-9, art. 8(6) [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 100, art. 41].
Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, S.C. 1980-81-82-83, ch. 100, art. 22, 41.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8.
Loi sur les biens matrimoniaux, S.M. 1978, ch. 24, C.P.L.M., ch. M45, art. 1b).
Loi sur les prestations de pension, L.M. 1975, ch. 38 [mod. 1982-83-84, ch. 79, art. 19].
Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, ch. M-9.
Matrimonial Property Act, R.S.S. 1979, ch. M-6.1.
Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9, art. 2, 4, 12, 13.
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, ch. P-3.
Pension Benefits Act, S.N.S. 1975, ch. 14.
Public Service Superannuation Act, R.S.B.C. 1960, ch. 57.

Doctrine citée

Bissett-Johnson, Alastair. "Three Problems of Pensions—An Overview" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.
 Campbell, Neil. "Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marshall v. Marshall* and *Humphreys v. Humphreys*" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Knight, Philip A. "Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown" (1985), 14 *Man. L. J.* 419.
 Marmer, Jack. "Valuing Registered Retirement Savings Plans" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97.
 McBean, Jean M. "The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues". In *Payne's Divorce and Family Law*

Law Digest. Edited by Julien D. Payne. Don Mills: De Boo, 1986, p. E-25.

Patterson, J. B. "Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345.

Pollock, Michael L. "Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83.

Roche, Evita M. "Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189.

Winokur, Paul M. and Stephen A. Eadie. "Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective" (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1986), 72 N.S.R. (2d) 387, 173 A.P.R. 387, 29 D.L.R. (4th) 492, 1 R.F.L. (3d) 29, allowing an appeal from an order of MacDonnell J. ordering a division of pension benefits as matrimonial assets. Appeal allowed.

Bruce Errol McKay, for the appellant.

Richard Johnson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The main issue in this appeal is whether a periodic pension benefit paid pursuant to the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9, as amended, is a "matrimonial asset" within the meaning of the Nova Scotia *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9, as amended, and therefore subject to equal division thereunder.

1. The Facts

The parties, Grace Lorraine Clarke (appellant) and Franklyn Vernon Clarke (respondent), were married on August 6, 1955. At the time of the marriage Mrs. Clarke was 21 years of age and Mr. Clarke was 26. They lived and cohabited in various places in Canada, mainly on or near Canadian Armed Forces Bases, until the end of July, 1980. At the commencement of the marriage both parties were employed by the Royal Canadian Air Force. During the course of the marriage the

Digest. Edited by Julien D. Payne. Don Mills: De Boo, 1986, p. E-25.

Patterson, J. B. «Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension» (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345.

^a Pollock, Michael L. «Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act» (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83.

Roche, Evita M. «Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study» ^b (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189.

Winokur, Paul M. and Stephen A. Eadie. «Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective» (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197.

^c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1986), 72 N.S.R. (2d) 387, 173 A.P.R. 387, 29 D.L.R. (4th) 492, 1 R.F.L. (3d) 29, qui a accueilli l'appel contre une ordonnance du juge MacDonnell qui avait ordonné le partage de prestations de retraite à titre de biens matrimoniaux. Pourvoi accueilli.

Bruce Errol McKay, pour l'appelante.

^e *Richard Johnson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

^f LE JUGE WILSON—La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si une prestation périodique de retraite versée en application de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9, et modifications, constitue un «bien matrimonial» au sens de la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9 et modifications, de la Nouvelle-Écosse et est par conséquent assujettie à un partage égal en vertu de cette loi.

^h 1. Les faits

Les parties, Grace Lorraine Clarke (appelante) et Franklyn Vernon Clarke (intimé) se sont mariés le 6 août 1955. Au moment du mariage, M^{me} Clarke était âgée de 21 ans et M. Clarke de 26 ans. Ils ont vécu et cohabité en divers endroits au Canada principalement dans des bases des Forces armées canadiennes ou près de celles-ci jusqu'à la fin du mois de juillet 1980. Au début du mariage, les deux parties étaient employées par le Corps d'aviation royal canadien. Au cours du mariage,

parties had five children. From the date of marriage until the youngest child reached the age of five, which was in 1968, Mrs. Clarke raised the children and cared for the home. In 1968 she began working outside the home as a cleaner and at various other jobs as well as maintaining the home and caring for the children. All the money she earned was used for household and living expenses. Mr. Clarke remained a member of the Armed Forces until his retirement on February 2, 1976. He was then entitled to an annuity pursuant to the *Canadian Forces Superannuation Act* and had the option of receiving either a cash settlement or monthly payments. Mr. Clarke elected to receive monthly payments which amounted to \$564.21 per month. The election is final. He cannot now re-elect to take a cash settlement.

After the parties separated Mrs. Clarke moved to Thunder Bay, Ontario, and lived in an apartment owned by her mother and another relative. Mr. Clarke moved out of the matrimonial home as well and subsequently entered into a common law relationship. He resided in Shelburne County, Nova Scotia. Only the children remained in the matrimonial home in Berwick, Nova Scotia. Mr. Clarke continued to pay the mortgage and the taxes on the matrimonial home and Mrs. Clarke sent money to the children to help with expenses.

Neither party has a significant income. At the time of separation Mrs. Clarke was doing seasonal work but at the time of the trial she was unemployed and receiving \$860.00 per month in unemployment insurance. At the time of the trial Mr. Clarke was employed at a lumber company earning \$7.50 per hour. During the year of the trial he made approximately \$8,200.00. He was also receiving the monthly pension benefit.

The jointly owned matrimonial home had an assessed value of \$56,500.00, subject to a mortgage with an outstanding balance as of May 31, 1985 of \$18,623.26, or a net value to each party of \$18,938.37. The home was sold in July of 1986. Excluding the pension benefit the remaining

les parties ont eu cinq enfants. De la date du mariage jusqu'au moment où le plus jeune enfant a atteint l'âge de cinq ans, c'est-à-dire en 1968, M^{me} Clarke a élevé les enfants et s'est occupée de la maison. En 1968, elle a commencé à travailler à l'extérieur de la maison, à faire des ménages ou à divers autres emplois, tout en s'occupant de la maison et des enfants. Tout l'argent qu'elle gagnait était utilisé pour les dépenses du foyer et pour les frais de subsistance. Monsieur Clarke est demeuré dans les Forces armées jusqu'à sa retraite le 2 février 1976. Il avait alors droit à une pension en application de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* et avait le choix de recevoir un montant forfaitaire ou des versements mensuels. Monsieur Clarke a choisi de recevoir des versements mensuels de 564,21 \$. Le choix est définitif. Il ne peut maintenant faire un nouveau choix pour obtenir un montant forfaitaire.

Après la séparation des parties, M^{me} Clarke a déménagé à Thunder Bay, en Ontario et a vécu dans un appartement qui était la propriété de sa mère et d'un autre parent. Monsieur Clarke a également quitté le foyer conjugal et s'est engagé par la suite dans une union de fait. Il a résidé dans le comté de Shelburne, en Nouvelle-Écosse. Seuls les enfants sont demeurés dans le foyer conjugal à Berwick, Nouvelle-Écosse. Monsieur Clarke a continué à payer l'hypothèque et les taxes de la maison et M^{me} Clarke a fait parvenir de l'argent aux enfants pour les aider à payer leurs dépenses.

Ni l'une ni l'autre partie n'avait de revenus importants. Au moment de la séparation, M^{me} Clarke avait un emploi saisonnier mais au moment du procès elle était en chômage et recevait 860 \$ par mois en prestations d'assurance-chômage. Au moment du procès, M. Clarke travaillait pour une scierie à un salaire horaire de 7,50 \$. Pendant l'année du procès, il a gagné environ 8 200 \$. Il recevait également les prestations de retraite mensuelles.

Le foyer conjugal, dont la propriété était conjointe, avait une valeur estimative de 56 500 \$ et était grevé d'une hypothèque dont le solde impayé au 31 mai 1985 était de 18 623,26 \$; elle avait donc une valeur nette de 18 938,37 \$ pour chaque partie. La maison a été vendue en juillet 1986. À

matrimonial assets amounted to just over \$40,000.00. Thus, the only assets of substance were the matrimonial home and the pension benefit.

Mr. Clarke petitioned for divorce in the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division. Mrs. Clarke counter-petitioned and sought as corollary relief an order for maintenance, a division of property and a division of pension benefits as matrimonial assets. In granting a decree nisi of divorce MacDonnell J. included Mr. Clarke's pension in calculating the equal division of property between the spouses. He included in Mr. Clarke's matrimonial assets \$27,815.56, being the value of 58 months of pension payments received by him between the date of separation and the time of trial. He ordered that one half of the monthly pension payments received by Mr. Clarke in the future should be paid to Mrs. Clarke. After adjusting for income tax the amount to be received by Mrs. Clarke amounted to \$239.79 per month.

Mr. Clarke appealed and the Appeal Division of the Supreme Court allowed the appeal and varied the order of the trial judge by deleting from it the monthly pension payments to be paid to Mrs. Clarke. The Appeal Division further ordered that the calculation of the matrimonial assets made by the trial judge be varied by deleting from Mr. Clarke's assets the pension payments he had already received, or \$27,815.56. Mrs. Clarke was granted leave to appeal to this Court.

2. The Issues

This appeal is limited to the treatment in the courts below of the pension benefits being received by Mr. Clarke under the *Canadian Forces Superannuation Act*. The main issue is whether the pension is a "matrimonial asset" within the meaning of the Nova Scotia *Matrimonial Property Act* and therefore subject to equal division thereunder.

l'exclusion des prestations de retraite, le reste des biens matrimoniaux avait une valeur d'un peu plus de 40 000 \$. Par conséquent, les seuls biens importants étaient la maison conjugale et les prestations de retraite.

Monsieur Clarke a présenté une requête en divorce à la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Madame Clarke a présenté une requête reconventionnelle et a demandé une ordonnance alimentaire à titre de redressement provisoire, un partage des biens et un partage des prestations de retraite à titre de biens matrimoniaux. Le juge MacDonnell en accordant un jugement conditionnel de divorce a inclus la pension de M. Clarke dans l'égalisation des biens entre les époux. Il a inclus 27 815,56 \$ dans les biens matrimoniaux de M. Clarke, soit la valeur des 58 versements mensuels de pension qu'il avait reçus entre la date de la séparation et le moment du procès. Il a ordonné que la moitié des versements mensuels de pension que recevrait M. Clarke à l'avenir soit versée à M^{me} Clarke. Après ajustement aux fins d'impôt sur le revenu, M^{me} Clarke devait recevoir chaque mois 239,79 \$.

Monsieur Clarke a interjeté appel. La Division d'appel de la Cour suprême a accueilli son appel et a modifié l'ordonnance du juge de première instance pour supprimer les versements de pension mensuels qui devaient être payés à M^{me} Clarke. La Division d'appel a en outre ordonné la modification du calcul de la valeur des biens matrimoniaux qu'avait effectué le juge de première instance pour enlever des biens de M. Clarke les versements de pension qu'il avait déjà reçus, soit 27 815,56 \$. Madame Clarke a obtenu l'autorisation de pourvoi devant notre Cour.

2. Les questions en litige

Le présent pourvoi se limite aux décisions des juridictions inférieures concernant les prestations de retraite reçues par M. Clarke en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*. La question principale est de savoir si la pension est un «bien matrimonial» au sens de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse et, par conséquent, est assujettie à un partage égal en vertu de celle-ci.

Section 12 of the Act provides for the equal division of matrimonial assets upon the dissolution of a marriage. It reads:

12 (1) Where

- (a) a petition for divorce is filed;
- (b) an application is filed for a declaration of nullity;
- (c) the spouses have been living separate and apart and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation; or
- (d) one of the spouses has died,

either spouse is entitled to apply to the court to have the matrimonial assets divided in equal shares, notwithstanding the ownership of these assets, and the court may order such a division.

“Matrimonial assets” is defined in s. 4(1) as follows:

4 (1) In this Act, “matrimonial assets” means the matrimonial home or homes and all other real and personal property acquired by either or both spouses before or during their marriage, with the exception of

- (a) gifts, inheritances, trusts or settlements received by one spouse from a person other than the other spouse except to the extent to which they are used for the benefit of both spouses or their children;
- (b) an award or settlement of damages in court in favour of one spouse;
- (c) money paid or payable to one spouse under an insurance policy;
- (d) reasonable personal effects of one spouse;
- (e) business assets;
- (f) property exempted under a marriage contract or separation agreement;
- (g) real and personal property acquired after separation unless the spouses resume cohabitation.

Should this Court find that the pension is not a matrimonial asset, the appellant seeks in the alternative an unequal division of the matrimonial assets under s. 13 of the Act on the basis that equal sharing would be “unfair or unconscionable” having regard to the respondent’s exclusive entitlement to the pension.

L’article 12 de la Loi prévoit le partage égal des biens matrimoniaux à la dissolution du mariage. En voici le texte:

[TRADUCTION] **12 (1)** À la demande d’un conjoint la cour peut ordonner le partage en parts égales des biens matrimoniaux peu importe qui en est le propriétaire lorsque l’une des conditions suivantes est remplie:

- a) une requête en divorce est introduite;
- b) une demande est présentée en vue d’obtenir une déclaration de nullité;
- c) les conjoints sont séparés et il n’y a aucune chance raisonnable de reprise de la cohabitation;
- d) l’un des conjoints est décédé.

Les biens matrimoniaux sont définis au par. 4(1) de la manière suivante:

[TRADUCTION] **4 (1)** Aux fins de la présente loi, «biens matrimoniaux» désigne un foyer conjugal et tout autre bien réel et personnel acquis par les conjoints ou l’un d’entre eux avant ou pendant leur mariage, à l’exception des biens suivants:

- a) les dons, les héritages, les fiducies ou les règlements reçus par un conjoint d’un tiers, sauf dans la mesure où ils sont utilisés à l’avantage des deux conjoints ou de leurs enfants;
- b) les dommages-intérêts accordés par un tribunal d’autorité ou sur règlement en faveur d’un conjoint;
- c) une somme payée ou payable à un conjoint en vertu d’une police d’assurance;
- d) les effets personnels d’un conjoint;
- e) les biens commerciaux;
- f) les biens exclus aux termes d’un contrat de mariage ou d’une convention de séparation;
- g) les biens réels et personnels acquis après la séparation à moins de reprise de la cohabitation par les conjoints.

Si notre Cour conclut que la pension n’est pas un bien matrimonial, l’appelante demande subsidiairement le partage inégal des biens matrimoniaux aux termes de l’art. 13 de la Loi, sur le fondement que le partage égal serait [TRADUCTION] «injuste ou inique» compte tenu du droit exclusif de l’intimé à la pension.

Section 13 of the Act provides:

13 Upon an application pursuant to Section 12, the court may make a division of matrimonial assets that is not equal, or may make a division of property that is not a matrimonial asset, where the court is satisfied that the division of matrimonial assets in equal shares would be unfair or unconscionable taking into account the following factors:

- (a) the unreasonable impoverishment by either spouse of the matrimonial assets;
- (b) the amount of the debts and liabilities of each spouse and the circumstances in which they were incurred;
- (c) a marriage contract or separation agreement between the spouses;
- (d) the length of time that the spouses have cohabited with each other during their marriage;
- (e) the date and manner of acquisition of the assets;
- (f) the effect of the assumption by one spouse of any housekeeping, child care or other domestic responsibilities for the family on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve a business asset;
- (g) contribution by one spouse to the education or career potential of the other spouse;
- (h) the needs of a child who has not attained the age of majority;
- (i) the contribution made by each spouse to the marriage and to the welfare of the family, including any contribution made as a homemaker or parent;
- (j) whether the value of the assets substantially appreciated during the marriage;
- (k) the proceeds of an insurance policy, or an award of damages in tort, intended to represent compensation for physical injuries or the cost of future maintenance of the injured spouse;
- (l) the value to either spouse of any pension or other benefit which, by reason of the termination of the marriage relationship, that party will lose the chance of acquiring;
- (m) all taxation consequences of the division of matrimonial assets.

Voici le texte de l'art. 13 de la Loi:

[TRADUCTION] 13 Sur demande en vertu de l'art. 12, la cour, lorsqu'elle est convaincue que le partage en parts égales des biens matrimoniaux serait injuste ou inique, peut ordonner un partage inégal des biens matrimoniaux (ou le partage d'un bien qui n'est pas un bien matrimonial) en tenant compte des facteurs suivants:

- a) l'appauvrissement déraisonnable d'un conjoint relativement aux biens matrimoniaux;
- b) les dettes et obligations de chaque conjoint et les circonstances dans lesquelles elles ont été contractées;
- c) un contrat de mariage ou une convention de séparation entre les conjoints;
- d) la durée de la cohabitation des conjoints pendant leur mariage;
- e) la date et le mode d'acquisition des biens;
- f) l'effet de la prise en charge par un conjoint de toute responsabilité en matière de ménage, de soins aux enfants ou d'autres tâches domestiques pour la famille sur la capacité de l'autre conjoint d'acquies, de gérer, de conserver, d'exploiter ou d'améliorer un bien commercial;
- g) la contribution d'un conjoint à l'éducation ou à l'avancement de l'autre;
- h) les besoins d'un enfant mineur;
- i) la contribution faite par chaque conjoint au mariage et au bien-être de la famille, y compris toute contribution faite à titre de personne au foyer ou de parent;
- j) une hausse importante de la valeur des biens pendant le mariage;
- k) le produit d'une police d'assurance ou l'attribution de dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle correspondant à l'indemnisation pour des blessures ou le coût des aliments futurs du conjoint blessé;
- l) la valeur pour chaque conjoint d'une pension ou autre prestation que cette partie, en raison de la dissolution du mariage, ne pourra acquies;
- m) toutes les conséquences fiscales du partage des biens matrimoniaux.

The appellant raises a third issue. She objects to the Court of Appeal's suggestion that she is not being deprived of any interest in the pension by its being excluded from matrimonial assets since it may still be used to form the basis of a mainte-

L'appelante soulève une troisième question. Elle s'oppose à l'affirmation de la Cour d'appel qu'elle n'est pas privée de tout intérêt dans la pension si celle-ci est exclue des biens matrimoniaux car elle peut toujours servir comme fondement d'une

nance order. She submits that a contingent right to obtain support is not an acceptable substitute for the absolute ownership of property arising from a division of matrimonial assets.

