

L.M.P. *Appellant*

v.

L.S. *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund and Disabled Women's Network Canada *Interveners***INDEXED AS: L.M.P. v. L.S.****2011 SCC 64**

File No.: 33749.

2011: April 20; 2011: December 21.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Support — Spousal support — Variation — Material change in circumstances — Court order incorporating terms of separation agreement — Husband applying to reduce and terminate spousal support order on basis of change in his financial circumstances and wife's failure to become self-sufficient since the date of order — What is proper approach to application for variation of spousal support order under s. 17(4.1) of the Divorce Act where support terms of agreement have been incorporated into an order? — Whether approach differs from initial applications for spousal support under s. 15.2 — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Suppl.), ss. 15.2 and 17.

Shortly after the parties married in 1988, the wife was diagnosed with multiple sclerosis and has not worked since then. During the marriage, the husband pursued his career while the wife looked after the household and children. After the parties separated in 2002, they entered into a comprehensive agreement that was incorporated into a court order in 2003. Under its terms, the wife was to receive spousal support in the

L.M.P. *Appelante*

c.

L.S. *Intimé*

et

Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada *Intervenants***RÉPERTORIÉ : L.M.P. c. L.S.****2011 CSC 64**

N° du greffe : 33749.

2011 : 20 avril; 2011 : 21 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire au profit d'un époux — Modification — Changement important dans la situation — Dispositions d'une entente de séparation intégrées dans une ordonnance judiciaire — Demande de réduction et de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse fondée sur un changement dans la situation financière de l'époux et sur le défaut de l'épouse de devenir autonome depuis la date de l'ordonnance — Quelle approche s'applique, en vertu de l'art. 17(4.1) de la Loi sur le divorce, à l'examen d'une demande de modification d'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux à laquelle les dispositions alimentaires d'une entente ont été intégrées? — Cette approche diffère-t-elle de celle requise par l'art. 15.2 lors d'une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2 et 17.

Peu de temps après le mariage des parties en 1988, l'épouse a appris qu'elle souffrait de sclérose en plaques et ne travaille plus depuis. Tout au long du mariage, l'époux a poursuivi sa carrière, tandis que l'épouse s'occupait de la maison familiale et des enfants. Après leur séparation en 2002, les parties ont signé un accord global qui a été intégré dans une ordonnance en 2003. L'ordonnance prévoit une pension alimentaire indexée

amount of \$3,688 per month, indexed. The order did not specify a termination date for spousal support. In 2007, the husband brought a variation application under s. 17 of the *Divorce Act* seeking a reduction and, ultimately, a cancellation of spousal support on the grounds that there was a change in his financial circumstances and that the wife should seek employment. The trial judge rejected the husband's claim that his financial circumstances had changed, but concluded that the wife was able to work outside the home. As a result, an order was made reducing, then terminating her spousal support as of August, 2010. The trial judge made no finding about whether there had been a material change of circumstances. The Court of Appeal rejected the wife's appeal, concluding that her failure to become self-sufficient over time gave rise to a material change in circumstances.

Held: The appeal should be allowed and the original 2003 order should be restored.

Per Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: The *Divorce Act* authorizes courts to vary spousal support terms either on an initial application for support under s. 15.2, or on an application to vary an existing court order under s. 17. It authorizes courts to make an initial order which may be at odds with the terms of the agreement if those terms do not comply with the objectives of the Act. The two-stage test outlined in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, addresses the direction in s. 15.2(4)(c) that on an initial application for support, a court shall consider “any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse”. Unlike the situation in *Miglin*, however, this appeal concerns an application under s. 17 to vary a spousal support order where there had been a spousal support agreement prior to the s. 15.2 order. Section 17 authorizes a court to vary, rescind or suspend prior orders, defines the factors allowing for variation, and sets out the objectives such a variation should serve. Notably, unlike on an initial application for spousal support under s. 15.2(4)(c), which specifically directs that a court consider “any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse”, s. 17(4.1) makes no reference to agreements and simply requires that a court be satisfied “that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred” since the making of the prior order or the last variation. The different language employed by Parliament in ss. 15.2 and 17 was recognized by the majority in *Miglin* as requiring a different approach to initial and variation applications. While the objectives of the variation order are virtually identical in s. 17 to those in s. 15.2 dealing with an initial support order, the factors to be considered in ss. 17(4.1) and

de 3 688 \$ par mois au profit de l'épouse. L'ordonnance ne fixe pas de date de cessation de la pension. En 2007, l'époux a demandé une modification au titre de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, en vue d'obtenir la réduction et, ultimement, l'annulation de la pension alimentaire au profit de l'épouse, en faisant valoir que sa situation financière avait changé et que l'épouse devait chercher un emploi. La juge du procès n'a pas retenu la prétention de l'époux que sa situation financière avait changé, mais elle a conclu que l'épouse était apte à travailler à l'extérieur du foyer. Par conséquent, elle a ordonné la réduction de la pension, puis sa cessation en août 2010. La juge du procès ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si un changement de situation important était survenu. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'épouse, concluant que l'omission de devenir autonome avec le temps a entraîné un changement de situation important.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance initiale de 2003 est rétablie.

Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : La *Loi sur le divorce* autorise les tribunaux à modifier les dispositions alimentaires au profit d'un époux, soit lors d'une demande initiale de pension alimentaire en vertu de l'art. 15.2, ou lors d'une demande de modification d'une ordonnance judiciaire existante au titre de l'art. 17. Elle autorise les tribunaux à rendre une ordonnance initiale qui pourrait être incompatible avec les modalités de l'entente, si celles-ci dérogent aux objectifs de la Loi. Le test en deux étapes établi dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, s'accorde avec la directive donnée à l'al. 15.2(4)c) selon laquelle, lors d'une demande initiale de pension alimentaire, le tribunal doit prendre en compte « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux ». Toutefois, à la différence de l'affaire *Miglin*, le présent pourvoi concerne une demande présentée en vertu de l'art. 17 en vue de faire modifier une ordonnance alimentaire au profit de l'épouse rendue en vertu de l'art. 15.2 après la conclusion d'une entente alimentaire entre époux. L'article 17 autorise le tribunal à modifier, annuler ou suspendre une ordonnance, énonce les facteurs permettant une modification et précise les objectifs que pareille modification doit viser. Notamment, contrairement à l'al. 15.2(4)c) qui demande expressément au tribunal de tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux » lorsqu'il examine une demande initiale de pension alimentaire, le par. 17(4.1) ne mentionne nullement les ententes et demande simplement au tribunal de s'assurer « qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux » depuis

15.2(4) are significantly different. Under either s. 15.2 or s. 17, the parties' mutually acceptable agreement is not ignored, but its treatment will be different because of the different purposes of each provision.

The proper approach under s. 17 to the variation of existing orders is found in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, and *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, where it was held that a court must be satisfied that there has been a material change in circumstances since the making of the prior order or variation, meaning a change that, "if known at the time, would likely have resulted in different terms". The threshold variation question is the same whether or not a spousal support order incorporates an agreement, namely, has a material change of circumstances occurred since the making of the order? The terms of the prior order are presumed to have been in compliance with the objectives of the Act at the time the order was made. A term stating that a specific type of change will — or will not — give rise to a variation, informs the court's application of the *Willick* test. An agreement containing only general terms, such as a general statement of finality, provides little guidance in practice on whether or not a particular event or circumstance was contemplated by the parties or what consequences they would have ascribed to it. Once a material change in circumstances has been established, the variation order should properly reflect that change and the objectives set out in s. 17(7).

In this case, the trial judge erred in conducting a *de novo* hearing on the issue of the wife's ability to work and in concluding that she should become economically self-sufficient without making a finding about whether there had been a material change in the wife's circumstances since the 2003 order. The Court of Appeal also erred in determining that the wife had the capacity to work, and that this, coupled with the passage of time, amounted to a material change of circumstances. Upon examination of the actual circumstances of the parties

l'ordonnance initiale ou sa dernière modification. Les juges majoritaires dans *Miglin* ont reconnu que les termes différents utilisés par le législateur aux art. 15.2 et 17 commandent une approche différente relativement à une demande initiale et à une demande de modification. Bien que les objectifs d'une ordonnance modificative prévue à l'art. 17 soient presque identiques à ceux d'une ordonnance alimentaire initiale prévue à l'art. 15.2, les facteurs à prendre en compte énumérés aux par. 17(4.1) et 15.2(4) sont nettement différents. Lorsque les parties ont conclu une entente mutuellement acceptable, il n'en est fait abstraction ni pour l'application de l'art. 15.2, ni pour celle de l'art. 17, mais elle ne sera pas considérée de la même façon, compte tenu de leurs objets différents.

La démarche requise par l'art. 17 pour la modification d'une ordonnance existante est celle retenue dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, et dans *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, où la Cour a conclu que le tribunal doit être convaincu qu'il est survenu un changement de situation important depuis le prononcé de l'ordonnance initiale ou modificative antérieure, c'est-à-dire un changement qui, « s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes ». Le critère préliminaire pour la modification d'une ordonnance alimentaire demeure le même, qu'une entente y soit incorporée ou non : est-il survenu un changement de situation important depuis que l'ordonnance a été rendue? Il est présumé que les dispositions de l'ordonnance initiale étaient conformes aux objectifs de la Loi, au moment où elle a été rendue. Une disposition énonçant qu'un type de changement précis justifiera — ou ne justifiera pas — une modification influence l'application par le tribunal du test établi dans *Willick*. Une entente contenant uniquement des stipulations générales, comme une affirmation générale de son caractère définitif, n'est guère utile en pratique pour déterminer si les parties ont envisagé un événement ou une circonstance en particulier ou quelles conséquences elles lui auraient attribuées. Une fois qu'un changement de situation important est établi, l'ordonnance modificative doit refléter correctement ce changement et les objectifs énumérés au par. 17(7).

En l'espèce, la juge du procès a fait erreur en examinant *de novo* l'aptitude de l'épouse au travail et en concluant qu'elle devrait acquérir son autonomie financière sans tirer de conclusion sur la survenance d'un changement important dans la situation de l'épouse depuis l'ordonnance de 2003. La Cour d'appel a également fait erreur en concluant à l'aptitude de l'épouse au travail et que ce fait, conjugué au temps écoulé, était assimilable à un changement de situation important. L'examen de la situation des parties au moment où

at the time the order was made and the terms of the order, it is apparent that there has been no material change of circumstances since the making of the order and that there was therefore no basis on which to vary it under s. 17(4.1). At the time of the order, the wife had multiple sclerosis and was not expected to seek employment outside the home. There has been no material change in circumstances since that time.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J.: When, as here, parties have reached a comprehensive, final separation agreement and its provisions are incorporated into a court order, those provisions must be given considerable weight in a subsequent variation application in relation to spousal support, in accordance with principles established in *Miglin*. The agreement plays a central role on an application to vary and the *Miglin* principles are highly relevant to this exercise. In order to meet the threshold for variation under s. 17 of the *Divorce Act*, a court must satisfy itself that a “material change” in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order. In order to be “material” a change must be one that: (1) relates to something that was not either expressly addressed by the parties in the agreement or that cannot be taken as having been in their contemplation; and (2) results in the support provision, considered in the context of the entire agreement, no longer being in substantial compliance with the objectives of the Act as a whole. *Miglin* directs that *all* of the objectives of the Act and the broader objectives of finality, certainty and autonomy must be considered.

Once the terms of a final agreement are incorporated into a court order, they are assumed to have met the statutory requirements at the time and the correctness of that order is not reviewed during the variation proceeding. While the court has discretion with respect to variation and is not strictly bound by the terms of the parties’ agreement, that agreement is an “important factor” in exercising the discretionary power to vary. *Miglin* affirmed that unimpeachably negotiated agreements should receive considerable weight provided that they represent the intentions and expectations of the parties and substantially comply with the objectives of the *Divorce Act*. This principle applies equally to a variation application as to an initial application for spousal support. Moreover, the statutory objectives of ss. 15.2 and 17(4.1) are virtually identical and any “differences in language” are very minor and provide no foundation

l’ordonnance a été rendue et des dispositions de cette dernière révèle qu’il n’est survenu aucun changement de situation important depuis le prononcé de l’ordonnance et qu’il n’existait donc aucune raison de la modifier en vertu du par. 17(4.1). L’épouse avait la sclérose en plaques au moment de l’ordonnance et on ne s’attendait pas à ce qu’elle cherche un emploi à l’extérieur du foyer. Il n’est survenu aucun changement de situation important depuis.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell : Dans le cas où, comme en l’espèce, un accord de séparation global et définitif a été conclu et les dispositions de cet accord ont été intégrées à une ordonnance judiciaire, il faut accorder une importance considérable à ces dispositions lors d’une demande subséquente de modification de la pension alimentaire au profit d’un époux, conformément aux principes établis dans *Miglin*. L’accord joue un rôle crucial dans le contexte d’une demande de modification et les principes établis dans *Miglin* sont très pertinents pour son examen. Pour qu’il soit satisfait au critère préliminaire applicable à une modification en vertu de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*, le tribunal s’assure qu’il est survenu un « changement important » dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux a été rendue. Un changement n’est « important » que s’il (1) concerne un élément dont les parties n’ont pas traité expressément dans l’accord ou qu’elles ne peuvent être présumées avoir envisagé; et (2) fait en sorte que l’ordonnance alimentaire, considérée dans le contexte de l’accord complet, n’est plus conforme pour l’essentiel aux objectifs de la Loi dans son ensemble. *Miglin* précise qu’il faut prendre en considération *tous* les objectifs de la Loi et les objectifs plus larges du règlement définitif, de la certitude et de l’autonomie.

Une fois les modalités d’un accord définitif intégrées dans une ordonnance judiciaire, il faut présumer qu’elles répondaient aux exigences de la loi à l’époque, et le tribunal ne contrôle pas la justesse de l’ordonnance durant l’instance en modification. Bien que le tribunal dispose d’un pouvoir discrétionnaire relativement à la modification et qu’il ne soit pas strictement lié par les modalités de l’accord entre les parties, cet accord constitue un « facteur important » dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de modification. Selon *Miglin*, il faut donner beaucoup de poids à une entente négociée de façon irréprochable, pourvu qu’elle reflète les volontés et les attentes des parties et soit conforme pour l’essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce*. Ce principe s’applique tout autant à une demande de modification qu’à une demande initiale de pension alimentaire au profit d’un époux. En outre, les objectifs de

for keeping the analyses under these two provisions “distinct” in relation to the weight to be given to the parties’ agreement. While the “change” threshold specified in s. 17 does not apply to initial orders under s. 15.2, this difference in the statutory language provides no basis for the conclusion that the weight to be given the parties’ agreement is different on variation applications than on initial applications, as a careful reading of *Miglin* bears out. Rather, the parties’ agreement is critical evidence of what they actually or ought reasonably to be taken to have contemplated at the time. On an application to vary a support order that incorporates support provisions of the parties’ comprehensive, final separation agreement under s. 17, the court must balance the goal of preserving autonomy and certainty with ensuring the support arrangements are in substantial compliance with the overall objectives of the Act. If a material change is identified, the agreement is also to be considered in determining what variation is justified. Judges making variation orders under s. 17 should limit themselves to making the appropriate variation and should not make a fresh order unrelated to the existing one.

Here, the Court of Appeal erred in finding that there had been a material change since the making of the spousal support order that would justify a variation. The parties reached a comprehensive agreement that they intended would be a final settlement of all of the outstanding issues between them. As it provided for spousal support that was not time-limited or subject to any review mechanism and was indexed, the fact that the wife would not seek employment outside the home cannot be viewed as a circumstance that departed from the reasonable outcomes anticipated by the parties in framing the agreement.

Cases Cited

By Abella and Rothstein JJ.