3. The Courts Below

Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division

In dealing with the pension payments MacDonnell L.J.S.C. first stated that the leading case on whether entitlements under pension and retirement plans are matrimonial assets subject to distribution under the *Matrimonial Property Act* is *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130 (N.S.S.C., App. Div.); leave to appeal to this Court refused, 49 N.S.R. (2d) 209 (S.C., App. Div.). Hart J.A. held in that case that the pension benefit at issue was a matrimonial asset as opposed to a business asset. MacDonnell L.J.S.C. followed this authority. He rejected the submission that because the pension had been capitalized and was being received as income it could not be viewed as an asset. In his opinion it would be highly inequitable and unjust if, just because Mr. Clarke elected to take the pension benefit by way of monthly income rather than as a lump sum benefit, it should cease to be a matrimonial asset so that Mrs. Clarke could not benefit therefrom. MacDonnell L.J.S.C. further stated, at p. 42, that:

During the 25 year duration of this marriage the evidence clearly indicates that the wife contributed to the up-keep of the home, the accumulation of matrimonial assets, and matrimonial benefits in all respects and at least an equal portion, if not more than the husband. The ability of the husband to accumulate the pension benefits which he is now enjoying on a monthly basis was very definitely made possible in a great part by the contribution of the wife. It would be highly unjust to deprive her of her proper benefit accruing from the said pension payments on the specious argument that having vested the said benefits do not have a value. The pension benefits most certainly have a value, namely, \$564.21 monthly, less whatever income tax the same attracts.

MacDonnell L.J.S.C. therefore ordered that the pension benefits received by Mr. Clarke between the date of separation and the date of trial be

ordonnance alimentaire. Elle soutient que le droit éventuel d'obtenir des aliments ne remplace pas de façon acceptable la propriété absolue d'un bien découlant du partage des biens matrimoniaux.

^a 3. Les juridictions inférieures

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division de première instance

^b Au sujet des paiements de pension, le juge MacDonnell a d'abord dit que la décision faisant jurisprudence sur la question de savoir si les droits aux régimes de pension et de retraite sont des biens matrimoniaux assujettis au partage aux termes de la *Matrimonial Property Act* était l'arrêt *Lawrence v. Lawrence* (1981), 25 R.F.L. (2d) 130, (C.S.N.-É. Div. app.) autorisation de pourvoi à notre Cour refusée, 49 N.S.R. (2d) 209 (C.S., Div. app.). Le juge Hart a conclu dans cet arrêt que la prestation de pension en litige était un bien matrimonial par opposition à un bien commercial. Le juge MacDonnell s'est fondé sur ce précédent. Il a rejeté l'argument selon lequel, puisque la pension avait été capitalisée et était reçue à titre de revenu, elle ne pouvait pas être considérée comme un bien. À son avis, il serait extrêmement inéquitable et injuste que les prestations de retraite cessent d'être des biens matrimoniaux et que M^{me} Clarke ne puisse en bénéficier pour la simple raison que M. Clarke a choisi de les recevoir par versements mensuels plutôt que par une somme forfaitaire. Le juge MacDonnell a en outre dit à la page 42:

^c [TRADUCTION] La preuve révèle clairement que pendant les 25 ans du mariage, l'épouse a contribué à l'entretien du foyer, à l'accumulation de biens matrimoniaux et d'avantages matrimoniaux dans tous les domaines et au moins de manière égale sinon supérieure au mari. La capacité du mari d'obtenir les prestations de retraite qu'il reçoit présentement par versements mensuels a très certainement été rendue possible en grande partie par la contribution de l'épouse. Il serait hautement injuste de la priver de ce qui lui revient à juste titre des versements de pension en se fondant sur l'argument ^e spécieux que ces prestations sont acquises et n'ont donc aucune valeur. Les prestations de retraite ont très certainement une valeur, c'est-à-dire, 564,21 \$ par mois moins l'impôt sur le revenu applicable.

^f Par conséquent, le juge MacDonnell a ordonné que les prestations de retraite reçues par M. Clarke de la date de la séparation à la date du procès soient

added to his matrimonial assets and that one half of the future pension payments he received be paid to Mrs. Clarke. He found that both the past and future payments should be discounted by 15 per cent for income tax purposes.

Turning to the issue of maintenance, MacDonnell L.J.S.C. noted that Mrs. Clarke was collecting unemployment insurance at the time of trial and found that no need had been proved. He added that, if Mrs. Clarke did not obtain employment in the future, it may be that her circumstances will have changed to such a degree that an application for maintenance could be successfully pursued.

Nova Scotia Court of Appeal (1986), 1 R.F.L. (3d) 29

Pace J.A., for the court (Hart, Jones and Pace J.J.A.), noted that the monthly pension payments received by Mr. Clarke were being received long before the separation and stated that the evidence revealed that the payments were not treated as matrimonial assets but rather as income in his hands. He distinguished the decision in *Lawrence*, *supra*, on the basis that Hart J.A. was referring to a return of pension contributions made by a husband who had changed his vocation from one university to another and whose pension was not transferrable and had to be withdrawn as a cash sum. In this case the pension payments were made on a periodic basis and constituted income, not a matrimonial asset. He observed as well that, as no evidence was adduced as to the capitalized value of the pension, it appeared that the trial judge had treated the pension benefit as income even although he had divided it as a matrimonial asset.

Pace J.A. recognized that some pensions might be matrimonial assets but expressed concern about classifying pensions as matrimonial assets in circumstances where the legislature had declared them to be inalienable and free from seizure or execution as was the case here. He stated at pp. 39-40:

ajoutées à ses biens matrimoniaux et que la moitié des versements à recevoir soit payée à M^{me} Clarke. Il a conclu que les versements reçus et à recevoir devraient être réduits de 15 pour cent aux fins d'impôt sur le revenu.

En ce qui concerne la question de l'obligation alimentaire, le juge MacDonnell a fait remarquer que M^{me} Clarke recevait des prestations d'assurance-chômage au moment du procès et a conclu qu'on n'avait pas démontré de besoin. Il a ajouté que si M^{me} Clarke ne trouvait pas d'autre emploi à l'avenir, il se pourrait que sa situation change de telle manière qu'elle puisse demander et obtenir une pension alimentaire.

Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1986), 1 R.F.L. (3d) 29

Le juge Pace au nom de la cour (les juges Hart, Jones et Pace) a fait remarquer que M. Clarke avait commencé à recevoir les versements mensuels longtemps avant la séparation et que, d'après la preuve, les versements n'avaient pas été traités comme des biens matrimoniaux mais plutôt comme son propre revenu. Il a fait une distinction avec l'arrêt *Lawrence*, précité, sur le fondement que le juge Hart parlait d'une restitution des contributions à un régime de retraite faites par le mari qui avait changé d'emploi d'une université à une autre et dont la pension non transférable devait être retirée à titre de somme forfaitaire. En l'espèce toutefois, les prestations de retraite étaient versées de façon périodique et constituaient un revenu et non un bien matrimonial. Il a fait remarquer également qu'aucun élément de preuve n'avait été présenté sur la valeur capitalisée de la pension et qu'il semblait donc que le juge de première instance avait traité les prestations de retraite comme un revenu même s'il les avait partagées comme un bien matrimonial.

Le juge Pace a reconnu que certaines pensions pouvaient constituer des biens matrimoniaux mais a exprimé certaines inquiétudes quant à la classification des pensions parmi les biens matrimoniaux alors que le législateur avait déclaré que les pensions ne pouvaient être aliénées, saisies ou confisquées, comme c'était le cas en l'espèce. Il a dit aux pp. 39 et 40:

Accepting as I must the judgment of this court in *Lawrence*, supra, that some pensions under certain circumstances are to be classified as matrimonial assets, the problem then arises as to the type of pension to be so classified and the valuation of the benefit. I must confess that I have grave difficulty classifying any type of pension as a matrimonial asset where there is an express legislative prohibition declaring the pension benefits inalienable and free from seizure and execution.

He found no authority in the *Matrimonial Property Act* which would permit the courts to override the express provisions of the *Nova Scotia Pension Benefits Act*, S.N.S. 1975, c. 14, or the federal *Canadian Forces Superannuation Act*.

Pace J.A. then reviewed *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234, wherein Monnin J.A., for the Manitoba Court of Appeal, commented on the difficulty of valuing pensions and held that non-assignable pensions had no calculable present value but could be used in calculating monthly or yearly maintenance. Pace J.A. stated at p. 42:

I agree with Monnin J.A. that the amount of monthly earnings received from a pension may be used in calculating the amount of maintenance to be paid to the other spouse. However, this does not mean that under our provincial Matrimonial Property Act a trial judge can divide the proceeds of the pension between the spouses, but rather he may treat it as income in the hands of the recipient in deciding the issue of maintenance.

Earlier in his reasons Pace J.A. had noted that Mrs. Clarke was not precluded from applying for maintenance at a future time if the need arose.

Jones J.A. agreed with the conclusion of Pace J.A. but added, *inter alia*, the following remarks at p. 44:

In *Isbister v. Isbister* ... Monnin J.A. noted the impossibility of valuing pension benefits as anticipated by the Ontario Law Reform Commission report. Subsequent cases have simply confirmed that view where, legislatively or through judicial precedent, the definition of matrimonial assets has been extended to include pension

[TRADUCTION] Comme je dois accepter l'arrêt *Lawrence*, précité, de notre Cour selon lequel certaines pensions dans certaines circonstances doivent être classées dans la catégorie des biens matrimoniaux, le problème se pose alors à l'égard du genre de pension qui doit être ainsi classé et à l'égard de l'évaluation des prestations. Je dois avouer que j'éprouve de grandes difficultés à classer quelque genre de pension dans la catégorie des biens matrimoniaux lorsque la loi déclare expressément les prestations de retraite inaliénables et insaisissables.

Il n'a rien trouvé dans la *Matrimonial Property Act* qui permettrait aux tribunaux d'écarter les dispositions expresses de la *Pension Benefits Act*, S.N.S. 1975, ch. 14 de la Nouvelle-Écosse ou la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*.

Le juge Pace a ensuite examiné l'arrêt *Isbister v. Isbister* (1981), 22 R.F.L. (2d) 234, dans lequel le juge Monnin, au nom de la Cour d'appel du Manitoba, a fait des observations sur la difficulté d'évaluer les pensions et a conclu que les pensions non cessibles ne possèdent pas de valeur actuelle susceptible de calcul mais peuvent être utilisées pour calculer une obligation alimentaire mensuelle ou annuelle. Le juge Pace a dit à la p. 42:

[TRADUCTION] Je conviens avec le juge Monnin que le montant des revenus mensuels reçu d'une pension peut être utilisé pour calculer le montant de la pension alimentaire qui doit être payé à l'autre conjoint. Toutefois, cela ne signifie pas que, en vertu de notre Matrimonial Property Act provinciale, un juge de première instance puisse partager le produit de la pension entre les conjoints; il peut plutôt le traiter comme un revenu de celui qui le reçoit pour trancher la question de l'obligation alimentaire.

Précédemment dans ses motifs, le juge Pace avait souligné qu'il n'était pas interdit à M^{me} Clarke de demander à l'avenir une pension alimentaire, si besoin était.

Le juge Jones a souscrit à la conclusion du juge Pace mais a ajouté, notamment, les remarques suivantes à la p. 44:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Isbister v. Isbister* [...] le juge Monnin a souligné l'impossibilité d'évaluer des prestations de retraite comme l'avait prévu le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario. Des décisions ultérieures ont simplement confirmé cette opinion lorsque, en vertu de la loi ou de la jurisprudence, la

benefits. The problem cannot be solved by simply including pension benefits under the Matrimonial Property Act and leaving it to the discretion of the judge to determine the value of those benefits. The legislative policy should be clearly expressed, preferably in pension legislation, so that spouses will know exactly what benefits they are entitled to in the event of a marriage breakdown.

4. Analysis

The appellant submits that Mr. Clarke's pension was the security for their retirement. The appellant's contribution to the marriage partnership enabled Mr. Clarke to maintain his employment and accumulate the pension benefits he has received and continues to receive. The appellant further submits that the pension was built up by a diversion of funds that otherwise would have been available on a current basis to the family. Indeed, the appellant points out that these were factual findings made by MacDonnell L.J.S.C. at trial which were not disturbed by the Court of Appeal. The appellant therefore submits that it would be inequitable and unjust, as well as inconsistent with the policy of the Act, to prevent her from sharing in the pension benefits that the respondent is receiving on a monthly basis.

The objective of the Act found in the preamble supports the appellant's position. The preamble reads:

WHEREAS it is desirable to encourage and strengthen the role of the family in society;

AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the contribution made to a marriage by each spouse;

AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the termination of a marriage relationship;

AND WHEREAS it is necessary to provide for mutual obligations in family relationships including the responsibility of parents for their children;

AND WHEREAS it is desirable to recognize that child care, household management and financial support are the joint responsibilities of the spouses and that

définition de biens matrimoniaux a été élargie pour comprendre les prestations de retraite. On ne peut résoudre le problème simplement en incluant les prestations de retraite aux termes de la Matrimonial Property Act et en laissant au juge le pouvoir discrétionnaire de déterminer la valeur de ces prestations. La politique législative devrait être exprimée clairement, de préférence dans une loi sur les pensions, de manière que les conjoints sachent exactement à quelles prestations ils ont droit en cas de dissolution du mariage.

4. Analyse

L'appelante soutient que la pension de M. Clarke constituait la garantie de leur retraite. La contribution de l'appelante à l'association dans le mariage a permis à M. Clarke de conserver son emploi et d'accumuler les prestations de retraite qu'il a reçues et qu'il continue de recevoir. L'appelante soutient également que la pension a été constituée grâce à une affectation de fonds qui, autrement, auraient pu être utilisés pour les dépenses courantes de la famille. En fait, l'appelante souligne que telles sont les conclusions de fait du juge MacDonnell en première instance et que ces conclusions n'ont pas été modifiées par la Cour d'appel. Par conséquent, l'appelante soutient qu'il serait inéquitable et injuste, et également incompatible avec l'esprit de la Loi, de l'empêcher d'obtenir une part des prestations de retraite mensuelles que l'intimé reçoit.

L'objet de la Loi, énoncé dans le préambule, appuie la thèse de l'appelante. Voici le texte du préambule:

[TRADUCTION] ATTENDU QU'il est souhaitable d'encourager et de renforcer le rôle de la famille dans la société;

ET QUE pour cette fin, il est nécessaire de reconnaître la contribution apportée au mariage par chaque conjoint;

ET QU'à l'appui d'une telle reconnaissance il est nécessaire de prévoir dans la loi le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints à la rupture d'une relation de mariage;

ET QU'il est nécessaire de prévoir les obligations mutuelles dans les rapports de la famille y compris la responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants;

ET QU'il est souhaitable de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des

there is a joint contribution by the spouses, financial and otherwise, that entitles each spouse equally to the matrimonial assets;

Thus the Act supports the equality of both parties to a marriage and recognizes the joint contribution of the spouses, be it financial or otherwise, to that enterprise. The Act goes further and asserts that, due to this joint contribution, both parties are entitled to share equally in the benefits that flow from the union—the assets of the marriage. The Act is accordingly remedial in nature. It was designed to alleviate the inequities of the past when the contribution made by women to the economic survival and growth of the family was not recognized. In interpreting the provisions of the Act the purpose of the legislation must be kept in mind and the Act given a broad and liberal construction which will give effect to that purpose.

In this case, as the trial judge found, it was in large part due to Mrs. Clarke's contribution that Mr. Clarke was in a position to receive the pension. Prima facie, therefore, in light of the object and purpose of the Act, her contribution should be recognized by awarding her a share in the benefits accruing to the respondent from the pension. Having regard to the reality that in the case of many Canadian families a pension is their only substantial asset, it would seem inequitable to place pension benefits outside the scheme of equal division: see *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337 (B.C.C.A.), per Seaton J.A., at p. 342. I appreciate that there are differences in the Matrimonial Property Acts of the several provinces but each supports the equal partnership concept of marriage and the equal division of property. Accordingly, judicial comments from other jurisdictions can provide helpful guidance.

From this starting point of equality of treatment, it is my view that the issue raised by this appeal is really the appropriate means by which the appellant may participate in the benefits of the pension. The options appear to be: (1) finding that the pension is a matrimonial asset and subject to equal division; (2) ordering an unequal division of the matrimonial assets if the pension is not a matrimonial asset in order to achieve equality; or

ressources financières, et que les contributions des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, donnent à chacun d'eux une part égale des biens du mariage;

a La Loi appuie donc l'égalité des deux parties dans un mariage et reconnaît la contribution solidaire des conjoints, qu'elle soit financière ou autre, à cette entreprise. La Loi va plus loin et affirme que, en raison de cette contribution solidaire, les deux parties ont le droit de partager également les avantages qui découlent de l'union—les biens du mariage. En conséquence, la Loi est de nature réparatrice. Elle a été rédigée pour pallier les inéquités du passé, quand la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille n'était pas reconnue. Pour interpréter les dispositions de la Loi, il faut tenir compte de son objet et lui donner l'interprétation large et libérale qui donnera effet à son objet.

En l'espèce, et c'est ce que le juge de première instance a conclu, c'était en grande partie grâce à la contribution de M^{me} Clarke que M. Clarke était en mesure de recevoir la pension. Par conséquent, à première vue, compte tenu de l'objet et du but de la Loi, on devrait reconnaître sa contribution en lui accordant sa part des avantages que l'intimé tire de la pension. Vu la réalité que, dans un grand nombre de familles canadiennes, la pension constitue le seul bien important, il semblerait inéquitable d'écarter les prestations de retraite du régime de partage égal: voir *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337 (C.A.C.-B.), le juge Seaton à la p. 342. Je sais qu'il y a des différences entre les diverses lois provinciales sur les biens matrimoniaux mais toutes appuient le concept d'une association à parts égales dans le mariage et le partage égal des biens. Par conséquent, les observations des tribunaux de différents ressorts peuvent donner des indications utiles.

En partant de l'égalité de traitement, je suis d'avis que la question soulevée dans le présent pourvoi vise en réalité le moyen approprié de permettre à l'appelante d'obtenir une part des prestations de retraite. Les possibilités seraient les suivantes: (1) conclure que la pension est un bien matrimonial et donc assujettie au partage égal; (2) ordonner un partage inégal des biens matrimoniaux si la pension n'est pas un bien matrimonial

(3) taking the pension into consideration in making a maintenance order. The first two solutions rely upon the division of property provisions of the *Matrimonial Property Act* while the latter depends upon the maintenance provisions of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, as amended.

From the appellant's perspective the first option is undoubtedly the most attractive. When assets fall within the ambit of "matrimonial assets" s. 12 mandates equal sharing. There is no discretion at this stage of the inquiry. It is only when equal sharing would result in unfairness that s. 13 comes into play and a trial judge has a discretion to make an unequal division of the matrimonial assets. This discretion may or may not be exercised in favour of the non-recipient spouse. The non-recipient spouse bears the onus of "satisfying" the court within the meaning of s. 13 that equal sharing is unfair or unconscionable. That this is not an easy onus to meet is made clear by the Nova Scotia Court of Appeal in *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414, at p. 417:

Equal division of the matrimonial assets, an entitlement proclaimed by the preamble to the *Act* and prescribed by s. 12 should normally be refused only where the spouse claiming a larger share produces strong evidence showing that in all the circumstances equal division would be clearly unfair and unconscionable on a broad view of all relevant factors. That initial decision is whether, broadly speaking, equality would be clearly unfair—not whether on a precise balancing of credits and debits of factors largely imponderable some unequal division of assets could be justified. Only when the judge in his discretion concludes that equal division would be unfair is he called upon to determine exactly what unequal division might be made. [Emphasis added.]

Moreover, s. 13 will not be an effective option where the only asset of substance is the pension. Hall L.J.S.C. was faced with this situation in *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359 (N.S.S.C.T.D.), a case arising after the Court of Appeal's decision in the present case. Hall L.J.S.C. distinguished *Clarke* and concluded that

pour obtenir l'égalité; ou (3) tenir compte de la pension dans l'ordonnance alimentaire. Les deux premières solutions se fondent sur les dispositions de la *Matrimonial Property Act* en matière de partage des biens et la dernière sur les dispositions alimentaires de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, et modifications.

Du point de vue de l'appelante, le premier choix est sans doute le plus intéressant. Lorsque des biens sont inclus dans les «biens matrimoniaux», l'art. 12 exige leur partage à parts égales. Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire à cette étape de l'enquête. L'article 13 n'entre en jeu que lorsque le partage égal entraîne une inéquité et le juge de première instance a alors le pouvoir discrétionnaire de partager inégalement les biens matrimoniaux. Ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé ou non en faveur du conjoint qui n'est pas prestataire. Le conjoint qui n'est pas prestataire est tenu de «convaincre» la cour au sens de l'art. 13 que le partage à parts égales est injuste ou inique. Dans l'arrêt *Harwood v. Thomas* (1981), 45 N.S.R. (2d) 414, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a indiqué clairement qu'il est difficile de s'acquitter de cette obligation, à la p. 417:

[TRADUCTION] Le partage égal des biens matrimoniaux que proclame le préambule de la *Loi* et que prescrit l'art. 12 ne devrait normalement être refusé que lorsque le conjoint qui réclame une part plus importante présente des éléments de preuve convaincants selon lesquels, dans les circonstances, le partage à parts égales serait clairement injuste et inique compte tenu de tous les facteurs pertinents. Cette décision initiale est de savoir si, de façon générale, l'égalité serait clairement injuste et non de savoir d'après une évaluation précise de facteurs qui sont largement impondérables si un partage inégal des biens pourrait être justifié. C'est seulement lorsque le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire conclut que le partage égal serait injuste qu'il est tenu de déterminer exactement le partage inégal qui pourrait être effectué. [Je souligne.]

En outre, l'art. 13 n'est pas une option réelle lorsque la pension est le seul bien important. Le juge Hall, juge local de la Cour suprême, a été placé devant cette situation dans l'arrêt *Lefort v. Lefort* (1988), 13 R.F.L. (3d) 359 (C.S.N.-É., D.P.I.), une affaire postérieure à l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce. Le juge Hall a fait une distinc-

in these circumstances the pension had to be treated as a matrimonial asset in order to give effect to the purpose of the Act. He stated at p. 365:

The problem here, however, is that there are not adequate assets to respond to an order for an unequal division that would be of any practical benefit to the wife. The only asset of any consequence, matrimonial or otherwise, owned by the parties other than the rather modest household goods and furnishings and the husband's automobile is the husband's pension fund. In my opinion it would be intolerable and contrary to the intent of the Matrimonial Property Act to permit the husband to claim for himself sole entitlement to this asset with the benefit of future security accruing only to him, while the wife, who has the principal responsibility of the care of the children, is left with a few sticks of furniture.

I would add that even in cases where another asset of substance exists, an unequal division due to the existence of a pension that has not yet matured may result in one partner being "present asset rich" while the other is "present asset poor".

In my view therefore, as between the two options under the *Matrimonial Property Act*, including pensions as matrimonial assets subject to equal division is clearly the most consonant with the spirit and intent of the legislation.

Turning to the maintenance option, which is the appellant's third issue, I note that it arises out of the statements made by Pace J.A. in the Court of Appeal. He expressed the view that even although the pension benefit was not a matrimonial asset, the appellant might still be entitled to participate in it through an award of maintenance should the need for maintenance arise. The pension in this context would be income in the hands of the recipient spouse.

The appellant submits that maintenance is not an acceptable alternative to a share of a capital asset, the former being contingent on continuing need on the one hand and ability to pay on the other. I think the appellant's submission is sound. Cameron J.A., in *Tataryn v. Tataryn* (1984), 38 R.F.L. (2d) 272 (Sask. C.A.), clearly identified

tion avec l'arrêt *Clarke* et a conclu que dans de telles circonstances la pension devait être traitée comme un bien matrimonial afin de réaliser l'objet de la Loi. Il a dit à la p. 365:

^a [TRADUCTION] Toutefois, le problème qui se pose en l'espèce est qu'il n'y a pas de biens qui se prêtent à une ordonnance de partage inégal qui aurait un avantage pratique pour l'épouse. Le fonds de pension du mari est le seul bien d'une certaine importance, matrimoniale ou autre, qui est la propriété des parties, en dehors des objets ménagers ou des meubles modestes et de l'automobile du mari. À mon avis, il serait intolérable et contraire à l'esprit de la *Matrimonial Property Act* de permettre au mari de réclamer pour son propre compte le droit exclusif à ce bien et qu'à l'avenir il soit le seul à en bénéficier alors que l'épouse, qui est principalement responsable de l'entretien des enfants, n'obtiendrait que quelques meubles.

^d J'ajouterais que, même dans les cas où il existe d'autres biens importants, le partage inégal résultant de l'existence d'une pension qui n'est pas encore échue peut faire qu'un partenaire soit «riche en bien actuel» alors que l'autre est «pauvre en bien actuel».

^f Par conséquent, à mon avis, entre les deux solutions que propose la *Matrimonial Property Act*, l'inclusion des pensions dans les biens matrimoniaux assujettis au partage égal est clairement ce qu'il y a de plus conforme à l'esprit et à l'intention de la loi.

^g Quant à la solution de l'obligation alimentaire, c'est-à-dire la troisième question de l'appelante, je souligne qu'elle découle des déclarations du juge Pace de la Cour d'appel. Selon lui, même si la prestation de retraite n'était pas un bien matrimonial, l'appelante pourrait quand même y participer par le truchement d'une ordonnance alimentaire qui deviendrait nécessaire. Dans ce contexte, la pension serait un revenu entre les mains du conjoint prestataire.

^j L'appelante soutient que l'obligation alimentaire n'est pas une solution de rechange acceptable à une part dans un bien en capital, car elle dépend de la continuité du besoin d'une part et de la capacité de paiement d'autre part. Je suis d'avis que cet argument de l'appelante est bien fondé. Le juge Cameron dans l'arrêt *Tataryn v. Tataryn*

the difference between the two interests at pp. 285-86:

In my respectful view, the term "maintenance asset" has no place in determining whether a right to a pension is, or is not, matrimonial property within the meaning of s. 2(h) of the Act. Nor can a pension entitlement, if it constitutes matrimonial property, be excluded from distribution on the footing it is a source of income from which alimony or maintenance obligations can be paid.

A matrimonial property right is not to be confused with a right to alimony or maintenance. The two differ fundamentally. Not only do they depend for their existence on different enactments and spring from different assumptions, their legal character is wholly dissimilar; the first is proprietary in nature, and concerns capital and its division: the other is personal, and involves income and the support of one spouse by the other.

The statutory right of a married woman to share in the property accumulated during her marriage is rooted in the modern view of marriage as a partnership, and derives from the presumption of the Matrimonial Property Act that each of the partners contributed equally and independently to the acquisition of the marital property. Neither the conduct or condition, nor the needs or means, of either of the partners to the marriage have anything to do with the earned right of each of them to share in the property of the marriage—except to the limited extent that these factors may incidentally touch upon the existence and extent of an exemption, exception, or equitable consideration mentioned in the Act. Generally speaking this Act, which provides for an orderly dissolution of the economic partnership on marriage breakdown, envisages a complete accounting and final sharing of the marriage capital following the breakdown.

A married woman's right to alimony and maintenance is, of course, a very different matter. It is anchored, historically, in the notion that marriage imposed a duty upon the husband to support his dependent wife according to his means as long as she did not absent herself without cause. The rights to alimony and maintenance ... remain altogether dependent upon the behaviour of the wife, and on the condition, means and other circumstances of each of the spouses. And, generally speaking, there is little finality to the right of support; if it exists it survives separation and divorce, and remains, at all times, subject to review as circumstances change.

(1984), 38 R.F.L. (2d) 272 (C.A. Sask.), a clairement identifié la différence entre les deux intérêts aux pp. 285 et 286:

[TRADUCTION] À mon humble avis, l'expression «bien alimentaire» ne peut être utilisée pour déterminer si le droit à une pension est ou non un bien matrimonial au sens de l'al. 2h) de la Loi. Le droit à une pension, s'il constitue un bien matrimonial, ne peut non plus être exclu du partage parce qu'il s'agirait d'une source de revenu sur laquelle une pension ou des versements alimentaires pourraient être payés.

Le droit à un bien matrimonial ne doit pas être confondu avec le droit à une pension ou à une obligation alimentaire. Les deux sont fondamentalement différents. Non seulement leur existence dépend-elle de textes législatifs différents et découle de présomptions différentes, mais leur caractère juridique est complètement différent; le premier se rapporte à la propriété et est relatif au capital et à son partage: l'autre est personnel et est relatif au revenu et au soutien d'un conjoint par l'autre.

Le droit que la loi accorde à une femme mariée au partage des biens accumulés pendant son mariage est fondé sur l'opinion moderne selon laquelle le mariage constitue une association et découle de la présomption de la Matrimonial Property Act selon laquelle chacun des partenaires a contribué également et de façon indépendante à l'acquisition des biens du mariage. La conduite, la situation, les besoins ou moyens de chacun des partenaires n'ont rien à voir avec le droit acquis de chacun d'eux au partage des biens du mariage—sauf dans la mesure limitée où ces facteurs peuvent accessoirement toucher à l'existence et à la portée d'une exclusion, d'une exception ou d'une considération d'équité prévue par la loi. De manière générale, cette loi, qui prévoit la dissolution ordonnée de l'association économique lors de la rupture du mariage, envisage une comptabilité complète et un partage définitif du capital du mariage par suite de la dissolution.

Le droit d'une femme mariée à une pension et à des versements alimentaires est, évidemment, une question très différente. Il est ancré, historiquement, à l'idée que le mariage impose au mari l'obligation de soutenir son épouse comme personne à charge selon ses moyens tant qu'elle ne part pas d'elle-même sans raison. Les droits à une pension alimentaire et à des aliments [...] dépendent toujours du comportement de l'épouse et de la situation, des moyens et des autres circonstances de chacun des époux. De plus, de manière générale, le droit alimentaire n'a pas un caractère définitif; s'il existe, il survit à la séparation et au divorce et demeure, en tout temps, susceptible de révision selon les changements de circonstances.

All of this is not to say that the two rights are altogether unrelated, for obviously they are not, but in my respectful opinion they have to be kept separate when determining whether a given thing is or is not matrimonial property. [Emphasis added.]

I agree with Cameron J.A.'s analysis. Discretionary support payments are a wholly inadequate and unacceptable substitute for an entitlement to share in the assets accumulated during the marriage as a result of the combined efforts of the spouses.

Having concluded that the preferred option is to characterize the pension as a matrimonial asset, we must consider whether this option is open to the Court. This would appear to be the first time the issue has come before us.

"Pension" is a colloquial term rather than a term of art. There are a wide variety of pensions payable under a variety of plans. Pension plans may be contributory or non-contributory and the employee's interest under the plan may be vested or contingent. When the pension is vested the employee has a guaranteed right to receive his or her entitlement even if the employment relationship terminates prior to the fixed retirement date. The employee may also have a choice as to mode of payment, as was the case here, or a choice as to when to begin receiving the pension if early retirement is available.

Over the past several years lower courts have frequently been faced with the question whether pensions are matrimonial assets and they have discussed the various kinds of pension plans and their peculiar characteristics. Thus, even although there is a discernible trend in Canada in favour of pensions as a form of matrimonial property subject to equal division upon divorce, there are also a number of decisions in which the courts have been at pains to restrict their decisions to the particular kind of plan before them. For example, in *Tataryn*, *supra*, the Saskatchewan Court of Appeal unanimously held that a vested pension should be considered matrimonial property within the meaning of the Saskatchewan *Matrimonial Property Act*, R.S.S. 1979, c. M-6.1, but went out of its way to restrict its decision to vested pensions. Quoting from p. 288:

Cela ne veut pas dire que les deux droits sont tout à fait étrangers, car de toute évidence, ils ne le sont pas, mais à mon humble avis, il faut les considérer de façon distincte pour déterminer si un bien quelconque constitue ou non un bien du mariage. [Je souligne.]

Je souscris à l'analyse du juge Cameron. Des paiements alimentaires discrétionnaires sont une solution de rechange totalement inadéquate et inacceptable au droit à une part des biens accumulés pendant le mariage par suite des efforts combinés des conjoints.

Après avoir conclu que la solution préférée est de caractériser la pension comme un bien matrimonial, nous devons nous demander si la Cour peut le faire. C'est apparemment la première fois que cette question est posée à la Cour.

Le mot «pension» est un terme familial plutôt que technique. Il existe une multitude de pensions payables en vertu d'un grand nombre de régimes. Les régimes de retraite peuvent être contributifs ou non contributifs et l'intérêt de l'employé aux termes du régime peut être acquis ou éventuel. Lorsque la pension est acquise, l'employé a le droit garanti de recevoir la prestation prévue même si le rapport d'emploi prend fin avant la date fixée de la retraite. L'employé peut également avoir le choix du mode de paiement, comme en l'espèce, ou le choix du moment où il recevra la pension si une retraite prématurée est possible.

Au cours des dernières années, les tribunaux d'instance inférieure ont souvent eu à décider si les pensions sont des biens matrimoniaux et ils ont analysé les divers genres de régimes de retraite et leurs caractéristiques particulières. Par conséquent, même si on peut discerner une tendance au Canada en faveur de l'interprétation des pensions comme une forme de biens matrimoniaux assujettis au partage égal au moment du divorce, il y a également un certain nombre de cas où les tribunaux ont soigneusement limité leur décision au genre de régime particulier qui leur était présenté. Par exemple, dans l'arrêt *Tataryn*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu à l'unanimité qu'une pension acquise devait être considérée comme un bien matrimonial au sens de la *Matrimonial Property Act*, R.S.S. 1979, ch. M-6.1 de la Saskatchewan, mais a spécifiquement limité son arrêt aux pensions acquises. Elle a dit à la p. 288:

None of this is to say that every interest in a pension scheme will constitute matrimonial property. Some may not. Indeed, I would say that generalization is more hazardous than usual when it comes to pension rights because there are so many kinds of pension plans, containing such a wide variety of provisions.

Accordingly, while I think the policy of the Act supports the trend towards treating pensions as matrimonial property for purposes of the division of matrimonial assets, it may not be possible to establish a general principle to that effect given the variety of plans under which pension entitlements may arise. It is with this caution in mind that I approach the question whether this particular pension is a matrimonial asset under this particular legislation.

The Canadian Forces Superannuation Act

Under the *Canadian Forces Superannuation Act* it was mandatory that Mr. Clarke contribute a certain percentage of his wages toward his pension. This contribution was matched by his employer. Under the Act the amount of the annuity to be received when the named recipient ceased to be a member of the regular force or died is based on a formula which takes into account the number of years of pensionable service to the credit of that person and an average annual income based on the "best" six years of service. The pension in this case matured prior to the parties' separation. Before the respondent retired he had the option of taking a cash settlement which would have been payable to him less the income tax payable on it, or a monthly benefit of \$564.21. Mr. Clarke chose the latter option and is currently receiving the monthly payments. There is a possibility that these pension benefits will be indexed to cost of living increases.

The wording of the Matrimonial Property Act

I turn first to the relevant provisions of the Act in order to determine whether its language prevents pensions generally from being considered matrimonial assets. Section 4(1), of course, is relevant to this question as it provides a definition of matrimonial property. The definition is very wide

[TRANSLATION] Cela ne veut pas dire que tout intérêt dans un régime de retraite sera un bien matrimonial. Certains peuvent ne pas l'être. En fait, je dirais qu'il est plus risqué que d'habitude de généraliser lorsqu'il s'agit de pensions en raison de la multitude et de la diversité des régimes de retraite.