Applied: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; **considered:** *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303; **distinguished:** *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; **referred to:** *Moge v.*

*l’art. 15.2 et du par. 17(4.1) sont presque identiques et les « différences dans leur libellé » sont très minimes et ne justifient pas que les analyses effectuées pour l’application de ces deux dispositions demeurent « distinctes » en ce qui concerne le poids à donner à l’accord entre les parties. Bien que le critère préliminaire du « changement » prévu à l’art. 17 ne s’applique pas aux ordonnances initiales régies par l’art. 15.2, une lecture attentive de l’arrêt *Miglin* révèle que les termes différents utilisés par le législateur ne permettent pas de conclure que le poids à attribuer à l’accord intervenu entre les parties diffère, selon qu’il s’agit d’une demande de modification ou d’une demande initiale. L’accord entre les parties constitue plutôt une preuve cruciale de ce qu’elles ont effectivement envisagé ou de ce qu’elles doivent raisonnablement être présumées avoir envisagé à l’époque. Pour trancher, en vertu de l’art. 17, une demande de modification d’une ordonnance incorporant les dispositions alimentaires de l’accord de séparation global et définitif entre les parties, le tribunal doit trouver un juste équilibre entre, d’une part, l’objectif de préserver l’autonomie et la certitude et, d’autre part, la nécessité de s’assurer que les arrangements alimentaires sont conformes pour l’essentiel aux objectifs généraux de la Loi. Si l’on constate un changement important, on doit aussi tenir compte de l’accord pour déterminer quelle modification s’impose. Les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l’art. 17 doivent se limiter à apporter la modification qui s’impose et non rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l’ordonnance existante.*

En l’espèce, la Cour d’appel a commis une erreur en concluant qu’il était survenu, depuis le prononcé de l’ordonnance alimentaire au profit de l’épouse, un changement important qui justifiait une modification. Les parties ont conclu un accord global visant à régler de manière définitive toutes les questions qui les opposaient. Comme il prévoyait une pension alimentaire indexée au profit de l’épouse, sans en limiter la durée ni l’assujettir à un processus de révision quelconque, on ne peut considérer que l’omission de l’épouse de chercher un emploi représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu’anticipaient les parties lorsqu’elles ont rédigé l’accord.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Rothstein

Arrêts appliqués : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; **arrêt examiné :** *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; **distinction d’avec les arrêts :** *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892;

Moge, [1992] 3 S.C.R. 813; *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40; *P. (S.) v. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385; *Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518.

By Cromwell J.

Applied: *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303; **considered:** *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; **distinguished:** *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; **referred to:** *Oakley v. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307; *Kehler v. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135; *L. (H.) v. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327; *Ambler v. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229; *Spencer v. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150; *Turpin v. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647; *Templeton v. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392; *Kemp v. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL); *Stones v. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41; *Innes v. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2 [ad. S.C. 1997, c. 1, s. 2], 17.

Authors Cited

D.-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 2005.

Hovius, Berend, and Mary-Jo Maur. *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2009.

McLeod, James G. Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229.

McLeod, James G. Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25.

Mnookin, Robert H. "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering" (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal: Thémis, 2006.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Morissette and Hilton J.J.A.), 2010 QCCA 793 (CanLII), SOQUIJ AZ-50629973, [2010] Q.J. No. 3531 (QL), 2010 CarswellQue 15612,

arrêts mentionnés : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40; *P. (S.) c. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385; *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; **arrêt examiné :** *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; **distinction d'avec les arrêts :** *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; **arrêts mentionnés :** *Oakley c. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307; *Kehler c. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135; *L. (H.) c. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327; *Ambler c. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229; *Spencer c. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150; *Turpin c. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647; *Templeton c. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392; *Kemp c. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL); *Stones c. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41; *Innes c. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69.

Lois et règlements cités

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2 [aj. L.C. 1997, ch. 1, art. 2], 17.

Doctrine citée

D.-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 2005.

Hovius, Berend, and Mary-Jo Maur. *Hovius on Family Law : Cases, Notes and Materials*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2009.

McLeod, James G. Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229.

McLeod, James G. Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25.

Mnookin, Robert H. « Divorce Bargaining : The Limits on Private Ordering » (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal : Thémis, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochon, Morissette et Hilton), 2010 QCCA 793 (CanLII), SOQUIJ AZ-50629973, [2010] J.Q. n° 3531 (QL), 2010 CarswellQue 3636,

affirming in part a decision of Courteau J., 2009 QCCS 3389 (CanLII), SOQUIJ AZ-50567722, [2009] Q.J. No. 7617 (QL), 2009 CarswellQue 7646. Appeal allowed.

Miriam Grassby and Sylvie Leduc, for the appellant.

Donald Devine and Tamar Ajamian, for the respondent.

Anne-France Goldwater and Robert Leckey, for the interveners.

The judgment of Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

ABELLA AND ROTHSTEIN JJ. —

Introduction

[1] This appeal concerns a cross-application by L.S. to vary a court order dated May 13, 2003, requiring him to pay spousal support to his former wife, L.M.P. The question before us is how to approach an application for variation of a spousal support order under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), where the support terms of an agreement have been incorporated into the order. It also requires us to consider if the approach differs from initial applications for spousal support under s. 15.2.

[2] The wife asks this Court to overturn the decision of the trial court and Quebec Court of Appeal, which had varied the amount of support in the original 2003 order and held that the husband's support obligations would cease as of August 31, 2010. The trial and appeal courts accepted the husband's argument that spousal support should be terminated because the wife is capable of working and has an obligation to become self-sufficient.

qui a confirmé en partie une décision de la juge Courteau, 2009 QCCS 3389 (CanLII), SOQUIJ AZ-50567722, [2009] Q.J. No. 7617 (QL), 2009 CarswellQue 7646. Pourvoi accueilli.

Miriam Grassby et Sylvie Leduc, pour l'appelante.

Donald Devine et Tamar Ajamian, pour l'intimé.

Anne-France Goldwater et Robert Leckey, pour les intervenants.

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LES JUGES ABELLA ET ROTHSTEIN —

Introduction

[1] Le pourvoi concerne une demande reconventionnelle présentée par L.S. en vue de faire modifier une ordonnance judiciaire, datée du 13 mai 2003, l'obligeant à verser une pension alimentaire à son ex-épouse, L.M.P. Nous sommes appelés à déterminer comment doit être examinée une demande de modification d'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux en vertu du par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), lorsque les dispositions alimentaires d'une entente ont été intégrées dans l'ordonnance. Nous devons aussi nous demander si cet examen doit différer de celui d'une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux présentée en vertu de l'art. 15.2.

[2] L'épouse demande à notre Cour d'annuler les décisions du tribunal de première instance et de la Cour d'appel du Québec, qui ont modifié le montant de la pension fixé dans l'ordonnance initiale de 2003 et décidé que les obligations alimentaires de l'époux prendraient fin le 31 août 2010. Le tribunal de première instance et la cour d'appel ont retenu l'argument de l'époux que le versement de la pension alimentaire devait cesser parce que l'épouse est en mesure de travailler et a l'obligation de devenir autonome.

[3] For the reasons that follow, we would allow the appeal. We agree with the wife that there has been no material change of circumstance since the order was made and that there was therefore no basis on which to vary it under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*.

Background

[4] Shortly after the parties married in 1988, the wife learned that she had multiple sclerosis. The husband was at all times aware of her condition, both during and after their marriage. The wife has not worked since her diagnosis, and has been receiving permanent disability benefits from her former employer's health insurance plan. Throughout the marriage the husband pursued his career outside the home, while the wife looked after the household and children. The parties separated in April 2002 and were divorced on May 13, 2003.

[5] On April 30, 2003, the parties entered into a "Consent to Judgment on Provisional Measures and Accessory Measures". Each was represented by counsel when they entered into this comprehensive agreement dealing with the issues arising from their separation. The order dated May 13, 2003, incorporated the agreement. Among its terms, the order included a provision for indexed spousal support payable by the husband to the wife in the initial amount of \$3,688 per month.

[6] The preamble to the order states that the parties took into account the criteria set out in s. 15.2(4) of the *Divorce Act* and those set out in s. 15.2(6). The order does not specify a termination date for the payment of spousal support, nor does it make any reference to the wife seeking employment.

Judicial History

[7] The present dispute arose in 2007 when the wife applied under s. 17 of the *Divorce Act* to vary the order, seeking a retroactive and prospective increase of child support in accordance with the

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Nous estimons, comme l'épouse, qu'il n'est survenu aucun changement de situation important depuis le prononcé de l'ordonnance et qu'il n'existait donc aucune raison de la modifier en vertu du par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*.

Contexte

[4] Peu de temps après le mariage des parties en 1988, l'épouse a appris qu'elle souffrait de sclérose en plaques. L'époux a toujours été conscient de l'état de santé de son épouse, pendant et après leur mariage. L'épouse ne travaille plus depuis son diagnostic et reçoit des prestations d'invalidité permanente du régime d'assurance-maladie de son ancien employeur. Tout au long du mariage, l'époux a poursuivi sa carrière à l'extérieur du foyer, tandis que l'épouse s'occupait de la maison familiale et des enfants. Les parties se sont séparées en avril 2002 et ont divorcé le 13 mai 2003.

[5] Le 30 avril 2003, les parties ont signé un [TRADUCTION] « Consentement à jugement sur les mesures temporaires et les mesures accessoires ». Elles étaient toutes deux représentées par un avocat lorsqu'elles ont signé cet accord global sur les questions découlant de leur séparation. L'accord a été intégré à l'ordonnance datée du 13 mai 2003. L'ordonnance prévoit notamment une pension alimentaire indexée d'un montant initial de 3 688 \$ par mois, payable par l'époux au profit de l'épouse.

[6] Le préambule de l'ordonnance mentionne que les parties ont tenu compte des critères énumérés aux par. 15.2(4) et 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*. L'ordonnance ne fixe pas de date de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse et ne fait aucune allusion à la recherche d'un emploi par l'épouse.

Historique judiciaire

[7] Le litige a pris naissance en 2007 lorsque l'épouse a demandé, en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, une modification de l'ordonnance afin d'obtenir une augmentation rétroactive et

Quebec Child Support Guidelines. In response, the husband brought a motion to vary, also under s. 17 of the *Divorce Act*, seeking both a reduction and, ultimately, a cancellation of spousal support on the grounds that there was a change in his own financial circumstances. This argument was rejected by the trial judge. The husband also argued that the wife was able to work outside the home and ought to make efforts to find employment. He did not argue that this was a change since the time of the original order, but rather appears to have argued that the wife was always capable of working outside the home, even during the marriage.

[8] The trial judge, Courteau J., stated that the task before her was to “determine if [the wife] is able to work outside the home and if she should attempt to do so”. Both parties led expert evidence with respect to the wife’s ability to work. The wife’s expert was of the view that she was unable to work; the husband’s expert came to the opposite conclusion. The trial judge found that the experts agreed that “there has been little or no progression of the illness since the initial episodes, 19 years ago”. She also concluded that the wife’s condition was not as serious as she made it out to be. She was therefore able to work outside the home. The trial judge made no finding about whether this represented a material change of circumstance.

[9] Despite the absence of such a finding, the trial judge reduced spousal support from \$4,294.48 per month to \$3,000 per month from July 23, 2009, until February 28, 2010. A further reduction to \$2,000 per month was ordered from March 1, 2010, until August 31, 2010. No spousal support was ordered after that date. The trial judge ordered that if the wife wanted spousal support after that date, she would have the burden of showing the court what efforts she had made to seek employment.

prospective de la pension alimentaire pour enfants conformément aux lignes directrices québécoises sur les pensions alimentaires pour enfants. En réponse, l’époux a présenté une requête en modification, également au titre de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*, dans laquelle il demandait la réduction et, ultimement, l’annulation de la pension alimentaire au profit de l’épouse en invoquant un changement de sa propre situation financière. La juge du procès a rejeté ce moyen. L’époux a aussi soutenu que l’épouse était apte à travailler à l’extérieur du foyer et qu’elle devait s’efforcer de trouver un emploi. Il ne prétendait pas qu’il s’agissait d’un changement survenu depuis le prononcé de l’ordonnance initiale, mais semble plutôt avoir soutenu que l’épouse avait toujours été en mesure de travailler à l’extérieur du foyer, même durant le mariage.

[8] La juge du procès, la juge Courteau, a dit que sa tâche consistait à [TRADUCTION] « décider si [l’épouse] est en mesure de travailler à l’extérieur du foyer et si elle devrait tenter de le faire ». Les deux parties ont présenté une preuve d’expert quant à l’aptitude de l’épouse au travail. L’expert retenu par l’épouse était d’avis qu’elle ne pouvait pas travailler, alors que l’expert retenu par l’époux est arrivé à la conclusion contraire. La juge du procès a constaté que les experts s’entendaient pour dire que la maladie « a peu ou pas progressé depuis ses premières manifestations il y a 19 ans ». Elle a aussi conclu que l’état de l’épouse n’était pas aussi grave que cette dernière le prétendait. Elle était donc apte à travailler à l’extérieur du foyer. La juge du procès ne s’est pas prononcée sur la question de savoir si cela constituait un changement de situation important.

[9] Bien qu’elle n’ait pas tiré de conclusion à cet égard, la juge du procès a réduit la pension alimentaire de 4 294,48 \$ à 3 000 \$ par mois pour la période du 23 juillet 2009 au 28 février 2010, puis à 2 000 \$ par mois du 1^{er} mars au 31 août 2010. La juge du procès n’a ordonné le versement d’aucune pension alimentaire après cette date et elle a décidé que, si l’épouse souhaitait recevoir une pension alimentaire par la suite, il lui incomberait d’expliquer à la cour quelles mesures elle avait prises pour trouver un emploi.

[10] The wife appealed, arguing that the trial judge erred in varying spousal support without having found a material change of circumstance as required by s. 17 of the *Divorce Act*. Writing for a unanimous court, Rochon J.A. rejected the wife's appeal and ruled that even if the trial judge had not explicitly mentioned the existence of a material change, her approach respected the requirements of s. 17. He accepted the trial judge's finding that the wife was able to work and concluded that there was no basis for interfering with it.

[11] Rochon J.A. also held that the passage of time, accompanied by a failure to become (or to attempt to become) self-sufficient can give rise to a material change of circumstances. The absence of a time limitation in the support agreement incorporated into the order could not relieve the payee of her obligation to become self-sufficient.

[12] As a result, a material change of circumstance could be inferred and the trial judge had made no error when she reduced and terminated the spousal support.

[13] Even though he dismissed the wife's appeal, Rochon J.A. nonetheless concluded that the trial judge's second reduction in support (to \$2,000 per month) should not have been ordered. In his view, a reduction to \$3,000 per month until the termination of support on August 31, 2010, was appropriate.

Analysis

[14] For sound policy reasons, family law permits and encourages separating spouses to work out their own arrangements through the use of separation agreements (Berend Hovius and Mary-Jo Maur, *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials* (7th ed. 2009), at p. 783). Agreements are desirable because individuals should largely be free to order their lives as they wish; because "the parties themselves are in the best position to evaluate the comparative advantages of alternative arrangements"; and because a negotiated settlement avoids

[10] L'épouse s'est pourvue en appel, prétendant que la juge du procès avait commis une erreur en modifiant sa pension alimentaire sans avoir constaté un changement de situation important comme l'exige l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Dans un jugement unanime, le juge Rochon a rejeté l'appel de l'épouse et décidé que l'analyse de la juge du procès respectait l'art. 17, même si elle n'avait pas mentionné explicitement l'existence d'un changement important. Il a retenu la conclusion de la juge du procès que l'épouse était apte au travail et a estimé qu'il n'y avait aucune raison de la modifier.

[11] Le juge Rochon a aussi affirmé que le temps écoulé, conjugué à l'omission de devenir (ou de tenter de devenir) autonome, peut entraîner un changement de situation important. Le fait que l'entente intégrée à l'ordonnance ne fixait aucune date pour la cessation de la pension alimentaire ne pouvait pas dispenser la créancière de son obligation de devenir autonome.

[12] Il était donc possible de conclure à un changement de situation important et la juge du procès n'avait pas commis d'erreur en ordonnant la réduction, puis la cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse.

[13] Bien qu'il ait rejeté l'appel de l'épouse, le juge Rochon a estimé que la juge du procès n'aurait pas dû ordonner la deuxième réduction de la pension alimentaire (à 2 000 \$ par mois). À son avis, il convenait de la réduire à 3 000 \$ par mois jusqu'à sa cessation le 31 août 2010.

Analyse

[14] Pour des raisons de principe judiciaires, le droit de la famille autorise et encourage les époux en instance de séparation à fixer eux-mêmes les modalités de leur séparation en signant un accord de séparation (Berend Hovius et Mary-Jo Maur, *Hovius on Family Law : Cases, Notes and Materials* (7^e éd. 2009), p. 783). Les accords sont souhaitables parce que les personnes devraient jouir d'une grande liberté pour organiser leur vie comme elles l'entendent; parce que [TRADUCTION] « les parties elles-mêmes sont mieux placées pour comparer les

the significant personal and financial costs of litigation (Robert H. Mnookin, “Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering” (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015, at pp. 1018-19).