Par conséquent, même si j'estime que l'esprit de la loi appuie la tendance à traiter les pensions comme des biens matrimoniaux aux fins du partage des biens du mariage, il se peut qu'il ne soit pas possible d'établir un tel principe général en raison de la diversité des régimes dont peuvent découler des droits à une pension. C'est en gardant cette mise en garde à l'esprit que j'aborde la question de savoir si la pension ici en cause est un bien matrimonial aux termes de cette loi en particulier.

a La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes

Aux termes de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, M. Clarke était tenu de contribuer un certain pourcentage de sa solde pour sa pension. Son employeur versait une contribution identique. Aux termes de la Loi, le montant de la prestation qui devait être versé au désengagement ou au décès du prestataire désigné est fondé sur une formule qui tient compte du nombre d'années de service ouvrant droit à pension et d'un revenu annuel moyen fondé sur les six «meilleures» années de service. En l'espèce, la pension est arrivée à échéance avant la séparation des parties. L'intimé, avant de prendre sa retraite, avait le choix d'obtenir un règlement en argent qui lui aurait été payable moins l'impôt sur le revenu, ou une prestation mensuelle de 564,21 \$. Monsieur Clarke a choisi cette dernière option et reçoit actuellement les versements mensuels. Il est possible que ces prestations de retraite soient indexées à l'augmentation du coût de la vie.

i Le texte de la Matrimonial Property Act

J'examine d'abord les dispositions pertinentes de la Loi pour déterminer si son texte interdit de traiter les pensions en général comme des biens matrimoniaux. Le paragraphe 4(1), est évidemment pertinent à ce sujet car il définit le bien matrimonial. La définition est très large. Elle com-

in scope. It includes all real and personal property other than that listed in the exceptions. The Court of Appeal in *Lawrence* gave a broad interpretation to this definition, Hart J.A. stating at p. 141:

Matrimonial assets include all assets acquired by the spouses either before or during the marriage, but certain types of property are excluded. The principal exclusions are business assets and property received by gift which is not used as a family asset. Unless property can be brought within one of the exclusions in s. 4, however, it remains a matrimonial asset no matter what its kind or use. [Emphasis added.]

Aside from its breadth, however, the definition does not provide much guidance on the subject of pensions specifically. They are neither included nor excluded.

The respondent submits, however, that pensions are excluded from the definition of matrimonial assets by virtue of their inclusion in the "business assets" exception. The definition of business assets is found in s. 2(a) of the Act which reads:

2 In this Act,

(a) "business assets" means real or personal property primarily used or held for or in connection with a commercial, business, investment or other income or profit producing purpose, but does not include money in an account with a chartered bank, savings office, loan company, credit union, trust company or similar institution where the account is ordinarily used for shelter or transportation or for household, educational, recreational, social or aesthetic purposes;

Hart J.A., for the court, considered this section in *Lawrence* and concluded that pensions were not "business assets". He noted that too broad an interpretation of s. 2(a) could result in removing virtually all assets from the classification of matrimonial assets except the matrimonial home. He concluded that the only assets which fall within the definition of business assets are those that are purposely held or used for the production of income or profit. Pensions in their ordinary form and use would not fit that description. He stated at pp. 142-43:

prend tous les biens réels et personnels autres que ceux qui sont énumérés à titre d'exceptions. La Cour d'appel dans l'arrêt *Lawrence* a donné une interprétation large à cette définition et le juge

^a Hart a dit à la p. 141:

[TRADUCTION] Le patrimoine familial comprend tous les biens acquis par les conjoints avant ou pendant le mariage mais certains genres de biens sont exclus. Les principales exclusions sont les biens commerciaux et les biens reçus à titre de dons qui ne sont pas utilisés comme biens familiaux. Toutefois, à moins de relever des exceptions prévues à l'art. 4, un bien demeure un bien matrimonial indépendamment de son genre ou de son utilisation. [Je souligne.]

^c

Outre sa portée, la définition ne donne pas beaucoup d'indication sur le sujet des pensions en particulier. Elles ne sont ni incluses ni exclues.

^d

Néanmoins l'intimé soutient que les pensions sont exclues de la définition de biens matrimoniaux parce qu'elles relèvent de l'exception relative aux «biens commerciaux». L'alinéa 2a) de la Loi définit les biens commerciaux de la manière suivante:

^e

[TRADUCTION] **2** Aux fins de la présente Loi,

a) «biens commerciaux» Biens réels et personnels principalement utilisés ou gardés à des fins d'entreprise commerciale, d'investissement ou à d'autres fins de revenu ou de profit, à l'exclusion de l'argent dans un compte dans une banque à charte, une caisse d'épargne, une société de prêt, une caisse de crédit, une société de fiducie ou un établissement semblable lorsque ce compte est habituellement utilisé à des fins de logement ou de transport ou à des fins domestiques, éducatives, récréatives, sociales ou esthétiques;

^h

Le juge Hart, au nom de la cour, a examiné cet article dans l'arrêt *Lawrence* et a conclu que les pensions n'étaient pas des «biens commerciaux». Il a souligné qu'une interprétation trop large de l'al. 2a) retirerait virtuellement tous les biens de la catégorie des biens matrimoniaux à l'exception du foyer conjugal. Il a conclu que les seuls biens qui s'inscrivaient dans la définition de biens commerciaux étaient ceux qui étaient gardés ou utilisés à des fins précises pour produire un revenu ou un bénéfice. Les pensions dans leur forme et leur utilisation ordinaires ne seraient pas visées par cette description. Il a dit aux pp. 142 et 143:

It seems to me therefore that the only assets that should be classified as business assets are ones that are purposely held or used for the production of income or profit. Thus an apartment house would be a business asset, whereas a piece of land held in the hope of gain would be a matrimonial asset. A car used in business would be a business asset, and a car used for family purposes would be a matrimonial asset. Money invested in savings certificates, stocks or bonds would be business, whereas money resting in current accounts or accounts used for household purposes would be matrimonial. Works of art would be matrimonial whereas an operating farm would be a business asset. It is not enough to say that some gain or benefit may accrue in the future from the asset, but rather it must be said that it is working in a commercial, business or investment way for the production of income or profit.

In my opinion entitlements to insurance, pension and other similar benefits pursuant to contractual arrangements would not fall within the definition of business assets contained in the Act. They are not primarily held for the purpose of producing income or profit. They are in reality schemes for saving which divert present income to future use in times of peril or when the ability to earn income has passed.

Nor would schemes, such as registered retirement savings plans be business assets under the Act. Their primary purpose is to save funds and lessen the income tax which would otherwise be payable on those funds. [Emphasis added.]

I agree with Hart J.A. that pensions are not business assets. It seems to me that business assets are assets which have as their purpose the generation of income in an entrepreneurial sense. A pension is not such an asset. Pensions may tangentially generate income through interest but essentially they are funds comprising income diverted from the date on which it was earned. Pensions are more analogous to savings accounts than to business assets and thus cannot be excluded from the definition of matrimonial assets under s. 4(1)(e). The fact that the pension benefits in this case are being paid on a monthly basis does not, in my

[TRADUCTION] Par conséquent, il me semble que les seuls biens qui devraient être classés comme biens commerciaux sont ceux qui sont gardés ou utilisés précisément pour produire un revenu ou un bénéfice. Ainsi un immeuble d'habitation serait un bien commercial, alors qu'une parcelle de terrain gardée dans l'espoir d'en tirer un bénéfice serait un bien matrimonial. Une automobile utilisée à des fins commerciales serait un bien commercial et une automobile utilisée à des fins familiales serait un bien matrimonial. L'argent investi dans des certificats d'épargne, des actions ou des obligations serait de nature commerciale alors que l'argent versé dans des comptes courants ou des comptes utilisés à des fins domestiques serait de nature matrimoniale. Les œuvres d'art relèveraient du domaine matrimonial alors qu'une ferme en exploitation serait un bien commercial. Il n'est pas suffisant de dire que le bien doit produire dans l'avenir un certain gain ou bénéfice; on doit plutôt dire qu'il sert à la production d'un revenu ou d'un bénéfice d'une manière commerciale ou à titre d'investissement.

À mon avis, les droits à des prestations d'assurance, à une pension ou à d'autres prestations semblables aux termes de contrats ne s'inscriraient pas dans la définition de biens commerciaux contenue dans la Loi. Ils ne sont pas principalement détenus aux fins de produire un revenu ou un bénéfice. Il s'agit en réalité d'un régime d'épargne qui détourne un revenu actuel pour un usage ultérieur dans des moments plus difficiles ou lorsque la capacité de gagner un revenu est passée.

Des régimes, comme les régimes enregistrés d'épargne-retraite ne seraient pas non plus considérés comme des biens commerciaux aux termes de la Loi. Leur but principal est l'épargne et la diminution de l'impôt sur le revenu qui serait autrement payable sur ces fonds. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge Hart que les pensions ne sont pas des biens commerciaux. Il me semble que les biens commerciaux sont des biens qui ont pour but de produire un revenu dans le sens d'une entreprise. Une pension ne constitue pas un tel bien. Les pensions peuvent indirectement produire un revenu au moyen de l'intérêt mais il s'agit essentiellement de fonds comportant un revenu qui a été détourné dès la date à laquelle il a été gagné. Les pensions ressemblent plus à des comptes d'épargne qu'à des biens commerciaux et par conséquent ne peuvent être exclues de la définition de biens matrimoniaux au sens de l'al. 4(1)e). Le fait que la prestation de retraite en l'espèce soit mensuelle n'a aucun effet, à mon avis, sur la nature

view, affect the essential nature of the pension. Its purpose remains the same.

Section 13(1) of the Act must also be considered in determining whether pensions were intended to be included as matrimonial assets. As Pace J.A. noted in the Court of Appeal, the *Matrimonial Property Act* gives no specific direction as to the classification and division of pension benefits except under s. 13 where the court may, in making an unequal division of matrimonial assets, take into account "the value to either spouse of any pension or other benefit which, by reason of the termination of the marriage relationship, that party will lose the chance of acquiring".

The respondent submits that the fact that s. 13(1) provides for an unequal division based upon the value of a pension or other benefit lost because of the termination of the marriage evinces an intention that pensions are not to be considered matrimonial assets. He argues that it is implicit in this section that upon termination of the marriage the non-recipient spouse loses his or her chance to acquire an interest in the pension and it may be appropriate, therefore, in such circumstances to make an unequal division in that spouse's favour. This interpretation, if correct, would preclude the inclusion of pensions in matrimonial assets since, if they were matrimonial assets, there would be no such loss.

The respondent's position assumes, however, and in my view erroneously, that the subsection was intended to benefit only the non-recipient spouse. If pensions are included as matrimonial assets so that the non-recipient spouse is awarded an equal share in it, it will be the recipient spouse who may wish to assert a claim for an unequal division. He or she will also have lost the chance of acquiring a portion of the pension benefit by reason of the termination of the marriage.

I find support for this interpretation of the section in the overall scheme of the Act. Since pensions are not included in the list of exceptions in s. 4(1), it is logical to assume that pensions are indeed matrimonial assets and hence are to be divided equally. This was the approach recently

essentielle de la pension. Son but demeure le même.

Il convient également de tenir compte de l'al. 13(1) de la Loi pour déterminer si on a voulu que les pensions soient incluses dans les biens matrimoniaux. Comme le juge Pace l'a fait remarquer en Cour d'appel, la *Matrimonial Property Act* ne donne aucune directive précise quant à la classification et au partage des prestations de retraite sauf à l'art. 13 en vertu duquel, dans le cadre d'un partage inégal des biens matrimoniaux, la cour peut tenir compte de «la valeur pour chaque conjoint d'une pension ou autre prestation que cette partie, en raison de la dissolution du mariage ne pourra acquérir».

L'intimé soutient que le fait que l'al. 13(1) prévoit le partage inégal fondé sur la valeur d'une pension ou d'une autre prestation perdue en raison de la dissolution du mariage indique l'intention d'empêcher que les pensions soient considérées comme des biens matrimoniaux. Il soutient que cet article prévoit implicitement qu'à la dissolution du mariage, le conjoint non prestataire perd la possibilité d'acquérir un intérêt dans la pension et qu'il peut donc être opportun dans de telles circonstances de procéder à un partage inégal en faveur de ce conjoint. Cette interprétation, si elle est juste, empêcherait d'inclure les pensions dans les biens matrimoniaux étant donné que, s'il s'agissait de biens matrimoniaux, il n'y aurait pas de perte.

Toutefois dans cette thèse, l'intimé présume, à tort je pense, que le paragraphe a été conçu au seul avantage du conjoint non prestataire. Si les pensions sont comprises dans les biens matrimoniaux de manière que le conjoint non prestataire en obtienne une part égale, c'est le conjoint prestataire qui peut vouloir présenter une demande de partage inégal car il aura également perdu la possibilité d'acquérir une partie de la prestation de retraite en raison de la dissolution du mariage.

L'économie générale de la Loi appuie cette interprétation de l'article. Étant donné que les pensions ne sont pas comprises dans la liste des exceptions prévues au par. 4(1), il est logique de présumer que les pensions sont en fait des biens matrimoniaux et, par conséquent, doivent être par-

taken to s. 4(1) by Davison J. of the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division in *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118, where the issue was the characterization of promissory notes. It was also the approach taken by the Court of Appeal in *Lawrence* when dealing with pensions. In *Curren* Davison J. stated at p. 123:

The real contentious issue involves characterizing the two promissory notes or the proceeds therefrom. I use the word "characterizing" advisedly because it would be easy to fall into the trap of attempting to fit assets into one of two "pigeonholes"—matrimonial assets or business assets. It is my view, with respect, that one starts with the presumption that "all . . . property acquired by either or both spouses before or during their marriage . . ." are matrimonial assets and that it is incumbent on one who asserts that a particular asset is not a "matrimonial asset" to prove that the asset falls within the exceptions set forth in s. 4(1). As stated by Hart, J.A., in *Lawrence v. Lawrence* (supra) at 113:

"Unless property can be brought within one of the exclusions in s. 4, however, it remains a matrimonial asset no matter what its kind or use."

It seems to me that those exceptions have one common characteristic in that all of the exceptions contemplate assets which are unrelated to the marriage but are associated with one spouse to the exclusion of the other and to that extent could be termed "personal assets". [Emphasis added.]

If, in other words, the asset does not fall clearly within one of the exceptions in s. 4(1) it is a matrimonial asset subject to division.

After including all property acquired either before or during the marriage the court may then go on to consider whether, in light of the factors enumerated in s. 13, equal division would be unfair. One such factor enumerated in s. 13(1) is the value of any pension benefit lost as a result of the termination of the marriage.

Depending upon the view taken as to whether or not pensions should be included as matrimonial assets, the courts in Nova Scotia have used s. 13(1) in different ways. When the courts have found that

tagées également. C'est la position adoptée récemment à l'égard du par. 4(1) par le juge Davison de la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Curren v. Curren* (1987), 81 N.S.R. (2d) 118, relativement à la question de la caractérisation de billets à ordre. La Cour d'appel a également adopté cette position dans l'arrêt *Lawrence* lorsqu'elle a traité des pensions. Dans l'arrêt *Curren*, le juge Davison a dit à la p. 123:

[TRADUCTION] La véritable question litigieuse porte sur la caractérisation de deux billets à ordre ou de leur produit. J'utilise délibérément le terme «caractériser» parce qu'il serait facile de tomber dans le piège de vouloir tenter d'insérer les biens dans l'une des deux «niches»—les biens matrimoniaux et les biens commerciaux. Avec égards, je suis d'avis que l'on présume d'abord que «tous . . . les biens acquis par l'un ou l'autre conjoint avant ou pendant le mariage . . .» sont des biens matrimoniaux et il incombe à celui qui affirme qu'un bien en particulier n'est pas un «bien matrimonial» de démontrer que le bien s'inscrit dans le cadre de l'exception énoncée au par. 4(1). Le juge Hart a dit dans l'arrêt *Lawrence v. Lawrence* (précité) à la p. 113:

«Toutefois, à moins de relever des exceptions prévues à l'art. 4, un bien demeure matrimonial indépendamment de son genre ou de son utilisation.»

Il me semble que ces exceptions ont comme caractéristique commune qu'elles portent sur des biens qui n'ont pas de rapport avec le mariage mais qui sont liés à l'un des conjoints à l'exclusion de l'autre, et que, dans cette mesure, ils peuvent être qualifiés de «biens personnels». [Je souligne.]

En d'autres termes, si le bien ne relève pas clairement de l'une des exceptions énoncées au par. 4(1) il s'agit d'un bien matrimonial assujéti au partage.

Après avoir tenu compte de tous les biens acquis avant ou pendant le mariage, le tribunal peut ensuite examiner si, compte tenu des facteurs énumérés à l'art. 13, un partage égal serait injuste. Un des facteurs énumérés à l'al. 13(1) est la valeur d'une prestation de retraite perdue par suite de la dissolution du mariage.

Les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont appliqué l'al. 13(1) de différentes manières selon leur position quant à savoir si les pensions devraient être comprises dans les biens matrimoniaux. Lors-

pensions are not matrimonial assets, an unequal division in favour of the non-recipient spouse has been made in order to rectify the inequity resulting from one partner's exclusive entitlement to the pension: see, for example, *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113 (S.C.T.D.) and *Stevens v. Stevens* (1987), 7 R.F.L. (3d) 127 (N.S.S.C.T.D.). On the other hand, where pensions have been included as matrimonial assets, the courts have found it appropriate to award an unequal division in favour of the named recipient. In *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41 (N.S.S.C.T.D.), Davison J. held that the pensions in issue were matrimonial assets but concluded that an equal division would be unfair due to the fact that Mr. McNulty, the named recipient, had built up a major portion of the pension prior to the marriage, had developed multiple sclerosis, and because Mrs. McNulty had not made any significant contribution to Mr. McNulty's career.

It seems to me therefore that the way in which s. 13(l) is applied turns on the prior characterization of pensions, i.e. whether or not they are properly characterized as matrimonial assets. The section does not come into play until this determination has been made. In other words, the section does not assist us in determining whether or not the pension is a matrimonial asset.

A brief review of the relevant provisions of the Act persuades me that nothing in its wording forecloses the characterization of pensions as matrimonial assets. The respondent's main argument, however, is that pensions, particularly periodic pension payments, are not "property" and therefore cannot be included when dividing matrimonial property under s. 12. I turn now to a consideration of that submission.

Is the pension "property"?

The appellant submits that a pension is properly viewed as "property" and is a matrimonial asset subject to equal division under the Act. She argues that a pension is a right to receive fixed periodic payments and that such a right constitutes a chose

que les tribunaux ont conclu que les pensions n'étaient pas des biens matrimoniaux, ils ont fait un partage inégal en faveur du conjoint non prestataire pour rectifier l'inéquité qui résultait du droit exclusif d'un partenaire à la pension: voir, par exemple, *Lemmon v. Lemmon* (1987), 77 N.S.R. (2d) 113 (C.S.N.-É.) et *Stevens v. Stevens* (1987), 7 R.F.L. (3d) 127 (C.S.N.-É., D.P.I.). Par contre, lorsque les pensions ont été incluses dans les biens matrimoniaux, les tribunaux ont conclu qu'il était opportun d'accorder un partage inégal en faveur du prestataire désigné. Dans la décision *McNulty v. McNulty* (1989), 24 R.F.L. (3d) 41 (C.S.N.-É., D.P.I.), le juge Davison a conclu que les pensions en cause étaient des biens matrimoniaux mais qu'un partage égal serait injuste parce que M. McNulty, le prestataire désigné, avait accumulé une partie importante de la pension avant le mariage, avait contracté la sclérose en plaques et parce que M^{me} McNulty n'avait pas contribué de façon importante à promouvoir la carrière de M. McNulty.