[15] At the same time, contract law principles are not rigidly applied in the family law context. Because a separation may result in dramatic life changes and emotional stress, Parliament has decided through the *Divorce Act* that these circumstances give rise to the possibility that the ability of separating spouses to realistically and objectively assess their current and future needs and preferences can be impaired. It also goes without saying that the economic terms of spousal support agreements can affect third parties, such as the children of the relationship. For these reasons, the *Divorce Act* authorizes courts to vary the spousal support terms, either on an initial application for support under s. 15.2, or on an application to vary an existing court order under s. 17, whether or not that order incorporates a spousal support agreement.

[16] Under the 1968 *Divorce Act*, spousal support agreements, while not immune from variation by the courts, were not easily disturbed. This limited approach found expression in the *Pelech* trilogy which reflected the self-sufficiency and “clean break” theories of spousal support then prevailing, emphasized finality and certainty, and required that there be a radical change in circumstances that is causally connected to the marriage before the terms of an agreement could be varied (*Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892).

[17] The replacement of the 1968 legislation with the 1985 *Divorce Act* led this Court in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, to reject the clean break

avantages de différentes modalités »; enfin, parce qu’un règlement négocié permet d’éviter les coûts personnels et financiers élevés d’un litige (Robert H. Mnookin, « Divorce Bargaining : The Limits on Private Ordering » (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015, p. 1018-1019).

[15] En revanche, les principes du droit des contrats ne sont pas appliqués avec rigidité dans le contexte du droit de la famille. Comme la séparation peut entraîner des changements de vie radicaux et un grand stress émotionnel, le législateur a jugé, en édictant la *Loi sur le divorce*, que ces circonstances risquent d’entraver la capacité des époux en instance de séparation d’évaluer, de façon réaliste et objective, leurs besoins et préférences actuels et à venir. Il va également sans dire que les dispositions économiques des ententes alimentaires entre époux peuvent avoir des répercussions sur des tiers, comme les enfants du couple. C’est pourquoi la *Loi sur le divorce* autorise les tribunaux à modifier les dispositions alimentaires au profit d’un époux, soit lors d’une demande initiale de pension alimentaire présentée en vertu de l’art. 15.2, ou lors d’une demande de modification d’une ordonnance judiciaire au titre de l’art. 17, qu’une entente alimentaire entre époux soit intégrée ou non dans cette ordonnance.

[16] Sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1968, les ententes alimentaires entre époux pouvaient être modifiées par les tribunaux seulement dans des circonstances limitées. Cette approche restrictive a trouvé son expression dans la trilogie *Pelech* qui illustre les théories de l’autonomie et de la « rupture nette » appliquées à l’époque dans les ordonnances alimentaires en faveur d’un époux, mettait l’accent sur le caractère définitif du règlement et sur la sécurité juridique et exigeait un changement radical de circonstances découlant du mariage pour qu’une entente soit modifiée (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892).

[17] Le remplacement de la loi de 1968 par la *Loi sur le divorce* de 1985 a amené notre Cour, dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à rejeter la

theory of support that underlay the decisions in the *Pelech* trilogy. This revised conceptual framework for support led this Court in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, to reject the narrow *Pelech* standard of allowing a variation from a spousal support agreement only in circumstances where a radical change connected to the marriage could be shown.

[18] Bastarache and Arbour JJ., for the majority in *Miglin*, acknowledged the importance of taking a fairly negotiated agreement into account:

... we believe that a fairly negotiated agreement that represents the intentions and expectations of the parties and that complies substantially with the objectives of the *Divorce Act* as a whole should receive considerable weight. [para. 4]

But they adopted a less exacting threshold for when courts could vary spousal support agreements in an initial application for support under s. 15.2 than had prevailed under the *Pelech* trilogy, concluding that its strict standard was no longer applicable and was “not appropriate in the current statutory context” (paras. 47 and 89). The new test they delineated required instead that the applicant “clearly show that, in light of the new circumstances, the terms of the agreement no longer reflect the parties’ intentions at the time of execution and the objectives of the Act” (para. 88).

[19] Significantly, the Court also concluded that “the importance given to self-sufficiency and a ‘clean break’ in the jurisprudence relying on the [*Pelech*] trilogy is not only incompatible with the new Act, but too often fails to accord with the realities faced by many divorcing couples” (para. 39). The *Divorce Act*, they therefore concluded, creates a statutory override in s. 15.2 which authorizes courts to make an initial order which may be at odds with the terms of the agreement if those terms do not comply with the objectives of the Act.

théorie de la rupture nette pour l’octroi d’aliments qui avait servi de fondement à ses décisions dans la trilogie *Pelech*. Ce nouveau cadre conceptuel l’a en outre amenée à rejeter, dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, la norme étroite établie dans *Pelech* qui ne permettait de modifier une entente alimentaire entre époux que lorsque l’existence d’un changement radical découlant du mariage pouvait être démontrée.

[18] S’exprimant au nom des juges majoritaires dans *Miglin*, les juges Bastarache et Arbour ont reconnu en ces termes l’importance de tenir compte d’une convention équitablement négociée :

... nous pensons qu’il faut accorder beaucoup de poids à une convention équitablement négociée qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l’essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble. [par. 4]

Ils ont cependant adopté un critère moins strict que celui établi dans la trilogie *Pelech* pour déterminer quand les tribunaux peuvent modifier une entente alimentaire entre époux sur présentation d’une demande initiale de pension alimentaire en vertu de l’art. 15.2, concluant que la norme stricte établie dans cette trilogie ne trouve plus application et « ne s’applique pas au contexte législatif actuel » (par. 47 et 89). Le nouveau test qu’ils ont établi obligeait plutôt le requérant à « démontrer clairement que, compte tenu des nouvelles circonstances, les modalités de l’accord ne traduisent plus ce qu’était la volonté des parties au moment où il a été conclu, ni les objectifs de la Loi » (par. 88).

[19] Fait important à signaler, la Cour a aussi conclu qu’« en plus d’être incompatible avec la nouvelle loi, l’importance que la jurisprudence fondée sur la trilogie [*Pelech*] accorde à l’autonomie et à la “rupture nette” correspond trop peu souvent aux réalités auxquelles font face de nombreux couples qui divorcent » (par. 39). La Cour a donc conclu que la *Loi sur le divorce* crée, à l’art. 15.2, la possibilité d’écarter une entente, en autorisant les tribunaux à rendre une ordonnance initiale qui pourrait être incompatible avec les modalités de l’entente, si celles-ci dérogent aux objectifs de la Loi.

[20] In order to balance the parties' intentions with the objectives of the *Divorce Act*, the Court in *Miglin* outlined a two-stage test for initial support orders under s. 15.2. The first step examines the process leading to and the substance of the agreement. The second requires a determination of "the extent to which enforcement of the agreement still reflects the original intention of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act" (para. 87). This addresses the direction in s. 15.2(4)(c) of the *Divorce Act* that on an *initial* application for support, among other factors, a court shall consider "any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse".

Section 17 Variation

[21] This brings us to the role of such agreements under s. 17 of the Act. Unlike the question that confronted the Court in *Miglin*, this appeal concerns an application under s. 17 of the *Divorce Act* to vary an existing spousal support order where there had been a spousal support agreement prior to the section 15.2 order. Section 17 authorizes a court to vary, rescind or suspend prior orders (s. 17(1)), defines the factors allowing for variation (s. 17(4.1)) and sets out the objectives such a variation should serve (s. 17(7)). These provisions state:

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses; or

(b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

. . .

(4.1) [Factors for spousal support order] Before the court makes a variation order in respect of a spousal

[20] Pour concilier les intentions des parties et les objectifs de la *Loi sur le divorce*, la Cour a établi, dans *Miglin*, un test en deux étapes applicable aux ordonnances alimentaires initiales visées à l'art. 15.2. La première étape consiste à examiner le processus ayant mené à la conclusion de l'entente et le contenu de cette dernière. À la deuxième étape, il faut déterminer « dans quelle mesure l'application de l'accord reflète encore les intentions initiales des parties et la mesure dans laquelle l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi » (par. 87). Ce critère s'accorde avec la directive donnée à l'al. 15.2(4)c) de la *Loi sur le divorce* selon laquelle, lors d'une demande *initiale* de pension alimentaire, le tribunal doit prendre en compte, entre autres facteurs, « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux ».

Modification en vertu de l'art. 17

[21] Cela nous amène au rôle que jouent les ententes de cette nature pour l'application de l'art. 17 de la Loi. À la différence de l'affaire *Miglin*, le présent pourvoi concerne une demande présentée en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, en vue de faire modifier une ordonnance alimentaire rendue en vertu de l'art. 15.2 après la conclusion d'une entente alimentaire entre époux. L'article 17 autorise le tribunal à modifier, annuler ou suspendre une ordonnance (par. 17(1)), énonce les facteurs permettant une modification (par. 17(4.1)) et précise les objectifs que pareille modification doit viser (par. 17(7)). Ces dispositions sont libellées comme suit :

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir :

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

. . .

(4.1) [Facteurs — ordonnance alimentaire au profit d'un époux] Avant de rendre une ordonnance

support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

. . .

(7) A variation order varying a spousal support order should

- (a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;
- (b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child of the marriage;
- (c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and
- (d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.

[22] While the *objectives* of the variation order are virtually identical in s. 17 to those in s. 15.2 dealing with an initial support order, the *factors* to be considered in ss. 17(4.1) and 15.2(4) are significantly different. Section 17(4.1) sets out “a change in the . . . circumstances” of the parties as the sole factor. On initial support orders, on the other hand, the factors are as follows:

15.2 . . .

(4) In making an order under subsection (1) [for spousal support] or an interim order under subsection (2), the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including

- (a) the length of time the spouses cohabited;
- (b) the functions performed by each spouse during cohabitation; and
- (c) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.

modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux, le tribunal s’assure qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l’ordonnance modificative.

. . .

(7) L’ordonnance modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux vise :

- a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;
- b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;
- c) à remédier à toute difficulté économique que l’échec du mariage leur cause;
- d) à favoriser, dans la mesure du possible, l’indépendance économique de chacun [des époux] dans un délai raisonnable.

[22] Bien que les *objectifs* d’une ordonnance modificative prévue à l’art. 17 soient presque identiques à ceux d’une ordonnance initiale de pension alimentaire prévue à l’art. 15.2, les *facteurs* à prendre en compte énumérés aux par. 17(4.1) et 15.2(4) sont nettement différents. L’unique facteur mentionné au par. 17(4.1) est « un changement dans [. . .] la situation » de l’un ou l’autre des ex-époux. Or, une ordonnance initiale doit tenir compte des facteurs suivants :

15.2 . . .

(4) En rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :

- a) la durée de la cohabitation des époux;
- b) les fonctions qu’ils ont remplies au cours de celle-ci;
- c) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l’un ou l’autre des époux.

[23] In other words, there are differences between what a court is directed to consider in making an initial support order and on a variation of that order. Notably, unlike on an initial application for spousal support under s. 15.2(4)(c), which specifically directs that a court consider “any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse”, s. 17(4.1) makes no reference to agreements and simply requires that a court be satisfied “that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred” since the making of the prior order or the last variation of that order. Because of these differences in language, it is important to keep the s. 15.2 and s. 17 analyses distinct.

[24] On an application under s. 15.2, the court is expressly concerned with the extent to which the terms of an existing agreement should be incorporated into a first court order for support. On an application under s. 17, on the other hand, the court must determine whether to vary or rescind that support order because of a change in the parties’ circumstances.

[25] Contrary to what our colleague Cromwell J. suggests, the majority in *Miglin* recognized that the different language employed by Parliament in ss. 15.2 and 17 required a different approach to initial and variation applications. At para. 61, Bastarache and Arbour JJ. state:

We disagree . . . with [the] importation of the “material change” test developed for s. 17 of the Act (see *Willick* [[1994] 3 S.C.R. 670]) into s. 15.2 in respect of pre-existing agreements. As we noted earlier, the statutory language simply does not support this. Whereas s. 17 of the Act directs the court to satisfy itself that a change has occurred, s. 15.2 respecting initial support applications does not. Rather, s. 15.2(4) requires the court to consider the length of cohabitation, the roles of the parties during the marriage, and any orders,

[23] En d’autres termes, les directives données au tribunal quant aux éléments qu’il doit prendre en considération sont différentes selon qu’il rend une ordonnance initiale ou une ordonnance modificative. Notamment, contrairement à l’al. 15.2(4)c qui demande expressément au tribunal de tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l’un ou l’autre des époux » lorsqu’il examine une demande initiale de pension alimentaire, le par. 17(4.1) ne mentionne nullement les ententes et demande simplement au tribunal de s’assurer « qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux » depuis l’ordonnance initiale ou sa dernière modification. Compte tenu de ces différences dans leur libellé, il est important de procéder à des analyses distinctes pour l’application des art. 15.2 et 17.

[24] Le tribunal saisi d’une demande en vertu de l’art. 15.2 se demande expressément dans quelle mesure les dispositions d’une entente existante doivent être intégrées dans une première ordonnance alimentaire. Par contre, pour trancher une demande présentée en vertu de l’art. 17, le tribunal doit déterminer s’il y a lieu de modifier ou d’annuler cette ordonnance alimentaire en raison d’un changement dans la situation des parties.

[25] Contrairement à ce qu’avance notre collègue, le juge Cromwell, les juges majoritaires dans *Miglin* ont reconnu que les termes différents utilisés par le législateur aux art. 15.2 et 17 commandent une approche différente relativement à une demande initiale et à une demande de modification. Voici ce qu’ont écrit les juges Bastarache et Arbour, au par. 61 :

. . . nous ne sommes pas d’accord [. . .] pour introduire dans l’art. 15.2, lorsqu’il s’agit d’accords antérieurs, le critère du « changement important » développé pour l’art. 17 de la Loi (voir *Willick* [[1994] 3 R.C.S. 670]). Comme nous le notons précédemment, cette interprétation n’est tout simplement pas étayée par le libellé de la loi. L’article 17 de la Loi impose au tribunal de s’assurer qu’il est survenu un changement, alors qu’il n’en est rien pour l’art. 15.2 en matière de demandes initiales de pension alimentaire. Le paragraphe 15.2(4) exige plutôt

agreements or arrangements. This explicit direction cannot be avoided, cast, as it is, in mandatory language.

[26] We recognize that some confusion has arisen with respect to the treatment of support agreements under s. 17 based on the majority's suggestion at para. 91 of *Miglin in obiter* that

it would be inconsistent if a different test applied to change an agreement in the form of an initial order under s. 15.2 and to variation of an agreement incorporated into an order under s. 17.

[27] In our respectful view, the reference to consistency between orders under ss. 15.2 and 17 referred to at para. 91 of *Miglin* is best understood by the explanation given at para. 62 of *Miglin*:

As we shall explain below, consistency between treatment of consensual agreements incorporated into orders and those that are not is achieved another way. It is achieved when judges making variation orders under s. 17 limit themselves to making the appropriate variation, but do not weigh all the factors to make a fresh order unrelated to the existing one, unless the circumstances require the rescission, rather than a mere variation of the order.

Where the parties entered into a mutually acceptable agreement, the agreement is not ignored under either s. 15.2 or s. 17. However, its treatment will be different because of the different purposes of each provision.

[28] The approach developed in *Miglin*, then, was responsive to the specific statutory directions of s. 15.2 of the *Divorce Act* and should not be imported into the analysis under s. 17.

A. *The Threshold for Variation*

[29] In determining whether the conditions for variation exist, the threshold that must be met

du tribunal qu'il tienne compte de la durée de la cohabitation, des fonctions que les parties ont remplies au cours du mariage, et de toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement. On ne peut se soustraire à cette directive explicite dont le libellé est impératif.

[26] Nous sommes conscients qu'il règne, au sujet du traitement à réserver aux ententes alimentaires sous le régime de l'art. 17, une certaine confusion suscitée par la remarque incidente suivante des juges majoritaires, au par. 91 de l'arrêt *Miglin* :

... il serait illogique d'appliquer un critère différent pour la modification d'un accord dans le cadre d'une ordonnance initiale au titre de l'art. 15.2 et pour la modification d'un accord incorporé dans une ordonnance au titre de l'art. 17.

[27] Nous estimons, en toute déférence, que l'explication donnée au par. 62 de l'arrêt *Miglin* permet de mieux comprendre la remarque figurant au par. 91 concernant la cohérence entre les ordonnances prévues aux art. 15.2 et 17 :

Comme nous le verrons, il y a une autre façon d'assurer le traitement cohérent des ententes consensuelles, qu'elles soient incorporées dans des ordonnances ou non. Il s'agit, pour les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l'art. 17, de se limiter à apporter les modifications qui s'imposent, sans soulever l'ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l'ordonnance existante, à moins que les circonstances n'en requièrent l'annulation plutôt que la simple modification.