Par conséquent, il me semble que la manière dont l'al. 13/l) est appliqué dépend de la classification préalable des pensions, c'est-à-dire leur inclusion ou non dans les biens matrimoniaux. L'article ne s'applique pas avant que cette décision soit prise. En d'autres termes, l'article ne nous aide pas à déterminer si la pension est ou non un bien matrimonial.

Un bref examen des dispositions pertinentes de la Loi me convainc qu'elle n'empêche pas la classification des pensions parmi les biens matrimoniaux. Toutefois, le principal argument de l'intimé consiste à dire que les pensions, particulièrement lorsqu'elles sont versées par paiements périodiques, ne sont pas des «biens» et par conséquent ne peuvent être incluses dans le partage des biens matrimoniaux aux termes de l'art. 12. J'examine maintenant cet argument.

La pension est-elle un «bien»?

L'appelante soutient que la pension est, à bon droit, considérée comme un «bien», un bien matrimonial assujéti au partage à parts égales en vertu de la Loi. Elle soutient qu'une pension est un droit de recevoir des paiements périodiques préétablis et

in action which is a form of property. The appellant cites a number of cases to support this submission: see *Rutherford, supra*; *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327 (Alta. C.A.); *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8 (Alta. Q.B.) and *Tataryn, supra*. Moreover, at the time this litigation was instituted the matrimonial property legislation of British Columbia, Manitoba and Ontario all provided that pensions were matrimonial assets. In several other provinces where the legislation is similar to the legislation in issue here the appellate courts treated pensions as matrimonial assets. Since that time amending legislation has been enacted in some of the other provinces. In Nova Scotia the *Pension Benefits Act* was amended in 1987 (S.N.S. 1987, c. 11) and under s. 61(2) a spouse may apply to the court for a division of the pension of his or her former spouse. As the following review demonstrates, the current trend to treat pensions as matrimonial property presumptively subject to equal sharing has been both judicial and legislative. The courts are, of course, restricted by the language of the particular statutes but it is quite apparent that the provinces consider it generally unfair to exclude one partner to the marriage from the benefits of a pension.

However, one of the first appellate level decisions to deal with the issue of pensions in the matrimonial context, *Isbister, supra*, was out of step with the current trend and is heavily relied upon by the respondent. In *Isbister* the husband had contributed to three pension plans and the trial judge fixed the value of these benefits as of the date of separation at \$35,000. The husband appealed this valuation and claimed that the trial judge had erred in accepting actuarial evidence to evaluate the pension rights. Monnin J.A., for the Manitoba Court of Appeal, commented that decisions from other jurisdictions must be viewed with caution because under s. 1(b) of the *Manitoba Marital Property Act*, S.M. 1978, c. 24, C.C.S.M., c. M45, a commercial asset was defined so as to include rights under a pension scheme or plan. Thus a pension could not be a family asset. Monnin J.A. also expressed concern about the

qu'un tel droit est une chose incorporelle qui constitue une forme de bien. L'appelante cite de la jurisprudence à l'appui de cet argument: voir *Rutherford*, précité, *Herchuk v. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327 (C.A. Alb.), *McAlister v. McAlister*, [1983] 2 W.W.R. 8 (B.R. Alb.) et *Tataryn*, précité. En outre, au moment où ce litige a pris naissance, les textes législatifs sur le patrimoine familial de la Colombie-Britannique, du Manitoba et de l'Ontario prévoyaient tous que les pensions constituaient des biens matrimoniaux. Dans plusieurs autres provinces où les lois sont semblables à la loi visée en l'espèce, les cours d'appel ont traité les pensions comme des biens matrimoniaux. Depuis ce temps, des lois modificatives ont été adoptées dans certaines des autres provinces. En Nouvelle-Écosse, la *Pension Benefits Act* a été modifiée en 1987 (S.N.S. 1987, ch. 11) et, aux termes du par. 61(2), un conjoint peut demander en justice le partage de la pension de son ex-conjoint. Comme le démontre l'examen qui suit, la tendance actuelle à traiter les pensions comme des biens matrimoniaux, qui sont par présomption assujettis au partage égal, est à la fois judiciaire et législative. Les tribunaux sont limités bien sûr par le texte des lois visées mais il est bien évident que les provinces estiment généralement injuste d'exclure un partenaire dans le mariage du partage des prestations de retraite.

Toutefois, l'intimé s'appuie fortement sur l'un des premiers arrêts d'une cour d'appel à traiter de la question des pensions dans le contexte du mariage, l'arrêt *Isbister*, précité, qui s'écartait de la tendance actuelle. Dans l'affaire *Isbister*, le mari avait contribué à trois régimes de retraite et le juge de première instance avait établi à 35 000 \$ la valeur des prestations à la date de la séparation. Le mari avait interjeté appel de cette évaluation et avait soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur en acceptant une preuve actuariale pour évaluer les droits à la pension. Le juge Monnin au nom de la Cour d'appel du Manitoba a fait remarquer que les décisions d'autres ressorts devaient être examinées avec prudence parce que, aux termes de l'al. 1b) de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, S.M. 1978, ch. 24, C.P.L.M., ch. M45, du Manitoba, la définition des biens commerciaux incluait les droits prévus par les

problem of valuing pensions in light of the legislative prohibitions against alienation. He held that pension benefits had no market value and could not be included as assets under the Act. He stated at p. 243:

How anyone can place any market value on a pension fund or scheme in light of those two sections is difficult to fathom. There is not likely to be any market value for funds which are so clearly, by statute, declared to be inalienable, unassignable, unable to be charged, and free from seizure, execution, attachment, and any transaction which purports to assign, charge, anticipate, or give as security such moneys is declared to be void. Who in his right mind would want to purchase such an asset? Without a purchaser, it is impossible to put a price on same or to value it for the purpose of division or accounting of assets. Consequently, s. 1(b) of the Marital Property Act, which purports to include in commercial assets rights under a "pension scheme or plan" is not likely to result in any accountable value . . . Pension benefits are income to be earned in the future, once a person has retired from employment. There are many ifs and buts until date of the payment of the pension. The amount of such yearly or monthly earnings may be used in calculating monthly or yearly maintenance to be paid to the other spouse when the husband is in receipt of his pension, but no spouse can or should be compelled to put up solid cash or money value for something which is independent of him until he has reached retirement age, which no one can be certain of reaching because employment may cease, the pension fund may be bankrupt, or death may arrive prior to retirement.

A different view of the matter was taken by the Manitoba Court of Appeal in *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225. The court distinguished *Isbister* and affirmed the trial judge's decision that the pension was a divisible asset. The focus of the judgment was on the appropriate means of valuing the pension. O'Sullivan J.A., for the majority, overturned the trial judge's order for an immediate accounting and division, declared

régimes de retraite. Par conséquent, une pension ne pouvait pas être un bien familial. Le juge Monnin a également exprimé des inquiétudes au sujet du problème de l'évaluation des pensions

a compte tenu des interdictions législatives contre l'aliénation. Il a conclu que les prestations de retraite n'avaient aucune valeur marchande et ne pouvaient être des biens aux sens de la Loi. Il a dit à la p. 243:

b [TRADUCTION] Il est difficile d'imaginer comment quelqu'un peut attribuer une valeur marchande à un fonds de pension ou à un régime de retraite si l'on tient compte de ces deux articles. Vraisemblablement aucune

c valeur marchande ne sera attribuée aux fonds qui sont, en vertu de la loi, aussi clairement déclarés inaliénables, incessibles, insaisissables, qui ne peuvent être grevés et qui ne peuvent être assortis d'une condition, toute opération qui a pour but de céder, grever, donner en garantie

d ou aliéner par avance ces sommes d'argent étant déclarée nulle. Qui songerait même à acheter un tel bien? Sans acheteur, il est impossible de lui attribuer un prix ou de l'évaluer aux fins du partage ou de la reddition de compte. Par conséquent, l'al. 1b) de la Loi sur les biens

e matrimoniaux, qui veut inclure dans les biens commerciaux les droits qui découlent d'un «régime de retraite» n'est pas susceptible d'entraîner une valeur comptable. [. . .] Les prestations de retraite sont des revenus futurs, à verser quand une personne a pris sa retraite. Il peut

f survenir de nombreux impondérables jusqu'à la date du paiement de la pension. Le montant de ces prestations annuelles ou mensuelles peut être utilisé pour calculer une obligation alimentaire mensuelle ou annuelle à verser à l'autre conjoint lorsque le mari reçoit sa pension, mais aucun conjoint ne peut ni ne devrait être tenu

g de donner de l'argent comptant ou d'attribuer une valeur monétaire pour quelque chose sur laquelle il n'a aucun contrôle jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de la retraite, personne n'étant certain d'atteindre la retraite

h parce que l'emploi peut prendre fin, le fonds de pension peut déclarer faillite ou le décès peut survenir avant la retraite.

La Cour d'appel du Manitoba a adopté une position différente sur la question dans l'arrêt *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225. La cour a établi une distinction avec l'arrêt *Isbister* et a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle la pension était un bien susceptible d'être partagé. L'arrêt portait principalement sur les moyens appropriés d'évaluer la pension. Le juge O'Sullivan, au nom de la majo-

the named recipient of the pension a trustee and Mrs. George entitled to an interest in any benefits payable in the future. Matas J.A., in dissent, affirmed the trial judge's immediate division and in the course of his reasons approved of *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424, a Manitoba Court of Queen's Bench decision in which Morse J. held that the guaranteed portion of the plan should be included as a matrimonial asset.

It is accordingly clear that at the present time pensions are to be included when dividing matrimonial property in Manitoba. Following these decisions *The Pension Benefits Act*, S.M. 1975, c. 38, was amended, effective January 1, 1984, to specifically provide for a division of pension benefits on marriage breakup. The inequity of *Isbister* undoubtedly prompted this change. The initial judicial treatment of pensions in Manitoba was anomalous when compared with other jurisdictions.

Pension benefits also constitute part of the "family patrimony" in the province of Quebec (Art. 462.2, second paragraph, *C.C.Q.*) available for equal division between the spouses on marriage dissolution (Art. 462.3 *C.C.Q.*).

The situation in British Columbia has been clarified by statute for a number of years. Section 45 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, specifically includes pensions in its definition of family assets. It reads, *inter alia*, "a right of a spouse under an annuity or a pension, home ownership or retirement savings plan". However, cases from that jurisdiction may still be instructive. In *Rutherford v. Rutherford* (1979), 14 R.F.L. (2d) 41 (B.C.S.C.), Bouck J. did not seem to base his decision solely on the language of s. 45. Rather, he stated at p. 58 that "[c]learly, the pension is a family asset, if not by statute then by logic, under s. 51". Section 51 is a general provision which allows a court to include property not specifically described in the Act and to re-arrange the division

rité, a infirmé l'ordonnance du juge de première instance prévoyant une reddition de comptes et un partage immédiats, a déclaré que le prestataire désigné de la pension était un fiduciaire et que M^{me} George avait un intérêt dans toute prestation future. Le juge Matas, dissident, aurait confirmé le partage immédiat ordonné par le juge de première instance et, dans ses motifs, a approuvé à l'arrêt *Geisel v. Geisel* (1981), 24 R.F.L. (2d) 424, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans lequel le juge Morse avait conclu que la partie garantie du régime devrait être incluse à titre de bien matrimonial.

Par conséquent, il est clair qu'à l'heure actuelle les pensions doivent être comprises dans le partage du patrimoine familial au Manitoba. Par suite de ces décisions, la *Loi sur les prestations de pensions*, L.M. 1975, ch. 38, a été modifiée à compter du 1^{er} janvier 1984 pour prévoir expressément le partage des prestations de pensions à la dissolution du mariage. Le caractère inéquitable de l'arrêt *Isbister* a sans doute entraîné cette modification. La définition judiciaire initiale des pensions au Manitoba était une anomalie par rapport à ce qui se faisait dans les autres provinces.

Les prestations de retraite font également partie du «patrimoine familial» dans la province de Québec (art. 462.2, 2^e par., *C.C.Q.*) susceptible d'être partagé à parts égales entre les conjoints au moment de la dissolution du mariage (art. 462.3 *C.C.Q.*).

La situation en Colombie-Britannique a été clarifiée par la loi depuis un certain nombre d'années. L'article 45 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, vise précisément les pensions dans sa définition des biens familiaux. Il prévoit notamment, [TRADUCTION] «le droit d'un conjoint aux termes d'une rente ou d'une pension, d'un régime d'épargne-logement ou d'épargne-retraite». Toutefois, la jurisprudence de cette province peut quand même être instructive. Dans l'arrêt *Rutherford v. Rutherford* (1979), 14 R.F.L. (2d) 41 (C.S.C.-B.), le juge Bouck n'a pas semblé fonder ses motifs uniquement sur le texte de l'art. 45. Il dit en effet à la p. 58 que [TRADUCTION] «de toute évidence, la pension est un bien familial, sinon en vertu de la Loi alors en vertu de la logique, aux termes de

of property on the grounds of fairness. The Court of Appeal affirmed his decision. Seaton J.A., for the court, interpreted s. 45 so as to include a wide variety of pension benefits and rejected the argument that there must be a present right to a pension in order for it to be a family asset. He stated at p. 342:

I would read "a right of a spouse under an annuity or a pension" to include any right, even one that can be said to be inchoate, contingent, immature, or not vested. In short, I would interpret these provisions broadly, so as to give full effect to the policy adopted by the legislation.

The leading case in Alberta on the division of a pension on marriage breakdown is *Herchuk*, *supra*. The Court of Appeal was faced with the question whether the husband's right in a contributory pension plan was "property" within the meaning of the Alberta Act. The pension at issue was vested but had not matured and the named recipient could not commute his interest to a single cash payment but had to take the benefits in accordance with a number of options. There was a death benefit payable to his estate worth approximately \$40,000. The value of the pension based on the cost of purchasing an equivalent pension plan ranged from approximately \$71,000 to \$82,000. The pension was not assignable; the Alberta *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, c. P-3, prohibited the pension from being assigned, charged, attached, anticipated, or given as security. The Alberta *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, c. M-9, does not define the kinds of property to which the Act applies and makes no reference to pensions. In characterizing the pension as property Stevenson J.A. stated at pp. 335-36:

Matrimonial property legislation seeks to distribute the assets the parties have accumulated. A contribution to a pension plan represents a significant diversion of income, sometimes compulsory, sometimes not. Moreover, employer contributions to such funds may be viewed by a wage earner as an important component of his income even though it may be returned in a capital form. While we recognize that there are considerable

l'art. 51». L'article 51 est une disposition d'ordre général qui permet à un tribunal d'inclure un bien qui n'est pas précisément décrit dans la loi et de modifier le partage des biens sur le fondement de l'équité. La Cour d'appel a confirmé sa décision. Le juge Seaton, au nom de la cour, a interprété l'art. 45 de manière à inclure un grand nombre de prestations de retraite et a rejeté l'argument selon lequel le droit à une pension doit être actuel pour qu'il constitue un bien familial. Il a dit à la p. 342:

[TRADUCTION] Je suis d'avis d'interpréter l'expression «le droit d'un conjoint aux termes d'une rente ou d'une pension» de manière qu'elle comprenne tout droit, même celui qui serait imparfait, conditionnel, non échü ou non acquis. Bref, je suis d'avis de donner une interprétation large à ces dispositions de manière à donner plein effet au principe adopté par la loi.

L'arrêt qui fait autorité en Alberta sur le partage d'une pension à la dissolution du mariage est l'arrêt *Herchuk*, précité. La Cour d'appel devait répondre à la question de savoir si le droit d'un mari dans un régime de retraite contributif était un «bien» au sens de la Loi de l'Alberta. La pension visée était acquise mais n'était pas venue à échéance et le prestataire désigné ne pouvait pas échanger son intérêt contre un paiement forfaitaire mais devait recevoir les prestations conformément à un certain nombre de choix. Une prestation en cas de décès d'environ 40 000 \$ était payable à la succession du prestataire. La valeur de la pension fondée sur le coût d'achat d'un régime de retraite équivalent variait entre 71 000 \$ et 82 000 \$. La pension n'était pas cessible; la *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, ch. P-3 de l'Alberta, interdisait que la pension soit cédée, grevée, saisie, donnée en garantie ou aliénée par avance. La *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, ch. M-9 de l'Alberta ne définit pas le genre de biens auxquels s'applique la loi et ne mentionne pas les pensions. En qualifiant la pension de bien, le juge Stevenson a dit aux pp. 335 et 336:

[TRADUCTION] La législation en matière de patrimoine familial vise à répartir les biens que les parties ont accumulés. Une contribution à un régime de retraite représente un détournement important de revenus, obligatoire ou facultatif. Qui plus est, les contributions de l'employeur à de tels fonds peuvent être considérées par un salarié comme une composante importante de son revenu même si elles peuvent être remises sous forme de

difficulties in valuation and that there are inequities inherent in making a distribution, to disregard these accumulations is to disregard the object of the Act. In *Mazurenko v. Mazurenko* [citations omitted], I took the object of the Act from the report of the Institute of Law Research and Reform to be the sharing of economic gains. The accumulation of capital to provide for retirement or other future needs cannot be distinguished from the accumulation of pension credits. If we were to develop the concept of "maintenance assets", creating a class of such assets, its application for the benefit of the spouse would be based on relative need, not on the capital contribution. The object of the Act is to ensure that the spouses share accumulations . . . I disagree with the conclusion reached in *Isbister*. I characterize the rights of the husband here as property. The Act is cast in terms of the distribution of property, not its value (although valuation should be relevant and is required in cases of exemptions). The term "property" is not qualified in our statute. It is a broad term which embraces choses in action. [Emphasis added.]