Lorsque les parties ont conclu une entente mutuellement acceptable, il n'est fait abstraction de cette entente ni pour l'application de l'art. 15.2, ni pour celle de l'art. 17. Elle ne sera toutefois pas considérée de la même façon, compte tenu des objets différents de chacun de ces articles.

[28] La démarche proposée dans *Miglin* correspondait donc aux directives précises données à l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* et ne doit pas être transposée dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 17.

A. *Le critère préliminaire pour la modification d'une ordonnance*

[29] Le critère préliminaire auquel il doit être satisfait, lorsqu'il s'agit de déterminer si le tribunal

before a court may vary a prior spousal support order is articulated in s. 17(4.1). A court must consider whether there has been a change in the conditions, means, needs or other circumstances of either former spouse *since the making of the spousal support order*.

[30] In our view, the proper approach under s. 17 to the variation of existing orders is found in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, and *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370. Like the order at issue in this case, *Willick* (dealing with child support) and *G. (L.)* (dealing with spousal support) involved court orders which had incorporated provisions of separation agreements. Both cases were decided under s. 17(4) of the *Divorce Act*, the predecessor provision to s. 17(4.1).

[31] *Willick* described the proper analysis as requiring a court to “determine first, whether the conditions for variation exist and if they do exist what variation of the existing order ought to be made in light of the change in circumstances” (p. 688). In determining whether the conditions for variation exist, the court must be satisfied that there has been a change of circumstance since the making of the prior order or variation. The onus is on the party seeking a variation to establish such a change.

[32] That “change of circumstances”, the majority of the Court concluded in *Willick*, had to be a “material” one, meaning a change that, “if known at the time, would likely have resulted in different terms” (p. 688). *G. (L.)* confirmed that this threshold also applied to spousal support variations.

[33] The focus of the analysis is on the prior order and the circumstances in which it was made. *Willick* clarifies that a court ought not to consider the correctness of that order, nor is it to be

peut modifier une ordonnance alimentaire antérieure au profit d’un époux, est énoncé au par. 17(4.1). Le tribunal doit vérifier s’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux *depuis que cette ordonnance a été rendue*.

[30] Selon nous, la démarche requise par l’art. 17 pour la modification d’une ordonnance existante est celle retenue dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, et dans *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370. À l’instar de l’ordonnance en cause dans la présente affaire, les ordonnances dont il était question dans les affaires *Willick* (pension alimentaire pour enfant) et *G. (L.)* (pension alimentaire au profit d’un époux) incorporaient des dispositions d’accords de séparation. Ces deux affaires ont été tranchées sous le régime du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*, dont est issu le nouveau par. 17(4.1).

[31] Selon l’arrêt *Willick*, l’analyse appropriée consiste à « déterminer d’abord si les conditions de la modification existent et, si tel est le cas, décider des modifications à apporter à l’ordonnance existante compte tenu du changement survenu » (p. 688). Pour décider que ces conditions existent, le tribunal doit être convaincu que la situation a changé depuis le prononcé de l’ordonnance initiale ou modificative antérieure. Il incombe à la partie qui demande la modification d’établir qu’un tel changement s’est produit.

[32] Selon ce qu’ont conclu les juges majoritaires de la Cour dans *Willick*, ce « changement de situation » doit être « important », c’est-à-dire un changement qui, « s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (p. 688). L’arrêt *G. (L.)* a confirmé que ce critère préliminaire s’appliquait aussi à la modification d’une pension alimentaire au profit d’un époux.

[33] L’analyse est centrée sur l’ordonnance antérieure et les circonstances dans lesquelles elle a été rendue. L’arrêt *Willick* précise que le tribunal ne devrait pas examiner la justesse de cette

departed from lightly (p. 687). The test is whether any given change “would likely have resulted in different terms” to the order. It is presumed that the judge who granted the initial order knew and applied the law, and that, accordingly, the prior support order met the objectives set out in s. 15.2(6). In this way, the *Willick* approach to variation applications requires appropriate deference to the terms of the prior order, whether or not that order incorporates an agreement.

[34] The decisions in *Willick* and *G. (L.)* also make it clear that what amounts to a material change will depend on the actual circumstances of the parties at the time of the order.

[35] In general, a material change must have some degree of continuity, and not merely be a temporary set of circumstances (see *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, at para. 49). Certain other factors can assist a court in determining whether a particular change is material. The subsequent conduct of the parties, for example, may provide indications as to whether they considered a particular change to be material (see MacPherson J.A., dissenting in part, in *P. (S.) v. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385, at paras. 54 and 63).

[36] The threshold variation question is the same whether or not a spousal support order incorporates an agreement: Has a material change of circumstances occurred since the making of the order? (See *Willick*; *G. (L.)*; *Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920.)

[37] This does not mean that the incorporated agreement is irrelevant. As Sopinka J. observed in *Willick*, “Where . . . the agreement is embodied in the judgment of the court, it is necessary to consider what additional effect is to be accorded to this fact” (p. 687).

ordonnance, ni la modifier à la légère (p. 687). Le critère consiste à déterminer si un changement donné « se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » dans l’ordonnance. Il faut présumer que le juge qui a rendu l’ordonnance initiale connaissait le droit et l’a appliqué, et que cette ordonnance répondait aux objectifs énoncés au par. 15.2(6). Ainsi, l’analyse des demandes de modification proposée dans *Willick* accorde la déférence voulue aux dispositions de l’ordonnance antérieure, qu’une entente y ait été intégrée ou non.

[34] En outre, les arrêts *Willick* et *G. (L.)* indiquent sans équivoque que ce qui constitue un changement important dépend de la situation réelle des parties au moment de l’ordonnance.

[35] En règle générale, un changement important doit avoir une certaine continuité et ne pas être simplement temporaire (voir *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, par. 49). Certains autres facteurs peuvent aider le tribunal à établir si un changement particulier est important. Par exemple, la conduite subséquente des parties peut fournir des indications quant à savoir si un changement particulier leur paraissait important (voir les motifs du juge MacPherson, dissident en partie, dans *P. (S.) c. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385, par. 54 et 63).

[36] Le critère préliminaire pour la modification d’une ordonnance alimentaire demeure le même, qu’une entente y soit incorporée ou non : Est-il survenu un changement de situation important depuis que l’ordonnance a été rendue? (Voir *Willick*; *G. (L.)*; *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920.)

[37] Cela ne signifie pas que l’entente intégrée dans l’ordonnance soit hors de propos. Comme l’a souligné le juge Sopinka dans *Willick*, « [d]ans le cas où [. . .] la convention est incorporée dans le jugement du tribunal, il est nécessaire d’examiner s’il y a lieu d’accorder à ce fait un effet additionnel » (p. 687).

[38] The agreement may address future circumstances and predetermine who will bear the risk of any changes that might occur. And it may well specifically provide that a contemplated future event will or will not amount to a material change.

[39] Parties may either contemplate that a specific type of change will or will not give rise to variation. When a given change is specified in the agreement incorporated into the order as giving rise to, or not giving rise to, variation (either expressly or by necessary implication), the answer to the *Willick* question may well be found in the terms of the order itself. That is, the parties, through their agreement, which has already received prior judicial approval, have provided the answer to the *Willick* inquiry required to determine if a material change has occurred under s. 17(4.1). Even significant changes may not be material for the purposes of s. 17(4.1) if they were actually contemplated by the parties by the terms of the order at the time of the order. The degree of specificity with which the terms of the order provide for a particular change is evidence of whether the parties or court contemplated the situation raised on an application for variation, and whether the order was intended to capture the particular changed circumstances. Courts should give effect to these intentions, bearing in mind that the agreement was incorporated into a court order, and that the terms can therefore be presumed, as of that time, to have been in compliance with the objectives of the *Divorce Act* when the order was made.

[40] Alternatively, an agreement incorporated into an order may include a general provision stating that it is subject to variation upon a material change of circumstances, such as the agreement and subsequent order in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518. In such a case, the agreement incorporated into the s. 15.2 order does not expressly give the court any additional information as to whether a particular change would have resulted in different terms if known at the time of that order. The presence of such a provision will require a court to

[38] Il arrive que l'entente tienne compte de circonstances futures et désigne la personne qui devra assumer le risque d'un changement éventuel. L'entente peut fort bien prévoir expressément qu'un événement futur donné constituera ou non un changement important.

[39] Les parties peuvent prévoir qu'un changement précis entraînera ou non une modification. Quand l'entente intégrée dans l'ordonnance prévoit (expressément ou par déduction nécessaire) qu'un certain changement justifiera ou non une modification, il est possible que la réponse à la question posée dans *Willick* se trouve dans les dispositions de l'ordonnance elle-même. Autrement dit, dans leur entente déjà approuvée par le tribunal, les parties ont répondu à la question énoncée dans *Willick*, qui sert à déterminer s'il est survenu un changement important au sens du par. 17(4.1). Même un changement notable peut ne pas répondre au critère du « changement important » pour l'application du par. 17(4.1), si les parties l'ont envisagé dans les dispositions intégrées dans l'ordonnance au moment où elle a été rendue. La précision avec laquelle les dispositions de l'ordonnance prévoient un changement en particulier indique si les parties ou le tribunal ont envisagé la situation évoquée dans la demande de modification et si l'ordonnance était censée viser ce changement de situation. Le tribunal devrait donner effet à l'intention manifestée, en n'oubliant pas que l'entente a été intégrée dans une ordonnance judiciaire et qu'il est donc possible de présumer que ses dispositions étaient conformes aux objectifs de la *Loi sur le divorce* au moment où l'ordonnance a été rendue.

[40] Il se peut aussi qu'une entente intégrée dans une ordonnance comprenne une disposition générale selon laquelle elle peut être modifiée s'il survient un changement de situation important, comme le prévoient l'entente et l'ordonnance subséquente dans l'affaire *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518. En pareil cas, l'entente intégrée dans l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 ne fournit pas expressément au tribunal d'information supplémentaire sur la question de savoir si un changement précis se serait traduit par des dispositions différentes s'il

examine the terms of the s. 15.2 order and the circumstances of the parties at the time that order was entered into to determine what amounts to a material change.

[41] Finally, an agreement incorporated into a s. 15.2 order may simply include a general term providing that it is final, or finality may be necessarily implied. But even where an agreement incorporated into an order includes a term providing that it is final, the court's jurisdiction under s. 17 cannot be ousted (*Miglin; G. (L.); Leskun*). A provision indicating that the order is final merely states the obvious: the order of the court is final *subject to* s. 17 of the *Divorce Act*. Courts will always apply the *Willick* inquiry to determine if a material change of circumstances exists.

[42] Ultimately, courts are tasked with determining if a material change of circumstances has occurred so as to justify a variation of a s. 15.2 order under s. 17. The analysis is always grounded in the actual circumstances of the parties and the terms of the s. 15.2 order; what meaning a court will give any general statement of finality found in an order will be a question to be resolved on that basis. As we have explained, in some situations, the agreement incorporated into the order may help shape what is meant by a "material change of circumstances". Where a s. 15.2 order deals with a specific change, it assists courts by answering the *Willick* inquiry through its terms. Conversely, when the order is general, or simply purports to be final, these less specific terms provide less assistance to courts in answering the *Willick* inquiry. Sometimes, in such cases, the circumstances of the parties may be such that courts will give little weight to a general statement of finality and conclude that a material change exists. However, at other times, in such cases, the circumstances of the parties may also be such that the courts will give

avait été connu au moment du prononcé de cette ordonnance. En présence d'une telle disposition, le tribunal devra examiner les autres dispositions de l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 et la situation des parties au moment où cette ordonnance a été prononcée pour déterminer ce qui constitue un changement important.

[41] Enfin, il arrive qu'une entente intégrée dans une ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 contienne simplement une disposition générale selon laquelle elle est définitive ou que son caractère définitif doit être inféré par déduction nécessaire. Il est toutefois impossible d'écarter le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 17, même dans le cas où l'entente intégrée dans une ordonnance stipule qu'elle constitue un règlement définitif (*Miglin; G. (L.); Leskun*). Pareille stipulation ne fait qu'énoncer une évidence : l'ordonnance judiciaire est définitive *sous réserve* de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Les tribunaux procéderont toujours à l'analyse décrite dans *Willick* pour déterminer s'il est survenu un changement de situation important.

[42] C'est aux tribunaux qu'il revient en définitive de décider s'il est survenu un changement de situation important qui justifie, au titre de l'art. 17, la modification d'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2. Cette analyse est toujours axée sur la situation réelle des parties et les dispositions de l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2, qui doivent également guider le tribunal dans son interprétation d'une stipulation générale de règlement définitif. Comme nous l'avons expliqué, il arrive parfois que l'entente entre les parties intégrée dans l'ordonnance aide à circonscrire ce que l'on entend par un « changement de situation important ». L'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 qui traite d'un changement précis aide les tribunaux en répondant par ses termes mêmes à la question posée dans *Willick*. À l'inverse, une ordonnance qui est très générale ou se veut simplement définitive est moins utile aux tribunaux lorsqu'il s'agit de répondre à la question énoncée dans *Willick*. Parfois, en pareil cas, la situation des parties amène les tribunaux à accorder peu de poids à une affirmation générale du caractère définitif du règlement et à conclure à

effect to a general statement of finality and conclude that a material change does not exist.

[43] An example is the simple case of a young couple who were only married a few months and who ended their marriage on essentially equal terms. A general statement of finality in an agreement incorporated into an order, coupled with these circumstances, should be given weight by a court conducting the *Willick* inquiry.

[44] In sum, it bears repeating that the threshold question under s. 17, whether or not there is an agreement, is the one Sopinka J. described in *Willick*, namely:

In deciding whether the conditions for variation exist, it is common ground that the change must be a material change of circumstances. This means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation. [p. 688]

[45] In Justice Cromwell’s opinion, however, “the parties’ comprehensive, final agreement must be accorded significant weight at the variation stage” because it “is critical evidence of what they actually or ought reasonably to be taken to have contemplated at the time” (paras. 76 and 84). With respect, the general proposition that spousal support agreements should be accorded “significant weight” in the search for a material change under s. 17 is problematic. As explained earlier, while a term stating that a specific type of change will — or will not — give rise to variation will constitute such “evidence” and will inform the court’s application of the *Willick* test, an agreement containing only general terms, such as a general statement of finality, provides little guidance in practice on whether or not a particular event or circumstance was contemplated by the parties or on the consequences the parties would have ascribed to it. The court will of necessity interpret any such general provision by

l’existence d’un changement important. En revanche, à d’autres occasions, la situation des parties les amène à donner effet à cette affirmation générale et à conclure à l’absence d’un changement important.

[43] Le cas simple de jeunes époux dont le mariage n’a duré que quelques mois et qui y mettent fin essentiellement sur un pied d’égalité en est un exemple. Le tribunal qui se livre à l’analyse proposée dans *Willick* doit attribuer du poids à une affirmation générale du caractère définitif de l’entente intégrée dans une ordonnance, combinée à ces faits particuliers.

[44] En somme, il convient de réitérer que le critère préliminaire applicable pour l’application de l’art. 17, qu’il existe ou non une entente, est celui que le juge Sopinka a décrit en ces termes dans *Willick* :

Pour que les conditions de la modification existent, il est bien établi que le changement doit être important. Cela signifie un changement qui, s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l’élément qu’on présente comme un changement était connu à l’époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d’une modification. [p. 688]

[45] Le juge Cromwell est toutefois d’avis « qu’il faut donner un poids appréciable à l’accord global et définitif entre les parties à l’étape de la modification » parce qu’elle « constitue une preuve cruciale de ce qu’elles ont effectivement envisagé ou de ce qu’elles doivent raisonnablement être présumées avoir envisagé à l’époque » (par. 76 et 84). Avec égards, nous jugeons problématique l’hypothèse générale voulant que l’on accorde obligatoirement un « poids appréciable » aux ententes alimentaires entre époux pour déterminer s’il est survenu un changement important au sens de l’art. 17. Certes, comme nous l’avons déjà expliqué, une disposition énonçant qu’un type de changement précis justifiera — ou ne justifiera pas — une modification constitue une « preuve » à cet égard et influencera l’application par le tribunal du test établi dans *Willick*, mais une entente contenant uniquement des stipulations générales, comme une affirmation générale de son caractère définitif, n’est guère utile

reference to the parties' circumstances at the time of the s. 15.2 order. These circumstances may or may not lead the court to conclude that the parties have contemplated the event and, consequently, whether a material change warranting a variation has occurred: the court must find a "change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms" (*Willick*, at p. 688).