Stevenson J.A. did not comment on valuation and distribution but remitted the matter to the trial judge. He did, however, approve of the analysis and conclusions of Dea J. in *McAlister*, *supra*, where the characterization of pensions and numerous Canadian authorities were considered at length. It had been argued before Dea J. that pension rights should not be classified as matrimonial property because they were mere contractual rights or future rights to income. In reply to this argument Dea J. stated at pp. 19-20:

Under either head the objection would not in my view preclude the inclusion of pension benefits as matrimonial property in this province. Here the only test is "property". A chose in action is property. But this objection does raise what may be an underlying unstated objection to a characterization of pension rights as property. A review of the pension terms discloses that every contributor, upon completing a certain number of years of employment, is entitled to a pension. That is the scheme of the legislation and its regulations. While the occurrence of certain contingencies may defeat that entitlement, until those contingencies occur, the entitlement is there. It is a present interest subject to defeasance.

capital. Bien que nous reconnaissons que l'évaluation comporte des difficultés considérables en matière d'évaluation ainsi que des injustices inhérentes au partage, ne pas tenir compte de ces accumulations c'est ne pas tenir compte de l'objet de la Loi. Dans l'arrêt *Mazurenko v. Mazurenko* [citations omises], j'ai déduit que l'objet de la Loi, d'après le rapport de l'Institute of Law Research and Reform, était le partage de gains économiques. On ne peut établir de distinction entre l'accumulation de capital en prévision de la retraite ou d'autres besoins futurs d'avec l'accumulation de crédits de retraite. Si nous devons élaborer le concept de «biens alimentaires», en créant une catégorie pour ces biens, son application à l'avantage du conjoint serait fondée sur le besoin relatif et non sur la contribution en capital. La Loi a pour objet de veiller à ce que les conjoints partagent les biens accumulés [. . .] Je ne suis pas d'accord avec la conclusion de l'arrêt *Isbister*. J'estime que les droits du mari en l'espèce sont des biens. La Loi est rédigée en fonction du partage des biens et non de leur valeur (bien que l'évaluation soit pertinente et nécessaire dans les cas d'exclusion). Le terme «bien» n'est pas restreint dans notre loi. Il s'agit d'un terme général qui vise des choses incorporelles. [Je souligne.]

Le juge Stevenson n'a pas fait d'observation sur l'évaluation et le partage mais a renvoyé l'affaire devant le juge de première instance. Toutefois, il a fait siennes les analyses et conclusions du juge Dea dans l'arrêt *McAlister*, précité, dans lequel la qualification des pensions ainsi que la jurisprudence et la doctrine canadiennes ont fait l'objet d'un examen approfondi. On avait soutenu devant le juge Dea que les droits à la pension ne devraient pas être classés dans la catégorie des biens matrimoniaux parce qu'il s'agissait simplement de droits contractuels ou de droits éventuels à un revenu. En réponse à cet argument, le juge Dea a dit aux pp. 19 et 20:

[TRADUCTION] À mon avis, en vertu de l'une ou l'autre rubrique, l'objection n'empêcherait pas dans cette province d'inclure les prestations de retraite dans les biens matrimoniaux. En l'espèce, le seul critère qui s'applique est celui relatif au «bien». Une chose incorporelle est un bien. Toutefois, cette objection soulève une objection sous-entendue à ce qu'on qualifie de biens les droits à une pension. Un examen des modalités de la pension révèle que chaque cotisant après un certain nombre d'années d'emploi, a droit à la pension. C'est l'esprit de la loi et de ses règlements. Bien que certains événements imprévus puissent supprimer ce droit, jusqu'à ce qu'ils surviennent, le droit existe. Il s'agit d'un intérêt actuel susceptible d'être annulé.

To inferentially compare the pension rights created here to a contract subject to a condition precedent so that nothing exists until the condition is fulfilled seems to me contrary to the plain words and intent of the legislation and the regulations creating the rights. These rights are better compared to a contract subject to conditions subsequent, where the interest created by the statute exists but may be defeated upon the occurrence of the subsequent conditions.

Pensions are not specifically included in the definition of family property in the *Matrimonial Property Act* of Saskatchewan. It defines matrimonial property as any real or personal property, regardless of its kind or nature, that is owned, or in which an interest is held, by one or both of the spouses. Until the Saskatchewan Court of Appeal decision in *Tataryn* there had been conflicting treatment of pensions by the lower courts. In *Tataryn* Cameron J.A. held that vested pensions, irrespective of whether they had matured, constituted choses in action and formed part of the matrimonial property. He stated at p. 287:

With that I return to the question of whether the pension entitlement in this case is matrimonial property. I have no doubt that it is. Mr. Tataryn has a contractual right to receive, on retirement, a periodic sum for life. His entitlement is vested—in the sense I earlier referred to—although not yet matured. Expressed in traditional terms this is incorporeal personal property. It is a chose in action, an existing personal right of property capable of enforcement by action. And, since it was acquired during the marriage, the husband and wife are, by virtue of s. 20, equally entitled to it—subject only to the exceptions, exemptions, and equitable considerations mentioned in s. 21.

Similarly, the Newfoundland Court of Appeal held in *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142, that a pension is a family asset. The legislation at the time did not specifically address the subject of pensions.

In Nova Scotia, prior to the decision of the Court of Appeal in the present case, *Lawrence* was the leading authority. The pension benefits in issue had to be withdrawn as a cash sum since the husband was moving to a new work place and the contributions could not be transferred. The trial

À mon avis, la comparaison, par déduction, des droits à une pension créés en l'espèce à un contrat assujéti à une condition qui en régit l'existence me semble contraire aux termes clairs et à l'esprit de la loi et des règlements qui créent les droits. Il convient mieux de comparer ces droits au contrat assujéti à des conditions résolutoires, où l'intérêt créé par la loi existe mais peut être annulé et si les conditions résolutoires se réalisent.

Les pensions ne sont pas précisément visées dans la définition de patrimoine familial dans la *Matrimonial Property Act* de la Saskatchewan. Cette loi définit le patrimoine familial comme tout bien réel ou personnel, peu importe son genre ou sa nature, qui est la propriété des deux conjoints ou de l'un d'eux ou dans lequel l'un d'entre eux a un intérêt. Jusqu'à l'arrêt *Tataryn* de la Cour d'appel de la Saskatchewan, les tribunaux d'instance inférieure traitaient des pensions de manières différentes. Dans l'arrêt *Tataryn*, le juge Cameron a conclu que les pensions acquises, arrivées ou non à échéance, étaient des biens incorporels et faisaient partie du patrimoine familial. Il a dit à la p. 287:

[TRADUCTION] Ainsi, je reviens à la question de savoir si le droit à la pension en l'espèce constitue un bien matrimonial. Je suis convaincu que c'est le cas. Monsieur Tataryn a le droit, en vertu d'un contrat, de recevoir à la retraite une somme périodique pour le reste de sa vie. Son droit est acquis—dans le sens que j'ai mentionné précédemment—bien qu'il ne soit pas encore échu. Si on l'exprime en des termes traditionnels, il s'agit d'un bien personnel incorporel. Il s'agit d'un bien incorporel, un droit personnel de propriété en vigueur qui peut être exécuté par une action. Et comme il a été acquis au cours du mariage, les conjoints, aux termes de l'art. 20, y ont un droit égal—sous réserve seulement des exceptions, des exclusions et des considérations en matière d'équité que mentionne l'art. 21.

De même, la Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu dans l'arrêt *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142 qu'une pension est un bien familial. La loi en vigueur à ce moment-là ne mentionnait pas expressément les pensions.

En Nouvelle-Écosse, avant l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, l'arrêt *Lawrence* faisait jurisprudence. Les prestations de retraite en question devaient être retirées au moyen d'une somme forfaitaire, parce que le mari changeait de lieu de travail et que les contributions ne pouvaient être

judge found that the pension contributions were matrimonial assets. The husband appealed alleging that the benefits were a business asset and not subject to distribution. Hart J.A., for the court, rejected his submission and held that pension benefits generally fall into the classification of matrimonial assets for the purpose of equalization under s. 12. Subsequent to *Lawrence*, but prior to this appeal, a number of decisions of the Nova Scotia Court of Appeal had upheld trial court decisions that pensions were matrimonial assets subject to equal sharing: see, for example, *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239; *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296, and *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388.

As evidenced by this brief review the weight of appellate authority in several of the provinces supports the classification of pensions as matrimonial property. I think this is an entirely appropriate classification. As found by the courts in both *Herchuk* and *Tataryn*, pensions are choses in action or incorporeal personal property. The named recipient of a pension is entitled to the benefits therefrom as of right. As stated by Dea J. in *McAlister* at p. 15, the receipt of the pension benefit is not "dependent upon arbitrary whim or the exercise of any discretion by any third party".

Nor do I find persuasive the respondent's submission that the pension benefits being received in this case are income rather than property and accordingly not subject to division. I must respectfully disagree with Pace J.A.'s conclusion to that effect. Pension benefits are not "income" in the traditional sense, i.e. payments for present work, nor are they income to be earned in the future. They are benefits earned throughout the period of the pension. By the time of maturation the earning period is in the past. Hart J.A. stated it this way in *Lawrence*—pensions "are in reality schemes for saving which divert present income to future use in times of peril or when the ability to earn income

transférées. Le juge de première instance avait conclu que les contributions au régime de retraite étaient des biens matrimoniaux. Le mari avait interjeté appel, alléguant que les prestations étaient un bien commercial et n'étaient pas assujetties au partage. Le juge Hart, au nom de la cour, a rejeté son argument et a conclu que les prestations de retraite s'inscrivaient généralement dans la catégorie des biens matrimoniaux aux fins d'un partage à parts égales aux termes de l'art. 12. Après l'arrêt *Lawrence*, et avant le présent pourvoi, un certain nombre d'arrêts de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avaient maintenu des décisions de tribunaux de première instance portant que les pensions étaient des biens matrimoniaux assujettis au partage à parts égales: voir, par exemple, *Cleaves v. Cleaves* (1982), 27 R.F.L. (2d) 239, *Muise v. Muise* (1982), 30 R.F.L. (2d) 296, et *Nolet v. Nolet* (1985), 46 R.F.L. (2d) 388.

Comme le démontre ce bref examen, la jurisprudence des cours d'appel de plusieurs provinces appuie la classification des pensions parmi les biens matrimoniaux. Je suis d'avis que cette classification est tout à fait juste. Comme l'ont conclu les tribunaux dans les arrêts *Herchuk* et *Tataryn*, les pensions sont des choses incorporelles ou des biens personnels incorporels. Le prestataire désigné d'une pension a droit aux prestations qui en découlent. Comme l'a dit le juge Dea dans l'arrêt *McAlister* à la p. 15, l'obtention de la prestation de retraite ne [TRADUCTION] «dépend pas d'un caprice arbitraire ou de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tiers».

Je n'estime pas convaincant non plus l'argument de l'intimé selon lequel les prestations de retraite perçues en l'espèce sont un revenu plutôt qu'un bien et par conséquent ne sont pas assujetties au partage. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Pace à ce sujet. Les prestations de retraite ne sont pas un «revenu» au sens traditionnel; c'est-à-dire des paiements pour le travail actuel, et ne sont pas non plus un revenu futur. Il s'agit de prestations gagnées tout au long de la période de la pension. Au moment de l'échéance, la période de gain est passée. Le juge Hart a dit dans l'arrêt *Lawrence* que les pensions [TRADUCTION] «sont en réalité des régimes d'épargne qui

has passed" (p. 143). A pension is created by earlier savings which give rise to future benefits. In this sense it is like an insurance plan or any other savings scheme, structured or otherwise, which would be considered matrimonial property. Thus, to characterize the pension benefits in this case as income is to disregard the nature of pensions and place form ahead of substance with resultant unfairness.

I agree also with the trial judge that it would be unjust, indeed somewhat absurd, to find that because Mr. Clarke elected to take monthly payments rather than a lump sum this changes the character of the asset and distinguishes the case from *Lawrence*. The monetary contributions to the fund were made during the course of the marriage and had the effect of reducing the moneys otherwise available to the household. Again, the fact that the pension benefits are being received as a form of "income" does not, in my view, change their essential nature.

However, the respondent raises as impediments to classifying pensions as matrimonial property the fact that they cannot be properly valued and cannot be assigned. These concerns were raised in the judgments of the court below. Pace J.A. was concerned about the inalienability of pension benefits and Jones J.A. about their valuation. I will deal with each of these concerns in turn.

Valuation

The difficulty in valuing pension benefits has been addressed in a number of Canadian cases. Indeed, it led to the conclusion in *Isbister*. It will be recalled that Monnin J.A. found that because the pension benefit at issue was inalienable it had no market value and thus could not be valued for the purpose of division or accounting of assets. In several subsequent cases, however, the reasoning in *Isbister* has been criticized, especially for the importance it placed on the difficulty of valuation.

détournent un revenu actuel pour un usage futur dans des temps difficiles ou lorsque la capacité de gagner un revenu est passée» (p. 143). Une pension est créée par des épargnes qui donnent lieu à des prestations futures. Dans ce sens, c'est comme un régime d'assurance ou tout autre régime d'épargne, structuré ou autre, qui serait considéré comme un bien matrimonial. Par conséquent, le fait de qualifier de revenu les prestations de retraite en l'espèce ne concorde pas avec la nature des pensions et donne plus d'importance à la forme qu'au fond pour aboutir à une injustice.

Je partage également l'opinion du juge de première instance selon laquelle il serait injuste, voire assez absurde, de conclure que le caractère du bien est modifié et qu'il existe une différence entre l'espèce et l'arrêt *Lawrence* parce M. Clarke a choisi des versements mensuels au lieu d'une somme forfaitaire. Les contributions monétaires au fonds ont été faites pendant le mariage et ont eu pour effet de diminuer les sommes d'argent qui autrement auraient été disponibles pour le ménage. Encore une fois, le fait que les prestations de retraite soient reçues sous la forme de «revenu» ne change pas, à mon avis, leur nature essentielle.

Toutefois, l'intimé soulève comme obstacle à la classification des pensions dans les biens matrimoniaux le fait qu'elles ne peuvent être convenablement évaluées et ne peuvent être cédées. Ces préoccupations ont été mentionnées dans les jugements des tribunaux d'instance inférieure. Le juge Pace s'est préoccupé du caractère inaliénable des prestations de retraite et le juge Jones de leur évaluation. Je suis d'avis de traiter de chacune de ces préoccupations l'une après l'autre.

L'évaluation

Un certain nombre d'affaires canadiennes ont porté sur la difficulté d'évaluer les prestations de retraite. En fait, elles ont mené à la conclusion qui a été adoptée dans l'arrêt *Isbister*. Il convient de rappeler que le juge Monnin a conclu que, en raison du caractère inaliénable de la prestation de retraite en litige, celle-ci n'avait aucune valeur marchande et par conséquent ne pouvait être évaluée aux fins du partage ou de la reddition de compte des biens. Toutefois, dans plusieurs arrêts

For example, after reviewing *Isbister* and thoroughly examining the case law, Cameron J.A. commented in *Tataryn* at p. 283:

With respect, I do not agree with much of this reasoning. Whether a thing is, or is not, matrimonial property subject to the provisions of the Act does not fall to be determined on the ease or difficulty with which it may be valued or distributed. These are distinct issues. Nor in my respectful opinion may the distribution, required by law, be avoided by treating the pension as a source of future maintenance.

Similar criticism is also found in *McAlister* where Dea J. stated at p. 17:

But is it reasonable to conclude that because the pension may not be alienated that it has no value? It seems to me that almost the opposite conclusion should be drawn. It was because the legislators knew that pension rights had value that they enacted laws or regulations prohibiting alienation. They wanted to ensure that the owner of the pension plan would receive the benefits and so they enacted law to ensure that the pensioner could not alienate his interest, and as well to ensure that his creditors could not attach it.

Without in any way minimizing the difficulties that may arise when courts are faced with the valuation problem, it is my view that such difficulty is not a bar to concluding that pensions are property for the purposes of equal division. Courts are frequently required to put a value on items that have no readily ascertainable value such as pain and suffering or the goodwill of a business. They have shown a willingness to place a value on different kinds of pensions and have displayed considerable initiative in seeking a just result in particular circumstances. The task is not an impossible one and the difficulty of placing a current value on pension rights is not, in my view, a good enough reason for refusing to characterize pensions as matrimonial property.

In any event, valuation does not appear to be an insuperable problem in this case. Once a pension has matured and is being paid out either in a lump

ultérieurs, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Isbister* a été critiqué, surtout pour l'importance accordée au problème de l'évaluation. Par exemple, après avoir examiné l'arrêt *Isbister* et étudié d'une manière approfondie la jurisprudence, le juge Cameron a dit dans l'arrêt *Tataryn* à la p. 283:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne souscris pas à une grande partie de ce raisonnement. La question de savoir si une chose est ou non un bien matrimonial assujéti aux dispositions de la Loi ne doit pas être déterminée selon la facilité ou la difficulté avec laquelle elle peut être évaluée ou partagée. Il s'agit de questions distinctes. À mon humble avis, on ne peut non plus éviter le partage exigé par la loi en traitant la pension comme une source d'aliments futurs.

On trouve une critique semblable dans l'arrêt *McAlister* où le juge Dea disait à la p. 17:

[TRADUCTION] Toutefois, est-il raisonnable de conclure que la pension n'a aucune valeur parce qu'elle ne peut être aliénée? Il me semble qu'il faudrait presque en tirer la conclusion contraire. C'est parce que les législateurs savaient que les droits à la pension avaient une valeur qu'ils ont adopté des lois ou des règlements interdisant leur aliénation. Ils voulaient faire en sorte que le propriétaire d'un régime de retraite reçoive les prestations et c'est pourquoi ils ont adopté des lois pour que le retraité ne puisse aliéner son intérêt et également pour que ses créanciers ne puissent le saisir.

Sans vouloir d'aucune façon minimiser les difficultés qui peuvent survenir lorsque des tribunaux sont aux prises avec un problème d'évaluation, je suis d'avis qu'elles ne doivent pas les empêcher de conclure que les pensions sont des biens aux fins du partage égal. Les tribunaux sont souvent tenus d'attribuer une valeur à des choses qui ne sont pas faciles à évaluer comme la douleur et la souffrance, ou l'achalandage d'un commerce. Ils ont démontré qu'ils étaient prêts à attribuer une valeur à différents genres de pensions et ont montré beaucoup d'initiative pour trouver un résultat équitable dans des circonstances particulières. La tâche n'est pas impossible et la difficulté d'attribuer une valeur actuelle à des droits de pension n'est pas, à mon avis, une raison suffisante pour refuser de qualifier les pensions de biens matrimoniaux.

De toute façon, l'évaluation ne paraît pas être un problème insurmontable en l'espèce. Lorsqu'une pension est arrivée à échéance et qu'elle est

sum or on a monthly basis valuation is relatively simple. The payments that had already been made to the respondent since separation were totalled and added to the respondent's asset list for division purposes. The monthly payments of \$564.21 he was currently receiving and would be receiving in the future were also ordered to be divided between the parties. This approach does away with the need to establish the present value of the pension.

I note, however, that there have been a number of scholarly articles which review and criticise the methods courts have sometimes employed in valuing pensions. Their insights may prove helpful when valuation is difficult. For example see: P. Knight, "Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown" (1985), 14 *Man. L. J.* 419; J. McBean, "The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues", in *Payne's Divorce and Family Law Digest* (1986), p. E-25; E. Roche, "Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189; J. Patterson, "Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension" (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345; M. Pollock, "Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83; J. Marmer, "Valuing Registered Retirement Savings Plans" (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97; P. Winokur and S. Eadie, "Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective" (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197; N. Campbell, "Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marsham v. Marsham* and *Humphreys v. Humphreys*" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79; and A. Bissett-Johnson, "Three Problems of Pensions—An Overview" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.

Restrictions on Alienation

The Court of Appeal in this case placed great reliance on the legislative prohibitions against alienation in finding that the respondent's pension benefits could not be characterized as matrimonial assets. This prohibition is found in s. 8(6) of the *Canadian Forces Superannuation Act*, as amended by the *Garnishment, Attachment and Pension*

payée au moyen d'une somme forfaitaire ou de versements mensuels, l'évaluation est relativement simple. Les paiements déjà versés à l'intimé depuis la séparation ont été additionnés et ajoutés à la liste des biens de l'intimé aux fins du partage. On a également ordonné que les versements mensuels de 564,21 \$ qu'il recevait et qu'il devrait recevoir à l'avenir soient partagés entre les parties. Cela règle le besoin d'établir la valeur actuelle de la pension.

Toutefois, je remarque qu'un certain nombre d'articles de doctrine ont examiné et critiqué les méthodes que les tribunaux ont quelquefois utilisées pour évaluer les pensions. Leur perspicacité peut être utile lorsque l'évaluation est difficile. Par exemple voir: P. Knight «Splitting and Sharing Pension Assets on Marriage Breakdown» (1985), 14 *Man. L. J.* 419; J. McBean, «The Treatment of Pensions Under the Alberta Matrimonial Property Act: Some Unresolved Issues», in *Payne's Divorce and Family Law Digest* (1986), p. E-25; E. Roche, «Treatment of Pensions upon Marriage Breakdown in Canada: A Comparative Study» (1987), 1 *C.F.L.Q.* 189; J. Patterson, «Determining a Realistically High Value of the Spouse's Interest in the Employee's Pension» (1987), 1 *C.F.L.Q.* 345; M. Pollock, «Division of Pension Rights on Marriage Breakdown in Alberta: A Review of some Proposed Amendments to the Alberta Matrimonial Property Act» (1987), 2 *C.F.L.Q.* 83; J. Marmer, «Valuing Registered Retirement Savings Plans» (1987), 2 *C.F.L.Q.* 97; P. Winokur et S. Eadie, «Current Pension Valuation Issues from an Ontario Perspective» (1988), 3 *C.F.L.Q.* 197; N. Campbell, «Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on *Marsham v. Marsham* and *Humphreys v. Humphreys*» (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 79; et A. Bissett-Johnson, «Three Problems of Pensions—An Overview» (1990), 6 *C.F.L.Q.* 137.

Les limites à l'aliénation

La Cour d'appel en l'espèce s'est fortement fondée sur les interdictions législatives contre l'aliénation pour conclure que les prestations de retraite de l'intimé ne pouvaient être qualifiées de biens matrimoniaux. Cette interdiction se trouve au par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, modifié par la *Loi sur la*

Diversion Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 100, s. 41, and reads:

8. ...

(6) Except as provided by Part II of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*, amounts payable under this Part are not capable of being assigned, charged, attached, anticipated or given as security and any transaction purporting to assign, charge, attach, anticipate or give as security any such amount is void.

The only relevant exception provided for by Part II of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* is s. 22 and it deals with support orders:

22. (1) In this Part,

“financial support order” means, subject to subsection (2), an order or judgment for maintenance, alimony or support (including an order or judgment for arrears of payments) made pursuant to the *Divorce Act* or pursuant to the law of a province relating to family financial support;

In oral argument before this Court the respondent submitted that this restriction on alienation prevents the courts from diverting or attaching periodic pension payments in any manner. By implication, therefore, the pension cannot be matrimonial property. The respondent further submitted that the legislature made it quite clear that the strict prohibition applied to property division since it amended the Act to make a specific exception for maintenance. As I understand the respondent's submissions, he argues that not only are non-assignable pensions not property, but it is constitutionally beyond the power of the province to deal with pensions that arise out of employment in the federal sphere.

The appellant for her part submits that the restrictions on alienation were never intended to apply in the matrimonial context and are not a bar to characterizing pensions as matrimonial property. In any event, the appellant submits that the type of order made by the trial judge in this case or the type of order where a trust is imposed on the recipient spouse by the court for the benefit of the

saisie-arrêt et la distraction de pensions, S.C. 1980-81-82-83, ch. 100, art. 41 dont voici le texte:

8. ...

(6) Sous réserve des dispositions de la Partie II de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*, les montants payables en vertu de la présente Partie ne sont pas susceptibles d'être cédés, grevés, saisis, anticipés ou donnés en garantie; est nulle toute opération censée céder, grever, saisir, anticiper ou donner en garantie un tel montant.

La seule exception pertinente que prévoit la Partie II de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* est l'art. 22, et elle traite des ordonnances de soutien:

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

«ordonnance de soutien financier» Sous réserve du paragraphe (2), ordonnance ou jugement pour pension alimentaire ou soutien financier, y compris les arrérages, rendus en application de la *Loi sur le divorce* ou du droit provincial de la famille en matière de soutien financier de la famille.

Pendant les débats devant notre Cour, l'intimé a soutenu que cette limite à l'aliénation empêche les tribunaux de distraire ou de saisir de quelque manière que ce soit les versements périodiques de pension. Par conséquent, il faut en déduire que la pension ne peut être un bien matrimonial. L'intimé a en outre soutenu que le législateur avait établi assez clairement que l'interdiction stricte s'appliquait au partage des biens puisqu'il avait modifié la *Loi* pour établir une exception précise pour les ordonnances de soutien. Selon mon interprétation des arguments de l'intimé, il soutient que non seulement les pensions non cessibles ne sont pas des biens, mais que du point de vue constitutionnel une province n'a pas le pouvoir de traiter de pensions qui découlent d'un emploi fédéral.

L'appelante, pour sa part, soutient que les limites à l'aliénation n'ont jamais été destinées à s'appliquer dans le contexte matrimonial et ne constituent pas un obstacle à ce qu'on qualifie les pensions de biens matrimoniaux. De toute façon, l'appelante soutient que le genre d'ordonnance rendu par le juge de première instance en l'espèce ou le genre d'ordonnance où une fiducie est impo-

non-recipient spouse avoids any conflict between the two Acts because the pension administration is not interfered with in those circumstances and the actual pension payments are not being attached.

Again I find myself in agreement with the appellant. In my view, s. 8(6) does not place any concrete legal barriers in the way of a finding that pensions are property and therefore matrimonial assets. The first branch of the respondent's argument, that non-assignable pensions are not property, has already been touched upon. In my opinion, while there may not be a market for such pensions, they have a value to the named recipient (evidenced by the abundance of litigation on the issue) even if they cannot be transferred to others. They do not cease to be assets on that account. Indeed, at common law all choses in action were unassignable but they were nonetheless recognized as property. I agree with the comments of Dea J. in *McAlister* that, if anything, a legislative prohibition against alienation is a recognition of the value of such rights and of their essential nature as "property".

I turn now to the second branch of the respondent's argument, namely that the province may not constitutionally deal with the pension as a matrimonial asset. The reason for this, it is said, is that if the pension is treated as a matrimonial asset and subject to division, a conflict will arise between the *Matrimonial Property Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act*. In order to avoid this conflict, the respondent submits, the provincial legislation should be read as not including pensions within its definition of matrimonial assets. I do not agree.

The proper approach to determining questions of paramountcy is stated by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985) at p. 354:

The doctrine of paramountcy applies where there is a federal law and a provincial law which are (1) each valid, and (2) inconsistent . . . [I]t should not be overlooked that the issue [of paramountcy] does not arise

sée au conjoint prestataire par le tribunal à l'avantage du conjoint non prestataire évite tout conflit entre les deux lois parce que l'administration de la pension n'est pas gênée dans ces circonstances et les versements réels de la pension ne sont pas saisis.

Encore une fois, je suis d'accord avec l'appelante. À mon avis, le par. 8(6) n'empêche pas concrètement sur le plan juridique de conclure que les pensions sont des biens et par conséquent des biens matrimoniaux. Le premier volet de l'argument de l'intimé, selon lequel les pensions non cessibles ne sont pas des biens, a déjà été examiné. À mon avis, bien qu'il n'y ait pas de marché pour de telles pensions, elles ont une valeur pour le prestataire désigné (l'abondance de litiges sur cette question en fait foi) même si elles ne peuvent être transférées à d'autres personnes. Elles ne cessent pas d'être des biens en raison de ce fait. En fait, en common law, tous les biens incorporels étaient incessibles mais ont néanmoins été reconnus comme des biens. Je fais miennes les observations du juge Dea dans l'arrêt *McAlister* selon lesquelles l'interdiction législative de l'aliénation constitue à tout le moins une reconnaissance que ces droits ont une valeur et, par leur nature, sont essentiellement des «biens».

J'examine maintenant le second volet de l'argument de l'intimé, c'est-à-dire que la province ne peut constitutionnellement traiter la pension comme un bien matrimonial. Il justifie cet argument en disant que si la pension est traitée comme un bien matrimonial et assujettie à un partage, la *Matrimonial Property Act* et la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* seront en conflit. L'intimé soutient que, pour éviter ce conflit, la loi provinciale devrait être interprétée comme n'incluant pas les pensions dans sa définition de biens matrimoniaux. Je ne suis pas d'accord.

Le professeur Hogg a énoncé la bonne méthode pour trancher les questions de prépondérance dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985) à la p. 354:

[TRADUCTION] La doctrine de la prépondérance s'applique lorsqu'il y a une loi fédérale et une loi provinciale qui sont toutes les deux valides et toutes deux incompatibles. [. . .] Il ne faut pas oublier que la question [de la

unless each law has first been held to be valid as an independent enactment.

Once independent validity and inconsistency are established, the doctrine of paramountcy is invoked. The effect of that doctrine is stated by Professor Hogg at p. 367 to be as follows:

Once it has been determined that a federal law is inconsistent with a provincial law, the doctrine of federal paramountcy stipulates that the provincial law must yield to the federal law. The most usual and most accurate way of describing the effect on the provincial law is to say that it is rendered inoperative to the extent of the inconsistency. Notice that the paramountcy doctrine applies only to the extent of the inconsistency. The doctrine will not affect the operation of those parts of the provincial law which are not inconsistent with the federal law, unless of course the inconsistent parts are inseparably linked up with the consistent parts.

There is no doubt in my mind that Professor Hogg has accurately described the process of determining paramountcy questions. Indeed, this Court has recently had occasion to apply the doctrine of paramountcy in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121. There, La Forest J., writing for the Court, indicated that an otherwise valid provincial law will be held inoperative only to the extent that it conflicts with a valid federal law. I note at this point that there is a flaw in the respondent's argument. A finding of paramountcy does not preclude this Court from determining that pensions are property and therefore matrimonial assets. At most, the invocation of the doctrine of paramountcy will result in the provincial law being rendered inoperative to the extent of its inconsistency with federal law. The question remains, therefore, whether such a conflict exists between the legislation at issue.

There is no doubt that the legislature of Nova Scotia has jurisdiction over matters of family property: *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285. Sections 4 and 13(1) of the *Matrimonial Property Act* are *intra vires* the province. Nor was it argued that Parliament was without jurisdiction to enact s. 8(6) of the *Canadian Forces Superan-*

prépondérance] ne se pose pas tant que chaque loi n'a pas été jugée valide à titre de texte législatif indépendant.

Lorsque la validité et l'incompatibilité ont été établies de façon indépendante, la doctrine de la prépondérance est invoquée. Le professeur Hogg définit l'effet de cette doctrine de la manière suivante à la p. 367:

[TRANSLATION] Lorsque l'incompatibilité a été établie entre une loi fédérale et une loi provinciale, la doctrine de la prépondérance fédérale prévoit que la loi provinciale doit céder devant la loi fédérale. La manière la plus habituelle et la plus précise pour décrire l'effet sur la loi provinciale est de dire qu'elle devient inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine de la prépondérance s'applique uniquement dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine n'aura pas d'effet sur les parties de la loi provinciale qui ne sont pas incompatibles avec la loi fédérale, à moins, évidemment, que les parties incompatibles soient liées de façon inséparable aux parties compatibles.

Je ne doute pas que le professeur Hogg a décrit avec précision la manière de trancher les questions de prépondérance. En fait, notre Cour a récemment eu l'occasion d'appliquer la théorie de la prépondérance dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. Dans cet arrêt, le juge La Forest, au nom de la Cour, a indiqué qu'une loi provinciale par ailleurs valide sera jugée inopérante seulement dans la mesure où elle est en conflit avec une loi fédérale valide. Je souligne à ce stade-ci que l'argumentation de l'intimé comporte une faille. Une conclusion de prépondérance n'empêche pas notre Cour de décider que les pensions sont des biens et par conséquent des biens matrimoniaux. Tout au plus, le fait d'invoquer la théorie de la prépondérance rendra inopérante la loi provinciale dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale. Par conséquent, demeure la question de savoir s'il existe un tel conflit avec la loi visée.

Il n'y a aucun doute que l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse est compétente en matière de patrimoine familial: *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285. L'article 4 et l'al. 13(1) de la *Matrimonial Property Act* sont *intra vires* de la province. On n'a pas soutenu non plus que le Parlement n'avait pas compétence pour adopter le

nuation Act and I am of the view that Parliament did indeed have such jurisdiction.

Having found that both Parliament and the Nova Scotia legislature were acting within the confines of their respective jurisdictions in enacting the provisions under review, the question becomes whether by virtue of the operation of the doctrine of paramountcy the federal provision should prevail. The test to be used in determining whether a conflict exists between the provisions was identified by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

In that case, this Court found that no inconsistency or conflict existed where both the federal and provincial legislatures had enacted substantially similar measures dealing with the problem of insider trading.

Is there conflict between a provision prohibiting the attachment of pension payments and a provision including such payments as property subject to division between the spouses? If such payments are matrimonial assets is the judge being told to do inconsistent things—to protect the payments against attachment for the benefit of the pension recipient and to deprive him of part of the payments for the benefit of his or her spouse? Would compliance with the *Matrimonial Property Act* involve defiance of the *Canadian Forces Superannuation Act*? If the answer to these questions is yes, then there is conflict under the test in *Multiple Access Ltd.* and the provincial legislation would be inoperative to the extent of the inconsistency.

The appellant submits that the answer to these questions is no. She submits first and foremost that the restrictions on alienation were never intended to apply in the matrimonial context because, in the case of a married recipient, the pension was intended to provide security for the recipient's

par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* et je suis d'avis que le Parlement avait en fait cette compétence.

a Comme le Parlement et l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse ont agi dans le cadre de leurs compétences respectives en adoptant les dispositions visées, il faut se demander maintenant si, en vertu de l'application de la théorie de la prépondérance, la disposition fédérale devrait prévaloir. Le critère à utiliser pour déterminer s'il existe un conflit entre les dispositions a été défini par le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191:

c En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas d'incompatibilité ni de conflit quand les législateurs fédéral et provincial avaient adopté des mesures très semblables pour traiter du problème des délits d'initiés.

Y a-t-il un conflit entre une disposition qui interdit la saisie de paiements de pension et une disposition qui inclut ces paiements dans les biens assujettis au partage entre les conjoints? Si ces paiements sont des biens matrimoniaux, est-ce qu'on dit au juge d'accomplir des actes incompatibles—de protéger les paiements contre la saisie, à l'avantage du prestataire de la pension, et de priver celui-ci d'une partie des paiements, à l'avantage de son conjoint? Le respect de la *Matrimonial Property Act* entraînerait-il l'inobservation de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*? Si l'on répond par l'affirmative à ces questions, alors il y a conflit aux termes du critère formulé dans l'arrêt *Multiple Access Ltd.* et la loi provinciale sera inopérante dans la mesure de l'incompatibilité.

L'appelante soutient qu'il convient de répondre à ces questions par la négative. Elle soutient tout d'abord que les limites à l'aliénation n'ont jamais été destinées à s'appliquer dans le contexte matrimonial parce que, dans le cas d'un prestataire marié, la pension doit assurer une sécurité au

spouse as well as for the recipient following the recipient's retirement. Indeed, she submits, in many cases the recipient's spouse will have earned an interest in the pension during the period of the marriage by her contribution to it. It cannot have been the intention of Parliament to foreclose the spouse from earning such an interest or from receiving the benefit of it when the marriage comes to an end.

I believe that support for this submission of the appellant is to be found in s. 22(1) of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*. That section provides the only legislative exception to the prohibition against attachment, etc. It provides that where a court has ordered support or maintenance in favour of a non-recipient spouse, pension benefits may be diverted so that such an order may be adequately enforced. It seems to me that by specifically providing a mechanism by which such orders could be enforced against a pension, Parliament has unequivocally demonstrated an intention to ensure that the financial needs of a recipient's family were not adversely affected by the prohibition in s. 8(6).

Moreover, while it was necessary for Parliament to enact such provision for the protection of non-recipient spouses in respect of orders for support or maintenance, it was not necessary for it to add anything with respect to orders for the division of matrimonial property. I say this for three reasons which relate directly to the absence of operational conflict between the federal and provincial Acts.