[46] The examination of the change in circumstances is exactly the same for an order that does not incorporate a prior spousal support agreement as for one that does. A general statement that the agreement must be accorded "significant weight", even though its implications in a concrete case are unclear, in effect raises the threshold necessary to establish a "material change" under s. 17 when there is an agreement, and emphasizes legal certainty and finality at the expense of the statutory requirements of s. 17. Such a result is reminiscent of the "clean break" approach of the *Pelech* trilogy, rejected in *Moge* and *Miglin* because it was held to be inappropriate in the context of the current *Divorce Act*.

B. *The Appropriate Variation*

[47] If the s. 17 threshold for variation of a spousal support order has been met, a court must determine what variation to the order needs to be made in light of the change in circumstances. The court then takes into account the material change, and should limit itself to making only the variation justified by that change. As Justice L'Heureux-Dubé, concurring in *Willick*, observed: "A variation under the Act is neither an appeal of the original order nor a *de novo* hearing" (p. 739). As earlier stated, as Bastarache and Arbour JJ. said in *Miglin*, "judges making variation orders under s. 17 limit

en pratique pour déterminer si les parties ont envisagé un événement ou une circonstance en particulier ou quelles conséquences elles lui auraient attribuées. Le tribunal interprétera nécessairement une stipulation générale de ce type en se reportant à la situation des parties lors du prononcé de l'ordonnance en vertu de l'art. 15.2. Cette situation peut l'amener, ou non, à tirer une conclusion quant à savoir si les parties ont envisagé l'événement en cause et, par conséquent, s'il est survenu un changement important justifiant une modification : le tribunal doit constater l'existence d'un « changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick*, p. 688).

[46] L'examen d'un changement de situation s'effectue exactement de la même façon, qu'une entente alimentaire entre époux ait été intégrée ou non dans l'ordonnance. Même si on ne sait pas très bien quelle incidence elle aurait dans un cas concret, une règle générale selon laquelle il faut donner un « poids appréciable » à l'entente a pour effet de rehausser le critère préliminaire auquel il doit être satisfait pour qu'un changement important soit établi au sens de l'art. 17 dans les cas où il existe une entente et met l'accent sur la certitude et le règlement définitif au détriment des exigences légales fixées par l'art. 17. Ce résultat rappelle l'approche de la « rupture nette » adoptée dans la trilogie *Pelech*, qui a été rejetée dans *Moge* et *Miglin*, car elle ne convenait plus dans le contexte de l'actuelle *Loi sur le divorce*.

B. *La modification appropriée*

[47] Une fois rempli le critère préliminaire pour qu'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux puisse être modifiée en vertu de l'art. 17, le tribunal doit décider quelle modification doit lui être apportée eu égard au changement de situation. Le tribunal prend alors le changement important en considération et ne modifie l'ordonnance que dans la mesure où ce changement le justifie. Comme l'a fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs concordants dans *Willick*, « [l]a modification en vertu de la Loi n'est ni un appel de l'ordonnance initiale ni un procès *de novo* » (p. 739).

themselves to making the appropriate variation, but do not weigh all the factors to make a fresh order unrelated to the existing one, unless the circumstances require the rescission, rather than a mere variation of the order” (para. 62).

[48] Variation involves the application of both s. 17(4.1) and s. 17(7) of the *Divorce Act*. In *Hickey*, L’Heureux-Dubé J. described the interplay between them as follows:

On an application for variation of an award of spousal support, the court must first find, under s. 17(4), that there has been a material change in the conditions, means, needs, or circumstances of either spouse (see *Moge, supra*, at pp. 875-76, and *Walker v. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, at pp. 141-42) and in making the order, the court must take into consideration that change. As with the variation of child support orders, this change must be material, and cannot be trivial or insignificant. The factors enumerated give the court considerable discretion in determining whether a variation order is justified: see J. Payne, *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at p. 321. Once this threshold is passed, the court must consider the four objectives of spousal support enumerated in s. 17(7) of the *Divorce Act*. [para. 20]

[49] Julien D. Payne and Marilyn A. Payne observed that “[t]here is nothing in the *Divorce Act* to suggest that any one of the objectives [in s. 17(7)] has greater weight or importance than any other objective” (*Canadian Family Law* (3rd ed. 2008), at p. 253). Rather, the objectives “operate in the context of a wide judicial discretion” and “provide opportunities for a more equitable distribution of the economic consequence of divorce between the spouses”.

[50] In short, once a material change in circumstances has been established, the variation order

Rappelons que, comme l’ont mentionné les juges Bastarache et Arbour dans *Miglin*, « les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l’art. 17 [. . .] se limit[ent] à apporter les modifications qui s’imposent, sans soupeser l’ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l’ordonnance existante, à moins que les circonstances n’en requièrent l’annulation plutôt que la simple modification » (par. 62).

[48] La modification de l’ordonnance demande l’application des par. 17(4.1) et 17(7) de la *Loi sur le divorce*. Le juge L’Heureux-Dubé a décrit ainsi dans *Hickey* l’interaction entre ces deux paragraphes :

Le tribunal saisi d’une demande de modification de l’ordonnance alimentaire en faveur du conjoint doit d’abord conclure, suivant le par. 17(4), qu’il est survenu un changement important dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, dans la situation de l’un ou l’autre des ex-époux (voir *Moge*, précité, aux pp. 875 et 876 et *Walker c. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, aux pp. 141 et 142), et il doit tenir compte de ce changement pour rendre une ordonnance. Comme dans le cas de la modification d’une ordonnance alimentaire en faveur de l’enfant, ce changement doit être important et ne peut être négligeable ou insignifiant. Les facteurs énumérés confèrent au tribunal un large pouvoir discrétionnaire afin de décider si une ordonnance modificative est justifiée : voir J. Payne, *Payne on Divorce* (4^e éd. 1996), à la p. 321. Une fois que cette condition préalable est remplie, le tribunal doit prendre en considération les quatre objectifs des ordonnances alimentaires en faveur du conjoint énumérés au par. 17(7) de la *Loi sur le divorce*. [par. 20]

[49] Julien D. Payne et Marilyn A. Payne ont fait remarquer que [TRADUCTION] « [r]ien dans la *Loi sur le divorce* ne donne à croire que l’un des objectifs [fixés au par. 17(7)] aurait plus de poids ou d’importance que tout autre » (*Canadian Family Law* (3^e éd. 2008), p. 253). Ces objectifs « s’inscrivent [plutôt] dans le contexte d’un large pouvoir discrétionnaire des tribunaux » et « offrent différentes possibilités pour répartir plus équitablement les conséquences économiques du divorce entre les époux ».

[50] Bref, une fois qu’un changement de situation important est établi, l’ordonnance modificative doit

should “properly refle[c]t the objectives set out in s. 17(7), . . . [take] account of the material changes in circumstances, [and] consid[er] the existence of the separation agreement and its terms as a relevant factor” (*Hickey*, at para. 27). A court should limit itself to making the variation which is appropriate in light of the change. The task should not be approached as if it were an initial application for support under s. 15.2 of the *Divorce Act*.

Application to This Case

[51] The issue in this case is whether the spousal support order should have been varied under s. 17. In our view, it should not have been.

[52] The trial judge conducted a *de novo* hearing on the issue of the wife’s ability to work and concluded that the wife was “capable of working outside the home and that she should seek to become economically self-sufficient”. She made no finding about whether there had been a material change in the wife’s circumstances since the 2003 order was made. The Court of Appeal concluded that the trial judge’s factual determination of the wife’s capacity to work, coupled with the passage of time, amounted to a material change of circumstances.

[53] In light of the circumstances at the time the original order was made, these findings are, with respect, unsustainable. When the order was made, the wife had been living with multiple sclerosis for 14 years. She was receiving disability payments because she was found to be unable to work by the insurance company. Except for the brief period before her diagnosis, she did not work outside the home during the marriage.

[54] Not only was the husband fully aware of her medical condition, he made representations, before and after the separation, to her disability insurer, to pension personnel, and to tax authorities that she was unable to work. His explanation for these

« reflét[er] correctement les objectifs énumérés au par. 17(7), [. . .] ten[ir] compte des changements importants qui sont survenus [. . .] [et] considér[er] l’existence de l’entente de séparation et de ses conditions comme un facteur pertinent » (*Hickey*, par. 27). Le tribunal doit se limiter à apporter la modification qui s’impose en raison du changement. Il ne doit pas aborder cette tâche comme s’il était saisi d’une demande initiale de pension alimentaire présentée en vertu de l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*.

Application aux faits de l’espèce

[51] Il s’agit en l’espèce de déterminer si l’ordonnance alimentaire aurait dû être modifiée en application de l’art. 17. À notre avis, elle n’aurait pas dû l’être.

[52] La juge du procès a examiné *de novo* la question de l’aptitude de l’épouse au travail et a conclu qu’elle [TRADUCTION] « pouvait travailler à l’extérieur du foyer et qu’elle devrait essayer d’acquérir son autonomie financière ». Elle n’a tiré aucune conclusion quant à savoir s’il s’était produit un changement important dans la situation de l’épouse depuis que l’ordonnance de 2003 avait été rendue. Selon la Cour d’appel, la décision factuelle de la juge du procès quant à l’aptitude de l’épouse au travail, conjuguée au temps écoulé, était assimilable à un changement de situation important.

[53] Étant donné la situation existante au moment où l’ordonnance initiale a été rendue, nous estimons, en toute déférence, que ces conclusions sont insoutenables. L’épouse souffrait de sclérose en plaques depuis 14 ans au moment du prononcé de l’ordonnance. Elle touchait des prestations d’invalidité parce que la compagnie d’assurance l’avait jugée inapte au travail. Elle n’avait pas travaillé à l’extérieur du foyer durant le mariage, sauf pendant la courte période précédant son diagnostic.

[54] Non seulement l’époux était pleinement conscient de l’état de santé de son épouse, mais il a fait valoir auprès de sa société d’assurance-invalidité, des responsables des pensions et du fisc, tant avant qu’après la séparation, qu’elle était inapte au

representations was that he had “embellished” his wife’s health problems to the authorities to help ease his financial situation. His changed position at trial, that she can now work, is both unpalatable and unworthy of serious consideration.

[55] The expert evidence was that there has been little or no change in the wife’s medical condition in 19 years. That means that there has been no improvement. It is, in short, the same as when the order was made. And that in turn means that there has been *no* change, let alone a material one, since the order. This ought to have been dispositive of the husband’s application to vary.

[56] However, instead of determining whether there had been a material change of circumstances, the trial judge conducted a *de novo* assessment of the wife’s ability to work as if this were an original application for support under s. 15.2. In relying on this assessment to infer a material change of circumstances, the Court of Appeal fell into the same error.

[57] The husband argued that the wife had a duty to seek employment based on the factors in s. 15.2(6) of the *Divorce Act* which were included in the agreement incorporated in the order. In particular, he relied on the objective that “insofar as practical” there should be “economic self-sufficiency of Plaintiff and Defendant”. Her failure to seek employment, he therefore argued, was a material change of circumstances.

[58] We do not accept the husband’s submissions. There is nothing in the order suggesting that the wife was expected to seek employment. The order recognized that the wife was in receipt of disability payments. It provided for spousal support and included no term or provision for review. Its terms indicate that spousal support was intended to be for an indeterminate period. The order expressly acknowledged that the objectives of s. 15.2(6) of

travail. Il dit l’avoir fait pour leur donner une description [TRADUCTION] « plus avantageuse » des problèmes de santé de son épouse afin d’alléger sa situation financière. Son changement de position au procès, selon lequel elle peut désormais travailler, est difficile à avaler et ne mérite pas qu’on l’examine sérieusement.

[55] Selon la preuve d’expert, l’état de santé de l’épouse n’a que peu ou pas changé en 19 ans. Ce qui signifie qu’il ne s’est pas amélioré. Son état est en somme le même qu’au moment où l’ordonnance a été rendue. Il n’est donc survenu *aucun* changement, et encore moins un changement important, depuis le prononcé de l’ordonnance. Cela aurait dû suffire à régler le sort de la demande de modification présentée par l’époux.

[56] Toutefois, au lieu de déterminer s’il était survenu un changement de situation important, la juge du procès a examiné *de novo* l’aptitude au travail de l’épouse comme s’il s’agissait d’une demande initiale de pension alimentaire déposée en vertu du par. 15.2. La Cour d’appel a commis la même erreur en se fondant sur cet examen pour conclure à un changement de situation important.

[57] L’époux a prétendu que l’épouse avait l’obligation de chercher un emploi compte tenu des facteurs énoncés au par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce* pris en considération dans l’entente intégrée dans l’ordonnance. Il s’est fondé plus particulièrement sur l’objectif suivant : [TRADUCTION] « la demanderesse et le défendeur » devraient, « dans la mesure du possible », acquérir leur « indépendance économique ». L’omission de son épouse de chercher un emploi constitue donc, selon lui, un changement de situation important.

[58] Nous n’acceptons pas les arguments de l’époux. Rien dans l’ordonnance ne laisse croire que l’épouse devait chercher un emploi. L’ordonnance reconnaissait que l’épouse touchait des prestations d’invalidité. Elle lui accordait une pension alimentaire, sans l’assujettir à des conditions ni à un processus de révision quelconques. Les termes de l’ordonnance indiquaient que la pension alimentaire devait être versée durant une période indéterminée.

the *Divorce Act* were taken into consideration by the parties.

[59] Neither does the *Divorce Act* impose a duty upon ex-spouses to become self-sufficient. As this Court affirmed in *Leskun*, the “[f]ailure to achieve self-sufficiency is not breach of ‘a duty’ and is simply one factor amongst others to be taken into account” (para. 27). Section 15.2(6)(d) of the *Divorce Act* simply states that the order should “in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency” of the parties.

[60] In sum, upon examination of the actual circumstances of the parties at the time the order was made, and the terms of the order, it is apparent that there has been no material change of circumstances since the making of the order. It cannot be said that the wife’s failure to seek employment is something that, “if known at the time, would likely have resulted in different terms” to the order (*Willick*, at p. 688). Simply put, at the time of the order, the wife had multiple sclerosis and was not expected to seek employment outside the home; nothing has changed with respect to her medical condition since that time. As a result, the husband’s application for variation cannot succeed as he has failed to meet the threshold required by s. 17(4.1).

[61] We would therefore allow the appeal with costs throughout. The indexed spousal support in the original order is to continue, effective retroactively to the date it was varied by the trial court.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell J. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[62] When the parties have reached a comprehensive, final agreement relating to their separation

L’ordonnance reconnaissait expressément que les parties avaient tenu compte des objectifs énoncés au par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*.

[59] La *Loi sur le divorce* n’impose pas non plus aux ex-époux l’obligation de devenir autonomes. Comme l’a mentionné notre Cour dans *Leskun*, « [l]’omission d’acquérir son indépendance ne constitue pas un manquement à “une obligation” et n’est qu’un élément parmi d’autres » (par. 27). L’alinéa 15.2(6)d) de la *Loi sur le divorce* précise simplement que l’ordonnance vise « à favoriser, dans la mesure du possible, l’indépendance économique » des parties.

[60] En résumé, l’examen de la situation des parties au moment où l’ordonnance a été rendue et des dispositions de cette dernière révèle qu’il n’est survenu aucun changement de situation important depuis le prononcé de l’ordonnance. On ne saurait dire que l’omission de l’épouse de chercher un emploi est un élément qui, « s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick*, p. 688). Tout simplement, l’épouse avait la sclérose en plaques au moment de l’ordonnance et on ne s’attendait pas à ce qu’elle cherche un emploi à l’extérieur du foyer; rien n’a changé depuis ce temps en ce qui concerne son état de santé. Par conséquent, la demande de modification présentée par l’époux ne peut être accueillie parce qu’il n’a pas satisfait au critère préliminaire fixé au par. 17(4.1).

[61] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours. La pension alimentaire indexée au profit de l’épouse fixée dans l’ordonnance initiale est maintenue et sera versée rétroactivement à la date à laquelle la pension alimentaire a été modifiée par la juridiction de première instance.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[62] Dans le cas où un accord de séparation global et définitif a été conclu et intégré à une

and its provisions are incorporated into a court order, what weight should be given to their agreement when one of them seeks to vary that order? As I see it, the principles established by the Court in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, require that the agreement be given considerable weight. While I agree with my colleagues Abella and Rothstein JJ. that the appeal should be allowed, I respectfully disagree with their analysis of this question.

[63] My colleagues Abella and Rothstein JJ. are of the view that *Miglin* has nothing to do with variation applications, that the analysis of what weight to give the parties' agreement on an initial support application is completely distinct from the analysis of the same issue in relation to a variation application and that, on a variation application, the parties' agreement should be given no special weight unless it specifically addresses the matter relied on as the basis of the change. My view is that the agreement plays a central role in the context of variation of the order and that the principles established in *Miglin* are highly relevant to this exercise.