The first is that the language of s. 8(6) does not capture what is done when a division of assets is ordered by a court. The section specifically lists the prohibited acts. It does not include asset division by a court pursuant to matrimonial property legislation.

Second, it is clear that when a court does order a division of assets, equal or otherwise, it is not necessarily dealing with the assets *in specie*. The process of ordering a division of assets is in the

conjoint du prestataire comme au prestataire lui-même, après sa retraite. En fait, elle soutient, que souvent le conjoint du prestataire aura mérité un intérêt dans la pension pendant la période du mariage en raison de sa contribution à celle-ci. Le législateur ne peut avoir eu l'intention d'empêcher le conjoint d'obtenir un tel intérêt ou de recevoir la prestation qui en découle à la dissolution du mariage.

Je suis d'avis que cet argument de l'appelante est appuyé par le par. 22(1) de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*. Cet article prévoit la seule exception législative à l'interdiction contre la saisie, etc. Il prévoit que lorsqu'un tribunal a ordonné le paiement d'une pension alimentaire ou d'un soutien financier en faveur du conjoint qui n'est pas prestataire, les prestations de retraite peuvent être détournées de manière qu'une telle ordonnance puisse être exécutée de façon adéquate. Il me semble qu'en prévoyant précisément un mécanisme en vertu duquel ces ordonnances pourraient être exécutées contre une pension, le législateur a, de façon évidente, démontré l'intention de faire en sorte que l'interdiction du par. 8(6) n'ait pas d'effet néfaste sur les besoins financiers de la famille du prestataire.

En outre, s'il était nécessaire que le législateur adopte une telle disposition pour la protection des conjoints non-prestataires en matière d'ordonnances de pension alimentaire ou de soutien financier, il n'était pas nécessaire qu'il ajoute une autre disposition à l'égard des ordonnances relatives au partage du patrimoine familial. J'ajoute cette précision pour trois motifs qui se rapportent directement à l'absence de conflit d'application entre les lois fédérales et provinciales.

Premièrement, le texte du par. 8(6) ne vise pas ce qui se produit dans le cas du partage de biens ordonné par un tribunal. L'article énumère précisément les actes qui sont interdits. Il ne comprend pas le partage d'un bien par un tribunal en application d'une loi sur le patrimoine familial.

Deuxièmement, il est clair que lorsqu'un tribunal ordonne le partage des biens, à parts égales ou autrement, il ne traite pas nécessairement des biens eux-mêmes. Le processus de l'ordonnance de

nature of an accounting. The court does not order that the pension be divided, but rather that each partner to the marriage should share in the value of the assets accumulated during the union. As Cory J. remarked in *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at p. 92:

The distinction between a share in ownership and a share in property value through an equalizing transfer of money is more than an exercise in judicial formalism. This distinction . . . reflects conceptual and practical differences between ownership and equalization. Ownership encompasses far more than a mere share in the value of property. It includes additional legal rights, elements of control and increased legal responsibilities. In addition, it may well provide psychological benefits derived from pride of ownership. Where the property at issue is one to which only one spouse has contributed, it is appropriate that the other spouse receive only an equalizing transfer of money.

When faced with possible restrictions on the transfer of a pension to a third party, several courts have attempted to avoid any conflict by imposing a trust in favour of the non-recipient spouse upon the benefits of the pension in the hands of the named recipient. The imposition of a trust as opposed to a court order for payment is more advantageous to the non-recipient spouse for enforcement purposes and ensures that the named recipient does not prejudice his or her partner's interest. This method of distribution was employed in *George*, *supra*, under a legislative scheme which did not specify that pensions were matrimonial assets and also in *Rutherford* where the relevant Act specified that pensions were family assets. Appellate courts accepted the propriety of the trust approach in both *Herchuk* and *Hierlihy*, *supra*.

In *Rutherford*, even although the relevant legislation specified that pensions were family assets, Mr. Rutherford argued that the non-vested pension could not be dealt with as a family asset and that Mrs. Rutherford was not entitled to any interest in it. Bouck J. at trial found the pension to be a family asset and gave Mrs. Rutherford an

partage des biens relève de la nature d'une reddition de comptes. Le tribunal n'ordonne pas que la pension soit partagée, mais plutôt que chaque partenaire dans le mariage partage la valeur des biens accumulés au cours de leur union. Comme le juge Cory l'a fait remarquer dans l'arrêt *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, à la p. 92:

La distinction entre une part dans la propriété et une part dans la valeur du bien au moyen d'un transfert d'argent par égalisation est plus qu'un exercice de formalisme judiciaire. La distinction [. . .] dénote des différences conceptuelles et pratiques entre le droit de propriété et l'égalisation. Le droit de propriété comprend beaucoup plus qu'une simple part dans la valeur du bien. Il comprend d'autres droits, des éléments de contrôle et des obligations juridiques plus importantes. En outre, il peut procurer des avantages psychologiques qui découlent de la fierté d'être propriétaire. Lorsque le bien en cause est un bien auquel un seul conjoint a contribué, il est juste que l'autre conjoint reçoive uniquement la somme provenant de l'égalisation.

Devant la possibilité de limites relatives au transfert d'une pension à un tiers, plusieurs tribunaux ont tenté d'éviter tout conflit en imposant une fiducie en faveur du conjoint qui n'est pas prestataire sur les prestations de retraite entre les mains du prestataire désigné. L'imposition d'une fiducie par opposition à une ordonnance de paiement du tribunal est plus avantageuse pour le conjoint qui n'est pas prestataire à des fins d'exécution et garantit que le prestataire désigné ne cause pas un préjudice à l'intérêt de son partenaire. Cette méthode de partage a été utilisée dans l'arrêt *George*, précité, aux termes d'un régime législatif qui ne précisait pas que les pensions étaient des biens matrimoniaux ainsi que dans l'arrêt *Rutherford* dans lequel la loi pertinente précisait que les pensions étaient des biens familiaux. Les cours d'appel ont admis l'opportunité de la méthode fiduciaire dans les arrêts *Herchuk* et *Hierlihy*, précités.

Dans l'affaire *Rutherford*, même si la loi pertinente précisait que les pensions étaient des biens familiaux, M. Rutherford soutenait que la pension non échue ne pouvait être traitée comme un bien familial et que M^{me} Rutherford n'avait aucun intérêt dans celle-ci. Le juge Bouck a conclu à l'audience que la pension était un bien familial et a

undivided one-half interest as tenant in common to be calculated as of the date of separation. Mr. Rutherford appealed and Mrs. Rutherford cross-appealed, submitting that Bouck J. should have ordered the superannuation commissioner to divide the pension benefits and deal with her separately. The Court of Appeal dismissed Mr. Rutherford's appeal and, while it refused to make an order directly against the pension commissioner, it did declare Mr. Rutherford to be a trustee of Mrs. Rutherford's proportionate share. In dismissing Mr. Rutherford's claim that the pension was not a family asset due to the *Public Service Superannuation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 57, Seaton J.A. stated at p. 342:

The appellant bases arguments on the pension legislation to support the position that this pension plan is not capable of being a family asset. It is said the Public Service Superannuation Act should prevail, that the Family Relations Act must not be permitted to amend the pension legislation, that the general statute (the family relations legislation) must yield to the special (the pension legislation), that the earlier legislation should not be defeated by later legislation enacted for an unrelated purpose, and that the pension legislation should not be deemed to be amended by inference. In my view, none of those propositions is valid. Neither Act need yield in its own sphere. As between Mr. Rutherford, the superannuation commissioner and the government, the pension legislation prevails; as between Mr. and Mrs. Rutherford, the family relation legislation prevails.

The Manitoba Court of Appeal in *George* likewise declared that Mrs. George was entitled to an interest in any benefits payable to her husband in the future and stated that there should be a declaration of trust similar to that made in *Rutherford*. There is judicial authority in British Columbia also for the imposition of a trust on pension benefits presently being paid pursuant to the *Canadian Forces Superannuation Act*; see *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374 (B.C.S.C.).

accordé à M^{me} Rutherford un intérêt indivis de moitié à titre de copropriétaire, calculé à la date de la séparation. Monsieur Rutherford a interjeté appel et M^{me} Rutherford a formé un appel incident, soutenant que le juge Bouck aurait dû ordonner au commissaire des pensions de retraite de partager les prestations de retraite et de traiter avec elle séparément. La Cour d'appel a rejeté l'appel de M. Rutherford et, bien qu'elle ait refusé de rendre une ordonnance directement contre le commissaire des pensions de retraite, elle a déclaré que M. Rutherford était le fiduciaire de la part proportionnelle de M^{me} Rutherford. En rejetant l'argument de M. Rutherford selon lequel la pension n'était pas un bien familial en raison de la *Public Service Superannuation Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 57, le juge Seaton a dit à la p. 342:

[TRADUCTION] L'appellant fonde ses arguments sur la loi relative aux pensions de retraite pour appuyer la position selon laquelle son régime de retraite ne peut constituer un bien familial. On soutient que la *Public Service Superannuation Act* devrait prévaloir, que la *Family Relations Act* ne devrait pas modifier la loi en matière de pension de retraite, que la loi générale (la loi sur les rapports familiaux) doit céder devant la loi spéciale (la loi sur les pensions de retraite), que la loi précédente ne devrait pas être mise en échec par une loi subséquente adoptée dans un but différent et que la loi sur les pensions de retraite ne devrait pas être présumée avoir été modifiée par déduction. À mon avis, aucun de ces arguments n'est valide. Aucune loi ne doit céder dans son propre domaine d'application. Entre M. Rutherford, le commissaire des pensions de retraite et le gouvernement, la loi sur les pensions de retraite doit avoir préséance; entre M. et M^{me} Rutherford, la loi en matière de droit familial doit s'appliquer.

De même la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *George* a déclaré que M^{me} George avait un intérêt dans toute prestation payable à son mari à l'avenir et a dit qu'il devait y avoir un jugement déclarant l'existence d'une fiducie, semblable à l'arrêt *Rutherford*. La jurisprudence de la Colombie-Britannique appuie également l'imposition d'une fiducie aux prestations de retraite qui sont actuellement versées en application de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*: voir *Rafferty v. Rafferty* (1984), 39 R.F.L. (2d) 374 (C.S.C.-B.).

In my view the courts have been overly cautious on this issue. The imposition of a trust is not in my opinion necessary to avoid conflict with the federal legislation for the reasons I have already given. As a remedy, however, it may prove to be the most effective way of ensuring that a non-recipient spouse's interest in the value of the pension is protected.

Third, to the extent that a court may in fact deal with the pension *in specie*, it may only do so when the non-recipient spouse has acquired a beneficial interest in it. Prior to the enactment of the various statutory regimes family assets were dealt with at common law on the basis of the doctrine of the presumption of advancement and the equitable doctrines of resulting and constructive trusts. These doctrines proved inadequate in redressing many of the inequities that arose in the context of family property. The provincial legislatures responded by enacting various statutory schemes to remedy the problem. A typical feature of these schemes is the deeming of most property items to be matrimonial assets. With the exception of some statutorily excluded items the value of real and personal property has been decreed to be subject to equal sharing by both spouses.

For all of the above reasons I find that no conflict exists between the federal and provincial legislation within the meaning of *Multiple Access Ltd.* Neither the order made in this case nor the imposition of a trust results, in my view, in conflict for the reasons given by Seaton J.A. No attempt is being made to alienate the pension *qua* pension. The recipient spouse is simply required to pay a certain amount to the non-recipient spouse each month after maturation of the pension.

One final issue must be addressed, namely the propriety of the trial judge's order on the facts of this case.

Method of Division

Courts, generally speaking, employ two methods of dividing pensions. The first is to award lump sum compensation to the non-recipient spouse

À mon avis, les tribunaux ont été trop prudents à l'égard de cette question. L'imposition d'une fiducie n'est pas nécessaire à mon avis pour éviter un conflit avec la loi fédérale, pour les motifs que j'ai mentionnés précédemment. Toutefois, à titre de réparation, c'est peut-être la manière la plus efficace de protéger l'intérêt d'un conjoint non prestataire dans la valeur de la pension.

Troisièmement, dans la mesure où un tribunal peut en fait traiter de la pension en soi, il ne peut le faire que lorsque le conjoint qui n'est pas prestataire a acquis un intérêt à titre de bénéficiaire dans la pension. Avant l'adoption des divers régimes législatifs, les biens familiaux étaient traités en common law sur le fondement de la doctrine de la présomption de libéralité et des doctrines d'*equity* des fiducies par déduction et par interprétation. Ces doctrines se sont montrées inadéquates pour remédier au grand nombre d'inégalités qui survenaient dans le contexte du patrimoine familial. Les assemblées législatives provinciales ont répondu par l'adoption de divers régimes législatifs pour remédier au problème. Une caractéristique typique de ces régimes est la présomption que la plupart des biens sont des biens matrimoniaux. À l'exception de certains biens exclus aux termes de la loi, la valeur des biens réels et personnels a été décrétée assujettie au partage égal entre les deux conjoints.

Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'y a aucun conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale au sens de l'arrêt *Multiple Access Ltd.* Ni l'ordonnance rendue en l'espèce, ni l'imposition d'une fiducie n'entraîne de conflit, à mon avis, pour les motifs donnés par le juge Seaton. On ne tente pas d'aliéner la pension en tant que pension. Le conjoint prestataire est simplement tenu de verser chaque mois un certain montant au conjoint qui n'est pas prestataire à l'échéance de la pension.

Il convient d'examiner une dernière question, c'est-à-dire la justesse de l'ordonnance du juge de première instance d'après les faits de l'espèce.

La méthode de partage

De façon générale, les tribunaux utilisent deux méthodes pour partager les pensions. La première consiste à accorder une indemnisation forfaitaire

either by way of a money payment or a transfer of assets. The second is to preserve the jurisdiction of the court until the pension matures either by ordering periodic payments to be made to the non-recipient spouse or impressing the pension with a trust. When selecting the appropriate method of distribution it is important to bear in mind that the primary goal of the legislation is to effect the adjustment of property in an equitable manner. Of equal importance in some cases is the desire to sever the financial ties between the parties. These two goals may occasionally come into conflict. A fair distribution in some cases may require the parties to wait until the pension matures before it is subject to division. This will necessitate a continuing financial association between the parties. Capitalizing the pension for an immediate accounting may succeed in severing the financial ties between the parties but result in hardship to one of them if, for example, there are no other substantial assets to be divided. The preferable result in any given case will obviously depend upon a number of factors and it is my view that appellate courts should not lightly interfere with the discretion of the trial judge in this regard.

In this case the trial judge included in the respondent's list of matrimonial assets the pension benefits he had already received and took their value into account when equalizing the matrimonial property. He also ordered that one-half of the value of future pension payments be paid to Mrs. Clarke on a continuing basis. No evidence was adduced at trial as to the capitalized value of the pension but this would only have been necessary had the trial judge concluded that the facts warranted an immediate valuation and accounting. I see no reason to interfere with the findings of the trial judge. His order reflects the spirit and intent of the legislation and, even although it does not result in a "clean break" between the parties, it enables both of them to enjoy the benefits of the pension as and when they fall due.

au conjoint qui n'est pas prestataire soit par le paiement d'une somme d'argent soit par le transfert de biens. La seconde consiste à conserver la compétence du tribunal jusqu'à l'échéance de la pension soit en ordonnant des versements périodiques au conjoint qui n'est pas prestataire soit en imposant une fiducie à la pension. Pour choisir la méthode de partage appropriée, il convient de se rappeler que le but principal de la loi est de répartir les biens d'une manière équitable. Dans certains cas il est également important de rompre les liens financiers entre les parties. À l'occasion, ces deux buts peuvent être en conflit. Dans certains cas afin d'obtenir un partage équitable, il faut que les parties attendent l'échéance de la pension pour qu'elle soit assujettie au partage. Dans ce cas, les liens financiers continuent entre les parties. La capitalisation de la pension dans le but d'obtenir une reddition de comptes immédiate peut réussir à rompre les liens financiers entre les parties mais peut causer un préjudice à l'une d'elles si, par exemple, il n'y a aucun autre bien important à partager. Dans tous les cas, le résultat préférable dépendra évidemment d'un certain nombre de facteurs et je suis d'avis que les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance à cet égard.

En l'espèce, le juge de première instance a inscrit dans la liste des biens matrimoniaux de l'intimé les prestations de retraite qu'il avait déjà reçues et a tenu compte de leur valeur lorsqu'il a réparti également le patrimoine familial. Il a également ordonné que la moitié de la valeur des paiements de pension à venir soit versée à M^{me} Clarke d'une manière continue. Aucun élément de preuve n'a été présenté à l'audience relativement à la valeur capitalisée de la pension mais cela n'aurait été nécessaire que si le juge de première instance avait conclu que les faits exigeaient une évaluation immédiate et une reddition de comptes. Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance. Son ordonnance reflète l'esprit et l'intention du législateur et même si elle n'entraîne pas une «nette rupture» entre les parties, elle leur permet de profiter des prestations de la pension lorsqu'elles sont versées.

In view of my conclusion on the first issue it is not necessary for me to address the appellant's alternative argument, namely that compensation should be granted by way of an unequal division of matrimonial assets. I do, however, find it surprising that the Court of Appeal did not address that issue once it concluded that the pension was not a matrimonial asset. I have already addressed the appellant's third issue.

5. Disposition

I would allow the appeal and restore the decision of the trial judge. I would award the costs of the application for leave to appeal, the costs of the appeal to this Court and the costs in the Court of Appeal to the appellant.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Bruce Errol McKay, Thunder Bay.

Solicitors for the respondent: Waterbury, Newton & Johnson, Kentville, Nova Scotia.

Compte tenu de mes conclusions à l'égard de la première question, il n'est pas nécessaire que j'examine l'autre argument de l'appelante, concernant l'indemnisation par le partage inégal des biens matrimoniaux. Toutefois, je trouve surprenant que la Cour d'appel n'ait pas examiné cette question lorsqu'elle a conclu que la pension ne constituait pas un bien matrimonial. J'ai déjà examiné la troisième question de l'appelante.

5. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge de première instance. Je suis d'avis d'adjuger à l'appelante les dépens de la demande d'autorisation de pourvoi et du pourvoi devant notre Cour ainsi que les dépens devant la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Bruce Errol McKay, Thunder Bay.

Procureurs de l'intimé: Waterbury, Newton & Johnson, Kentville, Nouvelle-Écosse.