[64] In *Miglin*, the Court set out the proper approach to determining an initial application for spousal support under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), where the spouses have executed a final agreement that addresses all matters respecting their separation, including a release of any future claim for spousal support. *Miglin's* central teaching is that "assessment of the appropriate weight to be accorded a pre-existing agreement requires a balancing of the parties' interest in determining their own affairs with an appreciation of the peculiar aspects of separation agreements generally and spousal support in particular" (para. 67). In my view, this same balancing of these values, as assessed in accordance with all the objectives of the Act, lies at the core of the court's task when dealing with an application to vary a support order that incorporates the support provisions of the parties' comprehensive agreement.

ordonnance judiciaire, quel poids faut-il donner à l'accord des parties lorsque l'une d'elles demande la modification de l'ordonnance? Selon moi, les principes établis par la Cour dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, exigent qu'on lui accorde une importance considérable. Bien que je sois d'accord avec mes collègues les juges Abella et Rothstein pour accueillir le pourvoi, je ne puis, en toute déférence, souscrire à leur analyse de cette question.

[63] Mes collègues les juges Abella et Rothstein estiment que l'arrêt *Miglin* n'a rien à voir avec les demandes de modification, que l'analyse du poids à attribuer à l'accord des parties est totalement distincte, selon que le tribunal est saisi d'une demande initiale de pension alimentaire ou d'une demande de modification, et que, dans ce dernier cas, le tribunal ne doit pas accorder un poids particulier à l'accord des parties, à moins qu'il ne traite explicitement de l'élément invoqué comme fondement de la modification. À mon sens, l'accord joue un rôle crucial dans le contexte de la modification d'une ordonnance, et les principes établis dans *Miglin* sont très pertinents lorsqu'il s'agit de trancher une demande de modification.

[64] Dans *Miglin*, la Cour a établi la marche à suivre pour trancher une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), lorsque les époux ont signé un accord définitif, traitant de toutes les questions relatives à leur séparation, qui comporte notamment une renonciation à toute créance future d'aliments entre époux. *Miglin* nous enseigne fondamentalement que, « pour évaluer le poids à donner à un accord préexistant, il faut mettre en balance l'intérêt des parties à régler leurs propres affaires et les aspects propres aux accords de séparation en général et aux aliments entre époux en particulier » (par. 67). À mon sens, il est essentiel que le tribunal mette ces valeurs en balance de la même manière, au regard de tous les objectifs de la Loi, lorsqu'il décide s'il y a lieu de modifier une ordonnance alimentaire à laquelle sont intégrées les dispositions alimentaires de l'accord global entre les parties.

II. Analysis

[65] It is useful to approach the case by answering the following three questions:

1. What is the threshold for variation under s. 17 of the *Divorce Act*?
2. What is the effect of incorporating the support provisions of a separation agreement into a court order?
3. What is the effect of a separation agreement on an application to vary a spousal support order incorporating its terms?

A. *The Threshold for Variation Under Section 17*

[66] This, I think, is not a controversial matter. Section 17(4.1) of the Act directs that “[b]efore the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order”. The Court in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, which concerned child support, held that what is required is a “material change” of these circumstances. This means “a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation” (p. 688). This threshold also applies to applications to vary spousal support: *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, at para. 73, *per* Sopinka J., and paras. 48-51, *per* L’Heureux-Dubé J.

[67] It is thus clear from *Willick* that a matter known at the time of the original order cannot provide the basis of a material change in circumstances.

II. Analyse

[65] Il convient d’aborder l’affaire en répondant aux trois questions suivantes :

1. Quel est le critère préliminaire applicable à une modification en vertu de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*?
2. Quelle est l’incidence de l’intégration des dispositions alimentaires d’un accord de séparation dans une ordonnance judiciaire?
3. Quelle est l’incidence d’un accord de séparation sur une demande de modification de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux à laquelle les dispositions de l’accord ont été intégrées?

A. *Le critère préliminaire applicable à une modification en vertu de l’art. 17*

[66] Je ne crois pas qu’il s’agisse d’une question controversée. Suivant le par. 17(4.1) de la Loi, « [a]vant de rendre une ordonnance modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux, le tribunal s’assure qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que cette ordonnance [. . .] a été rendue ». Dans l’arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, portant sur une pension alimentaire pour enfants, la Cour a affirmé que ce « changement doit être important ». Cela signifie qu’il doit s’agir d’un « changement qui, s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l’élément qu’on présente comme un changement était connu à l’époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d’une modification » (p. 688). Ce critère préliminaire s’applique également aux demandes de modification d’une pension alimentaire au profit d’un époux : *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, par. 73, le juge Sopinka, par. 48-51, la juge L’Heureux-Dubé.

[67] *Willick* établit donc clairement qu’un élément connu au moment où l’ordonnance initiale a été rendue ne peut servir de fondement à un

But what about matters that were simply foreseeable at that time? According to L'Heureux-Dubé J. in *G. (L.)*, the question is whether the parties must be taken to have actually contemplated the matter in question; as she put it at para. 51, simple foreseeability does not bar a variation finding under s. 17 because “the fact that a change was objectively foreseeable does not necessarily mean that it was contemplated by the parties”: citing *Willick*, at p. 734 (emphasis added). Thus, changes which the parties actually contemplated or that must have been in the parties’ contemplation cannot constitute material changes.

[68] There is, in my opinion, no inconsistency between *Miglin* and *Willick*. *Miglin* did not suggest that the “material change” threshold for variation as set out in *Willick* does not apply. *Willick* did not discuss the weight that the parties’ agreement should be given on a variation application other than, as we shall see in the next section, by setting out the effect on the variation application of the fact that the parties’ agreement had been incorporated into a court order.

B. *The Effect of Incorporating the Agreement Into a Court Order*

[69] Once again, this is not a controversial issue. In *Willick*, the Court addressed this question in relation to a child support order. Once the terms of an agreement are incorporated into a court order, the provision must be assumed to have met the statutory requirements at the time and the correctness of that order is not reviewed during the variation proceeding (p. 687). Thus, the court asked to vary the order assumes that it was an appropriate order at the time it was made and applies the material change threshold on that basis. The same approach is used with respect to variation of spousal support orders (*Oakley v. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307 (B.C.C.A.), at p. 313; J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (3rd ed. 2008), at p. 298).

changement de situation important. Mais qu’en est-il des éléments qui étaient simplement prévisibles à l’époque? Selon la juge L’Heureux-Dubé, dans *G. (L.)*, la question est de savoir s’il faut présumer que les parties ont effectivement envisagé l’élément en cause. Pour reprendre ses propos, au par. 51, la simple prévisibilité n’empêche pas la modification de l’ordonnance en vertu de l’art. 17, parce que « le fait qu’un changement était objectivement prévisible ne signifie pas nécessairement qu’il ait été envisagé par les parties » : citant *Willick*, p. 734 (je souligne). Par conséquent, les changements que les parties ont effectivement envisagés ou auxquels elles ont sûrement songé ne peuvent constituer des changements importants.

[68] Les arrêts *Miglin* et *Willick* ne me paraissent pas incompatibles. *Miglin* n’a pas écarté l’application, à une demande de modification, du critère préliminaire du « changement important » établi dans *Willick*. L’arrêt *Willick* ne traite pas du poids qu’il faut donner à l’accord entre les parties dans le cas d’une demande de modification, sauf, comme nous le verrons dans la prochaine partie, en ce qui concerne l’incidence de l’intégration de l’accord dans une ordonnance judiciaire sur la demande de modification.

B. *L’incidence de l’intégration de l’accord à une ordonnance judiciaire*

[69] Cette question n’est pas non plus controversée. Dans *Willick*, la Cour l’a examinée relativement à une ordonnance alimentaire au profit des enfants. Une fois les modalités d’un accord intégrées à une ordonnance judiciaire, il faut présumer que la disposition alimentaire répondait aux exigences de la loi à l’époque, et le tribunal ne contrôle pas la justesse de l’ordonnance durant l’instance en modification (p. 687). Ainsi, le tribunal appelé à modifier l’ordonnance présume qu’elle était appropriée au moment où elle a été rendue et applique le critère préliminaire du changement important sur cette base. La même démarche est utilisée relativement à la modification des ordonnances alimentaires au profit d’un époux (*Oakley c. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307 (C.A.C.-B.), p. 313; J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (3^e éd. 2008), p. 298).

C. *The Effect of a Comprehensive Agreement Which Has Been Incorporated Into an Order on an Application to Vary the Order*

(1) Background: From the Trilogy to Miglin

[70] At the time of the *Willick* and *G. (L.)* decisions, the relevant law about how much weight to give to the parties' agreement was set out in a trilogy of cases: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892. The party wishing to depart from the agreement's terms had to establish that there had been a radical change causally connected to the marriage. This test applied both to initial applications for support (as in *Richardson*) and to variation of court orders incorporating agreements (as in *Pelech* and *Caron*). Neither in *Willick* nor in *G. (L.)*, which came after the trilogy, did a majority of the Court directly address how agreements affected an application by one of the former spouses to vary a support order incorporating its terms. However, these judgments contain two comments that are particularly relevant here:

- (i) The court has discretion with respect to variation and is not strictly bound by the terms of the parties' agreement (*Willick*, at p. 686, and *G. (L.)*, at para. 58, *per* concurring reasons of L'Heureux-Dubé J.).
- (ii) However, the agreement is an "important" factor in exercising the discretionary power to vary (*G. (L.)*, at para. 56). This is so even though agreements are expressly included in the factors to be considered on an initial support application (s. 15(5)(c) of the *Divorce Act* (now s. 15.2(4)(c), S.C. 1997, c. 1, s. 2)) and are not so expressly mentioned in relation to variation applications (s. 17) (*G. (L.)*, at paras. 53-55).

C. *L'incidence d'un accord global intégré à une ordonnance sur une demande de modification de l'ordonnance*

(1) Contexte : De la trilogie à l'arrêt Miglin

[70] Lorsque les arrêts *Willick* et *G. (L.)* ont été rendus, les règles de droit applicables concernant le poids à donner à l'accord entre les parties étaient énoncées dans une trilogie d'arrêts : *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892. La partie qui désirait s'écarter des modalités de l'accord devait établir la survenance d'un changement radical découlant du mariage. Ce test s'appliquait à la fois aux demandes initiales de pension alimentaire (comme dans *Richardson*) et à la modification d'une ordonnance judiciaire à laquelle un accord avait été intégré (comme dans *Pelech* et *Caron*). Les juges majoritaires de la Cour n'ont pas abordé directement, ni dans l'arrêt *Willick*, ni dans l'arrêt *G. (L.)*, qui ont suivi la trilogie, l'incidence d'un accord sur une demande présentée par l'un des ex-époux en vue d'obtenir la modification d'une ordonnance alimentaire à laquelle les modalités de l'accord avaient été intégrées. Ces arrêts renferment toutefois deux commentaires qui sont particulièrement pertinents en l'espèce :

- (i) Le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire relativement à la modification de l'ordonnance et il n'est pas strictement lié par les modalités de l'accord entre les parties (*Willick*, p. 686, et *G. (L.)*, par. 58, motifs concordants de la juge L'Heureux-Dubé).
- (ii) L'accord constitue cependant un facteur « important » à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de modification (*G. (L.)*, par. 56). Il en est ainsi même si les accords font expressément partie des facteurs à prendre en compte dans le cas d'une demande initiale de pension alimentaire (al. 15(5)c) de la *Loi sur le divorce* (maintenant l'al. 15.2(4)c, L.C. 1997, ch. 1, art. 2)) et ne sont pas mentionnés aussi expressément pour ce qui est des demandes de modification (art. 17) (*G. (L.)*, par. 53-55).

[71] Since these pronouncements, the legal landscape in relation to initial support applications in the presence of an agreement has changed as a result of the Court's judgment in *Miglin*. The Court held that the narrow test enunciated in the *Pelech* trilogy for interfering with a pre-existing agreement was no longer appropriate in the new statutory context of the provisions of the 1985 Act (para. 47). Nonetheless, *Miglin* affirmed that unimpeachably negotiated agreements should receive considerable weight provided that they represent the intentions and expectations of the parties and substantially comply with the objectives of the *Divorce Act* as a whole. Thus, while the Court concluded that the very stringent test set out in the trilogy was no longer apt under the new statutory provisions, a comprehensive, final agreement was still to be given considerable weight.

[72] As held in *Miglin*, an initial application for spousal support inconsistent with a pre-existing agreement requires a two-stage investigation into all the circumstances, first at the time of the agreement's formation and second at the time of the application. At the first stage, the court determines whether the agreement was negotiated under satisfactory conditions and whether its terms, when negotiated, were in substantial compliance with the general objectives of the Act (paras. 80-86). At the second stage, the court assesses whether the agreement continues to reflect the original intention of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act. The party seeking an order different than the terms of the agreement must show that there are new circumstances which were not reasonably anticipated by the parties; the test is not "strict foreseeability" but whether the agreement "can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application" (para. 89). The alleged change is also measured against the objectives of the Act to ensure that the agreement's provisions continue to be in substantial compliance with those objectives (para. 87).

[71] Depuis ces énoncés, le contexte juridique des demandes initiales de pension alimentaire dans les cas où un accord est intervenu a changé en raison de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Miglin*. La Cour y a affirmé que le critère étroit énoncé dans la trilogie *Pelech* pour la modification d'un accord antérieur ne s'appliquait plus dans le nouveau contexte législatif des dispositions de la Loi de 1985 (par. 47). *Miglin* mentionne néanmoins qu'il faut donner beaucoup de poids à une entente négociée de façon irréprochable, pourvu qu'elle reflète les volontés et les attentes des parties et soit conforme pour l'essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble. Ainsi, bien que la Cour ait conclu que le critère très rigoureux énoncé dans la trilogie n'est plus valable sous le régime des nouvelles dispositions législatives, il faut encore accorder énormément de poids à un accord global et définitif.

[72] Comme la Cour l'a affirmé dans *Miglin*, une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux qui n'est pas conforme à un accord préexistant exige un examen en deux temps de toutes les circonstances, d'abord au moment de la conclusion de l'accord, puis au moment de la demande. À la première étape, le tribunal décide si l'accord a été négocié dans des conditions satisfaisantes et si ses modalités étaient, au moment de leur négociation, conformes pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi (par. 80-86). À la deuxième étape, le tribunal détermine si l'accord reflète toujours l'intention initiale des parties et dans quelle mesure l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi. La partie qui sollicite une ordonnance différente de l'accord doit démontrer l'existence de nouvelles circonstances que les parties n'avaient pas raisonnablement prévues; le critère applicable n'est pas l'« imprévisibilité absolue » : il consiste plutôt à savoir « dans quelle mesure on peut dire que l'accord [. . .] a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande » (par. 89). On évalue aussi le changement allégué par rapport aux objectifs de la Loi pour s'assurer que les dispositions de l'accord sont toujours conformes pour l'essentiel à ces objectifs (par. 87).

(2) Miglin and Variation Applications

[73] As noted, *Miglin* was an initial application case. The Court recognized that in deciding what weight to give to the parties' agreement on an initial application, the material change threshold does not apply (para. 61). However, the Court's reasons make clear that the parties' agreement is an important consideration on a variation application.

[74] The Court outlined how to strike the balance between preserving reasonable certainty in legal relations and recognizing the distinctions between separation agreements and commercial contracts. This balance, *Miglin* held, is struck by ensuring that separation agreements have been fairly negotiated and comply substantially with the statutory objectives. As the Court put it: “. . . a fairly negotiated agreement that represents the intentions and expectations of the parties and that complies substantially with the objectives of the *Divorce Act* as a whole should receive considerable weight” (para. 4 (emphasis added)). The Court emphasized that this principle applies equally to a variation application as to an initial application. While my colleagues dismiss these comments in *Miglin* as an *obiter* suggestion, Bastarache and Arbour JJ. for the majority of the Court could not have been clearer:

It is only where the current circumstances represent a significant departure from the range of reasonable outcomes anticipated by the parties, in a manner that puts them at odds with the objectives of the Act, that the court may be persuaded to give the agreement little weight. As we noted above, it would be inconsistent if a different test applied to change an agreement in the form of an initial order under s. 15.2 and to variation of an agreement incorporated into an order under s. 17. . . . The objectives of finality and certainty noted above caution against too broad a discretion in varying an order that the parties have been relying on in arranging their affairs. . . . Where the order at issue incorporated the mutually acceptable agreement of the parties,

(2) L'arrêt Miglin et les demandes de modification

[73] Rappelons que l'arrêt *Miglin* portait sur une demande initiale de pension alimentaire. La Cour a reconnu qu'au moment où le tribunal décide du poids à donner à l'accord intervenu entre les parties dans le cas d'une demande initiale, le critère préliminaire du changement important ne s'applique pas (par. 61). Toutefois, il ressort clairement des motifs de la Cour que l'accord entre les parties est une considération importante dans l'examen d'une demande de modification.

[74] La Cour a expliqué comment trouver un équilibre entre le maintien d'une certitude raisonnable dans les rapports juridiques et la reconnaissance des différences entre les accords de séparation et les contrats commerciaux. D'après *Miglin*, on trouve cet équilibre en s'assurant que les accords de séparation ont été équitablement négociés et qu'ils sont conformes pour l'essentiel aux objectifs fixés par la loi. Pour reprendre les propos de la Cour, « il faut accorder beaucoup de poids à une convention équitablement négociée qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l'essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble » (par. 4 (je souligne)). La Cour a souligné que ce principe s'applique tout autant à une demande de modification qu'à une demande initiale. Bien que mes collègues écartent ces observations énoncées dans l'arrêt *Miglin*, y voyant une suggestion faite en *obiter*, les juges Bastarache et Arbour n'auraient pas pu être plus clairs en écrivant, au nom des juges majoritaires :

Ce n'est que lorsque la situation actuelle représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu'anticipaient les parties, au point d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi, qu'on pourra convaincre le tribunal de donner peu de poids à l'accord. Nous avons vu qu'il serait illogique d'appliquer un critère différent pour la modification d'un accord dans le cadre d'une ordonnance initiale au titre de l'art. 15.2 et pour la modification d'un accord incorporé dans une ordonnance au titre de l'art. 17. [. . .] Le règlement définitif et la certitude recherchés contre-indiquent un pouvoir discrétionnaire trop large dans la modification d'une ordonnance sur laquelle les parties se sont appuyées pour régler leurs affaires. [. . .] Lorsque l'ordonnance en

that order reflected the parties' understanding of what constituted an equitable sharing of the economic consequences of the marriage. In our view, whether acting under s. 15.2 or under s. 17, the Court should take that into consideration. [Emphasis added; para. 91.]

[75] This is the considered opinion of a majority of the Court. Moreover, *Miglin* provided considerable assistance in deciding how the passage of time affects the weight to be given to the parties' agreement. The court must assess "the extent to which enforcement of the agreement still reflects the original intention of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act" (para. 87).

[76] In my respectful view, while the two-step *Miglin* analysis cannot simply be imported into variation applications, *Miglin* stands for the proposition that the parties' comprehensive, final agreement must be accorded significant weight at the variation stage, as it is at the initial application stage. In addition, *Miglin* provides considerable guidance about how this ought to be done.

[77] I part company with my colleagues Abella and Rothstein JJ. when they state that "it is important to keep the s. 15.2 [initial application] and s. 17 [variation] analyses distinct" and that the approach developed in *Miglin* "should not be imported into the analysis under s. 17" (paras. 23 and 28). This leads them, in my view, to give the parties' comprehensive, final agreement far too limited a role on a variation application. That role, in my respectful view, is not properly characterized by saying simply, as my colleagues do, that the agreement is not "irrelevant" (para. 37).

[78] They base this conclusion on two points: first, the difference in the statutory language between s. 15.2(4)(c), which applies to initial applications, and s. 17(4.1), which applies to variations, and second, a close reading of the majority judgment in *Miglin*. I respectfully disagree with both of these points.

cause incorpore l'accord mutuellement acceptable pour les parties, elle reflète la conception qu'ont les parties d'un partage équitable des conséquences économiques du mariage. À notre avis le tribunal devrait garder cela à l'esprit, qu'il agisse en vertu de l'art. 15.2 ou de l'art. 17. [Je souligne; par. 91.]

[75] Voilà l'opinion majoritaire réfléchie de la Cour. De plus, *Miglin* a beaucoup aidé à déterminer quel est l'effet du temps écoulé sur le poids à donner à l'accord entre les parties. Le tribunal doit examiner « dans quelle mesure l'application de l'accord reflète encore les intentions initiales des parties et la mesure dans laquelle l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi » (par. 87).

[76] Bien qu'on ne puisse pas transposer simplement l'analyse à deux volets décrite dans *Miglin* aux demandes de modification, j'estime en toute déférence que cet arrêt établit qu'il faut donner un poids appréciable à l'accord global et définitif entre les parties à l'étape de la modification, comme on le fait à celle de la demande initiale. En outre, *Miglin* donne énormément d'indications quant à la manière de procéder.

[77] Je ne suis pas d'accord avec mes collègues les juges Abella et Rothstein quand ils disent qu'« il est important de procéder à des analyses distinctes pour l'application des art. 15.2 [demande initiale] et 17 [modification] » et que la démarche proposée dans *Miglin* « ne doit pas être transposée dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 17 » (par. 23 et 28). Cela les amène, selon moi, à attribuer à l'accord global et définitif entre les parties un rôle beaucoup trop limité dans l'examen d'une demande de modification. À mon humble avis, c'est mal décrire ce rôle que d'affirmer simplement, comme le font mes collègues, que l'accord n'est pas « hors de propos » (par. 37).

[78] Ils fondent cette conclusion sur deux éléments : premièrement, la différence entre le libellé de l'art. 15.2(4)c), qui vise les demandes initiales, et celui du par. 17(4.1), qui régit les modifications, et, deuxièmement, une lecture attentive de la décision des juges majoritaires dans *Miglin*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec eux en ce qui concerne ni l'un ni l'autre de ces éléments.

[79] I turn first to the difference in the statutory language. As my colleagues note, s. 15.2(4)(c) (initial applications) requires a court to consider an agreement between the parties but s. 17(4.1) (variation applications) has no express direction to consider agreements. For several reasons, my view is that the absence of an express direction in s. 17(4.1) does not support giving different weight to the parties' agreement in these two situations.

[80] The Court's decisions have never attached great importance to the differences between initial applications and variation applications in relation to the role of the parties' agreement in determining support. The approach of the trilogy, we should remember, applied to both situations: see *Richardson*, at pp. 866-67. In *G. (L.)*, L'Heureux-Dubé J. did not attribute any significance to the difference between the language in ss. 15 and 17 in relation to the importance of the parties' agreement with respect to an initial and a variation application:

Section 17, which governs variation orders, restates for its part the general provisions applicable to a support order without specifically mentioning the obligation to take into account agreements concluded between the parties. One should not conclude, however, that such agreements should be ignored when applications to vary support orders are made, especially when they were intended to be a final settlement, and were ratified by the original support order, an order which must be taken into account. [para. 55]

[81] As I have noted earlier, the Court in *Miglin* specifically addressed the issue of whether the difference in statutory language should result in a significantly different weight being given to the agreement on a variation application. The Court concluded that it should not (para. 91, cited above at para. 74). I conclude that consistent and recent authority from this Court is against inferring, as my colleagues do, that the difference in the statutory language supports giving the parties' agreement

[79] Je traiterai d'abord de la différence de libellé entre les dispositions législatives. Comme le soulignent mes collègues, l'al. 15.2(4)c) (demande initiale) oblige le tribunal à tenir compte d'une entente intervenue entre les parties, alors que le par. 17(4.1) (demande de modification) ne l'oblige pas expressément à tenir compte des accords. J'estime, pour plusieurs raisons, que l'absence d'une obligation expresse au par. 17(4.1) ne permet pas de donner à l'accord entre les parties un poids différent dans ces deux situations.

[80] Dans ses arrêts, la Cour n'a jamais attaché une grande importance aux différences entre les demandes initiales et les demandes de modification pour ce qui est du rôle de l'accord entre les parties dans l'examen de la question des aliments. La démarche proposée dans la trilogie, ne l'oublions pas, s'applique dans les deux cas : voir *Richardson*, p. 866-867. Dans *G. (L.)*, la juge L'Heureux-Dubé n'a accordé aucune importance à la différence entre le libellé des art. 15 et 17 quant à l'importance de l'accord entre les parties relativement à une demande initiale et à une demande de modification :

Pour sa part, l'art. 17, qui régit les ordonnances modificatives, reprend dans son ensemble les dispositions générales applicables à une ordonnance alimentaire sans spécifiquement mentionner l'obligation de tenir compte des ententes intervenues entre les parties. On ne saurait en conclure, pour autant, que de telles conventions doivent être ignorées lors de demandes de modification d'ordonnances alimentaires, surtout lorsqu'elles ont été conclues en guise de règlement définitif et sont entérinées par l'ordonnance alimentaire originale dont il doit être tenu compte. [par. 55]

[81] Comme je l'ai noté précédemment, la Cour a examiné explicitement dans *Miglin* la question de savoir si l'on devrait donner un poids très différent à l'accord dans le cadre d'une demande de modification en raison du libellé différent des dispositions législatives. La Cour a répondu à cette question par la négative (par. 91, précité, au par. 74). À mon sens, la jurisprudence constante et récente de notre Cour ne permet pas de conclure, comme le font mes collègues, que la différence dans le

different weight on an initial application and on a variation application.

[82] My colleagues write that the factors to be considered on a variation application and an initial application are “significantly different” (para. 22) and that the differences in language require that the s. 15.2 and the s. 17 analyses be kept distinct. Respectfully, the statutory text does not bear this out.

[83] In order to have the authority to vary the earlier order, the “court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order” (s. 17(4.1)). Section 15.2(4) provides that the “condition, means, needs and other circumstances of each spouse” *includes*, by virtue of s. 15.2(4)(c), any agreement or arrangement relating to support of either spouse. But even without that express inclusion, the parties’ agreement must fall within the “condition, means, needs or other circumstances” for the purposes of s. 17(4.1). I do not understand how s. 15.2(4)(c), by specifically *including* the parties’ agreement as one aspect of their “condition, means, needs and other circumstances”, can be understood to limit consideration of that agreement as an aspect of their “condition, means, needs or other circumstances” under s. 17(4.1). Moreover, the statutory objectives of the initial and the varied order are virtually identical, as a comparison of s. 15.2(6) and s. 17(7) shows. Respectfully, the “differences in language” between ss. 15.2 and 17 on close examination are very minor and provide no foundation for keeping the analyses under these two provisions “distinct” in relation to the weight to be given to the parties’ agreement.

[84] Similarly, I do not understand how, as a matter of logic, the parties’ comprehensive and

libellé des dispositions législatives justifie que l’on donne à l’accord entre les parties un poids différent selon qu’il s’agit d’une demande initiale ou d’une demande de modification.

[82] Selon mes collègues, les facteurs dont il faut tenir compte sont « nettement différents » (par. 22) selon qu’il s’agit d’une demande de modification ou d’une demande initiale, et les différences dans le libellé des art. 15.2 et 17 commandent des analyses distinctes. En toute déférence, cette interprétation n’est pas étayée par le libellé de la loi.

[83] Pour être autorisé à modifier l’ordonnance antérieure, le tribunal « s’assure qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que cette ordonnance [. . .] a été rendue » (par. 17(4.1)). Selon le par. 15.2(4), les « ressources, [l]es besoins et, d’une façon générale, [. . .] la situation de chaque époux » *englobent*, par application de l’al. 15.2(4)c), toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l’un ou l’autre des époux. Mais même si l’on fait abstraction de cette inclusion expresse, l’accord entre les parties doit être compris dans « les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation » des parties pour l’application du par. 17(4.1). Je ne vois pas comment il est possible de dire que l’al. 15.2(4)c), en *incluant* explicitement l’accord comme un élément « des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation » des époux, restreint la prise en compte de leur accord en tant qu’élément compris dans « les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation » des époux pour l’application du par. 17(4.1). En outre, comme le révèle la comparaison des par. 15.2(6) et 17(7), les objectifs législatifs de l’ordonnance initiale et ceux de l’ordonnance modificative sont presque identiques. En toute déférence, il ressort d’un examen attentif des art. 15.2 et 17 que les « différences dans leur libellé » sont très minimes et ne justifient pas que les analyses effectuées pour l’application de ces deux dispositions demeurent « distinctes » en ce qui concerne le poids à donner à l’accord entre les parties.

[84] De la même façon, je ne vois pas comment l’accord global et définitif entre les parties ne

final agreement could not be central to considering whether there had been a material change. The *Willick* test is applied on the basis that a change is not material if it was known to the parties or must reasonably be taken as having been contemplated by them. The parties' agreement is critical evidence of what they actually or ought reasonably to be taken to have contemplated at the time.

[85] My colleagues further conclude that the majority judgment in *Miglin* was responsive to the specific statutory directions in s. 15.2 and should not be imported into variation analysis under s. 17. I agree that the Court in *Miglin* was clear that the "material change" threshold applicable on a variation does not apply on an initial application. However, as I have set out earlier, the Court was also clear that important weight is to be given to the parties' agreement in *both* situations. The Court noted that it would be inconsistent to do otherwise (para. 91). In any event, I do not understand how in logic the Court's analysis in *Miglin* could *not* be applicable to a s. 17 variation. The very issue discussed in *Miglin*'s second step is how change over time affects the weight to be given to an agreement (paras. 88 and 90). That same consideration is an important issue facing a court on a variation application in relation to an initial order that was the product of an agreement.

[86] My colleagues take quite a different approach, proposing that only where an agreement specifically provides for a particular matter will it be of much help in answering the "*Willick* question" (para. 39). As for types of changes other than those specifically addressed in the agreement, the fact of the agreement is likely not to be of much assistance on the material change question. To me, this approach is at odds not only with *Miglin*, but also with one of the basic purposes of agreements, namely to apportion the risks of future uncertain

pourrait pas, logiquement, être considéré comme un élément central de la question de savoir s'il est survenu un changement important. On applique le test énoncé dans *Willick* en partant du postulat qu'un changement n'est pas important si les parties en avaient connaissance ou si elles doivent raisonnablement être présumées l'avoir envisagé. L'accord entre les parties constitue une preuve cruciale de ce qu'elles ont effectivement envisagé ou de ce qu'elles doivent raisonnablement être présumées avoir envisagé à l'époque.

[85] Mes collègues concluent aussi que la décision des juges majoritaires dans *Miglin* correspondait aux directives précises données à l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* et ne doit pas être transposée dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 17. Je reconnais que, dans *Miglin*, la Cour a affirmé clairement que le critère préliminaire du « changement important » applicable à une modification ne s'applique pas à une demande initiale. Comme je l'ai noté précédemment, toutefois, la Cour a aussi indiqué clairement qu'il faut donner beaucoup de poids à l'accord entre les parties dans les *deux* situations. La Cour a souligné qu'il serait illogique de ne pas le faire (par. 91). Quoi qu'il en soit, je ne vois pas comment, logiquement, l'analyse effectuée par la Cour dans *Miglin* ne pourrait pas s'appliquer dans le cas d'une modification visée par l'art. 17. La question sur laquelle porte le deuxième volet de l'analyse décrite dans *Miglin* est précisément l'effet de l'écoulement du temps sur le poids qu'il convient de donner à un accord (par. 88 et 90). Cette considération constitue une question importante pour le tribunal saisi d'une demande de modification d'une ordonnance initiale qui découle d'un accord.

[86] Mes collègues ont adopté une démarche fort différente, soutenant que seul un accord prévoyant explicitement un élément particulier est vraiment utile pour répondre à la « question posée dans *Willick* » (par. 39). Quant aux autres types de changements que ceux dont traite explicitement l'accord, l'existence de l'accord ne sera vraisemblablement pas d'un grand secours pour déterminer si un changement important est survenu. À mon avis, cette démarche est incompatible non seulement avec *Miglin*, mais aussi avec l'un des objectifs

events in order to achieve finality and certainty. Giving considerable weight to the parties' comprehensive, final agreement does not, as my colleagues suggest, bring back the "clean break" approach rejected in *Miglin*; it applies the express holding and underlying principles of *Miglin*.

[87] The "change" threshold specified in s. 17 does not apply to initial orders; there is no reference to any "change" requirement in s. 15.2. However, this difference in the statutory language provides no basis for my colleagues' conclusion that the weight to be given to the parties' agreements is different on variation applications than on initial applications. My colleagues rely on para. 61 of *Miglin* to support their contention that there must be a "different approach". However, when the whole of para. 61 is considered, it is in my view clear that this paragraph simply rejects the importation of a material change threshold into s. 15.2. Paragraph 61 of *Miglin* reads:

We disagree, however, with [the] importation of the "material change" test developed for s. 17 of the Act (see *Willick*, *supra*) into s. 15.2 in respect of pre-existing agreements. As we noted earlier, the statutory language simply does not support this. Whereas s. 17 of the Act directs the court to satisfy itself that a change has occurred, s. 15.2 respecting initial support applications does not. Rather, s. 15.2(4) requires the court to consider the length of cohabitation, the roles of the parties during the marriage, and any orders, agreements or arrangements. This explicit direction cannot be avoided, cast, as it is, in mandatory language.

[88] This paragraph, respectfully, has nothing to do with the weight to be given to the parties' agreement when one of them seeks to vary an initial order incorporating that agreement.

[89] My colleagues also refer to para. 62 of *Miglin*. But as that paragraph makes explicit, it

fondamentaux des accords qui consiste à répartir les risques en cas d'imprévus afin de donner un caractère définitif et certain aux accords. Accorder un poids considérable à l'accord global et définitif intervenu entre les parties ce n'est pas rétablir l'approche de la « rupture nette » qui a été rejetée dans *Miglin*, comme le laissent entendre mes collègues, mais appliquer les enseignements exprès et les principes sous-jacents de *Miglin*.

[87] Le critère préliminaire du « changement » prévu à l'art. 17 ne s'applique pas aux ordonnances initiales; l'art. 15.2 ne mentionne aucun « changement » nécessaire. Mais les termes différents utilisés par le législateur ne permettent pas pour autant à mes collègues de conclure que le poids à attribuer à l'accord intervenu entre les parties diffère, selon qu'il s'agit d'une demande de modification ou d'une demande initiale. Mes collègues s'appuient sur le par. 61 de l'arrêt *Miglin* pour conclure qu'une « approche différente » s'impose. Or, à mon avis, il ressort clairement du par. 61 dans son ensemble que la Cour y rejette simplement la transposition du critère préliminaire du changement important dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 15.2. Le paragraphe 61 de *Miglin* est ainsi rédigé :

Cependant, nous ne sommes pas d'accord [. . .] pour introduire dans l'art. 15.2, lorsqu'il s'agit d'accords antérieurs, le critère du « changement important » développé pour l'art. 17 de la Loi (voir *Willick*, précité). Comme nous le notons précédemment, cette interprétation n'est tout simplement pas étayée par le libellé de la loi. L'article 17 de la Loi impose au tribunal de s'assurer qu'il est survenu un changement, alors qu'il n'en est rien pour l'art. 15.2 en matière de demandes initiales de pension alimentaire. Le paragraphe 15.2(4) exige plutôt du tribunal qu'il tienne compte de la durée de la cohabitation, des fonctions que les parties ont remplies au cours du mariage, et de toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement. On ne peut se soustraire à cette directive explicite dont le libellé est impératif.

[88] En toute déférence, cet extrait n'a aucun rapport avec le poids qu'il faut donner à l'accord entre les parties lorsque l'une d'entre elles demande la modification de l'ordonnance initiale à laquelle cet accord est intégré.

[89] Mes collègues citent également le par. 62 de *Miglin*. Or, comme il le précise, ce passage porte

deals with consistency of treatment as between “consensual agreements incorporated into orders and those that are not”. We are here concerned with variation of an order which incorporates an agreement. Paragraphs 60-62 of *Miglin* have nothing to do with the weight to be given to the parties’ agreement in that situation.

(3) Post-Miglin

(a) *Brief Overview of the Jurisprudence*

[90] I turn to the question of how the principles from *Miglin* apply to variation applications. Before setting out what in my opinion is the correct answer to this question, it will be useful to canvass briefly the range of views that have emerged on this issue. Even the brief survey that follows shows that clarification is required.

[91] Most courts have concluded that *Miglin* is relevant to applications to vary support orders which incorporate the parties’ comprehensive separation agreement. However, the courts have taken different approaches to *how* the *Miglin* analysis is relevant. Some courts have been uncertain as to whether both steps of *Miglin*’s analysis are applicable: see, e.g., *Kehler v. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135, at paras. 23-24; *L. (H.) v. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327, at paras. 19-23. Others have taken the view that *Miglin*’s two-step analysis applies to a variation order, without referring to *Willick: Ambler v. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229, at para. 11; *Spencer v. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150, at paras. 9-10. Still others have said that both *Willick* and *Miglin*’s two-step analyses apply: *Turpin v. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48, at paras. 57-62; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647, at para. 49; see also M. D.-Castelli and D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec* (5th ed. 2005), at p. 485; J. Pineau and M. Pratte, *La famille* (2006), at p. 463. Other courts have decided that the approach depends on whether the agreement is a final settlement. If the agreement is a final settlement, both

explicitement sur le traitement cohérent « des ententes consensuelles, qu’elles soient incorporées dans des ordonnances ou non ». La présente affaire vise la modification d’une ordonnance à laquelle une entente est intégrée. Les paragraphes 60 à 62 de *Miglin* n’ont rien à voir avec le poids qu’il faut attribuer à l’accord intervenu entre les parties dans ce cas.

(3) L’état du droit depuis l’arrêt Miglin

a) *Bref aperçu de la jurisprudence*

[90] Je passe à la question de savoir comment les principes dégagés de *Miglin* s’appliquent aux demandes de modification. Avant d’exposer ce qui, selon moi, est la bonne réponse à cette question, je crois utile de passer brièvement en revue les opinions exprimées à ce sujet. Même le bref résumé qui suit démontre que des éclaircissements s’imposent.

[91] La plupart des tribunaux ont conclu que l’arrêt *Miglin* s’applique aux demandes de modification d’une ordonnance alimentaire à laquelle est intégré l’accord de séparation global entre les parties. Les tribunaux ont toutefois adopté des approches différentes quant à la *manière* dont l’analyse décrite par *Miglin* est pertinente. Certains d’entre eux n’étaient pas convaincus que les deux volets de cette analyse s’appliquent : voir notamment *Kehler c. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135, par. 23-24; *L. (H.) c. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327, par. 19-23. D’autres ont jugé que l’analyse en deux volets proposée dans *Miglin* s’applique à une ordonnance modificative, sans mentionner l’arrêt *Willick : Ambler c. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229, par. 11; *Spencer c. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150, par. 9-10. D’autres encore ont affirmé qu’il faut appliquer à la fois l’arrêt *Willick* et l’analyse en deux volets proposée par *Miglin : Turpin c. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48, par. 57-62; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647, par. 49; voir aussi M. D.-Castelli et D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec* (5^e éd. 2005), p. 485; J. Pineau et M. Pratte, *La famille* (2006), p. 463. D’autres tribunaux ont décidé que la

Miglin steps apply. If it is not a final settlement, the *Willick* material change test applies: see, e.g., *Templeton v. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392, at paras. 6-10. Others take the view that the party seeking variation must satisfy both the *Willick* “material change” threshold and the second step in the *Miglin* test: see, e.g., *Kemp v. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL) (S.C.J.), at paras. 61-76. Two prominent commentators have also essentially adopted this view: J. G. McLeod, Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25, at pp. 29-30; Payne and Payne, at pp. 284-86.

(b) *The Correct Analytical Approach*

[92] In my view, when faced with an application to vary a support order under s. 17, courts should refer to the following approach. I address here only variation applications that are subject to the material change threshold under s. 17. I am not intending to address variation applications that are subject to the limitation provided for in s. 17(10).

1. The core of the court’s task when dealing with an application to vary a support order which incorporates the support provisions of the parties’ comprehensive, final separation agreement is to balance the goal of preserving autonomy and certainty with ensuring the support arrangements are in substantial compliance with the overall objectives of the Act.
2. *Willick* establishes the principle that the order for which variation is sought, unless set aside, is assumed to have been correct when made and is not challenged on the variation application. This means that the first step of *Miglin* is generally not relevant on the variation application

marque à suivre dépend de la question de savoir si l’accord constitue un règlement définitif. S’il s’agit d’un règlement définitif, les deux volets de l’analyse prescrite par *Miglin* s’appliquent. Dans le cas contraire, c’est le test du changement important énoncé dans *Willick* qui s’applique : voir notamment *Templeton c. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392, par. 6-10. Selon d’autres tribunaux, la partie qui sollicite la modification de l’ordonnance doit satisfaire à la fois au critère préliminaire du « changement important » énoncé dans *Willick* et au deuxième volet du test établi dans *Miglin* : voir notamment *Kemp c. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL) (C.S.J.), par. 61-76. Deux éminents commentateurs ont aussi adopté essentiellement ce point de vue : J. G. McLeod, Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25, p. 29-30; Payne et Payne, p. 284-286.

b) *La bonne démarche analytique*

[92] À mon avis, les tribunaux saisis d’une demande de modification d’une ordonnance alimentaire en vertu de l’art. 17 doivent s’en remettre à la démarche exposée ci-après. Cette démarche touche uniquement les demandes de modification assujetties au critère préliminaire du changement important sous le régime de l’art. 17. Je n’entends pas me prononcer sur les demandes de modification assujetties à la restriction prévue au par. 17(10).

1. La tâche du tribunal appelé à trancher une demande de modification d’une ordonnance incorporant les dispositions alimentaires de l’accord de séparation global et définitif entre les parties consiste essentiellement à trouver un juste équilibre entre, d’une part, l’objectif de préserver l’autonomie et la certitude et, d’autre part, la nécessité de s’assurer que les arrangements alimentaires sont conformes pour l’essentiel aux objectifs généraux de la Loi.
2. *Willick* établit le principe suivant : l’ordonnance dont la modification est sollicitée, et qui n’a pas été annulée, était juste au moment où elle a été rendue et elle n’est pas contestée dans la demande de modification. Cela signifie que le premier volet de l’analyse proposée dans

because those issues are taken to have been decided when the agreement was incorporated into the order (J. G. McLeod, Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229; McLeod, Annotation to *Dolson*, at pp. 29-30; Payne and Payne, at pp. 285-86).

3. The threshold under s. 17 is that set out in *Willick*, that is, “a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation” (p. 688). In the context of an application to vary a support order that incorporates the parties’ comprehensive final agreement, a change, in order to be “material”, must be a change that (1) relates to something that was not either expressly addressed by the parties in the agreement or that cannot be taken as having been in their contemplation; and (2) results in the support provision, considered in the context of the entire agreement, no longer being in substantial compliance with the objectives of the Act as a whole.
4. With respect to point (1), the analysis at step two of *Miglin* should inform the inquiry. A comprehensive and final agreement which contains no review or variation mechanism must be taken to have been entered into in contemplation of the matters expressly dealt with as well as of the sorts of changes in circumstances that were or must have been in the parties’ contemplation at the time of the order (*Miglin*, at para. 89). The test, however, is not simple foreseeability in its broadest sense as virtually any change is foreseeable: see *Miglin*, at para. 89; *G. (L.)*, at para. 51; *Stones v. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41, at paras. 15-16; *Innes v. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69 (S.C.J. (Div. Ct.)), at paras. 25-27. Rather, the issue for the court is whether the parties have either expressly contemplated the situation now relied on as a

Miglin n’est généralement pas pris en compte dans le cadre de la demande de modification parce que l’on suppose que ces questions ont été tranchées au moment où l’accord a été intégré dans l’ordonnance (J. G. McLeod, Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229; McLeod, Annotation to *Dolson*, p. 29-30; Payne et Payne, p. 285-286).

3. Le critère préliminaire pour l’application de l’art. 17 est énoncé dans *Willick*, soit « un changement qui, s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l’élément qu’on présente comme un changement était connu à l’époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d’une modification » (p. 688). Dans le contexte d’une demande de modification d’une ordonnance alimentaire à laquelle l’accord global et définitif entre les parties est intégré, un changement n’est « important » que s’il (1) concerne un élément dont les parties n’ont pas traité expressément dans l’accord ou qu’elles ne peuvent être présumées avoir envisagé; et (2) fait en sorte que l’ordonnance alimentaire, considérée dans le contexte de l’accord complet, n’est plus conforme pour l’essentiel aux objectifs de la Loi dans son ensemble.
4. En ce qui concerne le point (1), l’examen doit tenir compte du deuxième volet de l’analyse proposée dans *Miglin*. Un accord global et définitif qui ne prévoit aucune procédure de révision ou de modification doit être présumé avoir envisagé à la fois les éléments qui y sont expressément traités et les types de changements de situation que les parties ont envisagés ou devraient avoir envisagés au moment où l’ordonnance a été rendue (*Miglin*, par. 89). Le critère applicable n’est cependant pas la simple imprévisibilité dans son sens le plus large, car pratiquement tous les changements sont prévisibles : voir *Miglin*, par. 89; *G. (L.)*, par. 51; *Stones c. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41, par. 15-16; *Innes c. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69 (C.S.J. (C. div.)), par. 25-27. Le tribunal doit plutôt se demander si les parties

material change or, having regard to the terms of the agreement and the surrounding circumstances, must be taken as having contemplated it. Lambert J.A. put it well in *Stones*, at para. 16, when he said that the matter is one which the parties must have had in contemplation and built into the framing of their agreement. This is consistent with what was said in *Miglin*: the question “is the extent to which the . . . agreement can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application” (para. 89). The converse is also true: the non-occurrence of an event that was contemplated as going to occur may also give rise to a material change in circumstances.

5. With respect to point (2), the relevant part of the analysis from the second step in *Miglin* applies. *Miglin* directs that, when measuring whether the agreement continues in the current circumstances to substantially comply with the objectives of the Act, *all* of the objectives of the Act must be taken into consideration. These include not only the statutory objectives specific to support orders but also the broader objectives of finality, certainty and autonomy that Parliament has endorsed in the Act (*Miglin*, at paras. 53-57 and 91).
6. If a material change is identified, the agreement is also to be considered in determining what variation is justified. Change is not a threshold that permits the court “to jettison the agreement entirely” (*Miglin*, at para. 90). Rather, judges making variation orders under s. 17 should limit themselves to making the appropriate variation, but should not make a fresh order unrelated to the existing one (*Miglin*, at para. 91). I agree with Abella and Rothstein JJ. that the court “should limit itself to making the variation which is appropriate in light of the change” (para. 50).

ont envisagé explicitement la situation maintenant invoquée comme changement important ou s’il faut présumer qu’elles l’ont envisagée, compte tenu des stipulations de l’accord et de l’ensemble des circonstances. Le juge Lambert l’a bien expliqué dans *Stones*, au par. 16, en affirmant qu’il doit s’agir d’un élément que les parties ont dû envisager et qu’elles ont intégré dans leur accord. Cette affirmation va dans le sens des propos tenus dans *Miglin* : il s’agit de savoir « dans quelle mesure on peut dire que l’accord [. . .] a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande » (par. 89). La réciproque est également vraie : l’inexistence d’un fait dont la survenance était envisagée peut aussi entraîner un changement de situation important.

5. Quant au point (2), la partie pertinente du deuxième volet de l’analyse proposée dans *Miglin* trouve application. *Miglin* précise qu’il faut prendre en considération *tous* les objectifs de la Loi pour déterminer si, au moment de l’examen, l’accord demeure conforme pour l’essentiel aux objectifs de la Loi. Ceux-ci comprennent non seulement les objectifs législatifs propres aux ordonnances alimentaires, mais aussi les objectifs plus larges du règlement définitif, de la certitude et de l’autonomie que le législateur a adoptés dans la Loi (*Miglin*, par. 53-57 et 91).
6. Si l’on constate un changement important, on doit aussi tenir compte de l’accord pour déterminer quelle modification s’impose. Le changement n’est pas un critère préliminaire qui permet au tribunal « d’écarter totalement l’accord » (*Miglin*, par. 90). Les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l’art. 17 doivent plutôt se limiter à apporter la modification qui s’impose, sans soupeser l’ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l’ordonnance existante (*Miglin*, par. 91). Je conviens avec les juges Abella et Rothstein que le tribunal « doit se limiter à apporter la modification qui s’impose en raison du changement » (par. 50).

D. Application

[93] The parties separated in April 2002 and were divorced on May 13, 2003. On April 30, 2003, the parties entered into a “Consent to Judgment on Provisional Measures and Accessory Measures” which I will refer to as the agreement. Each party was represented by counsel.

[94] The 17-page agreement was comprehensive, addressing in detail custody, access, child and spousal support and partition of the family patrimony. It recited that the parties wished to enter into a final agreement settling all of the provisional and accessory measures including, among other things, spousal support. The agreement noted that the former wife was receiving disability insurance and provided for indexed spousal support without time limit or mechanism for review.

[95] The husband was at all times fully aware of his wife’s medical condition. In fact, the evidence showed that both before and after separation, he made representations to her disability insurer, to pension personnel and to tax authorities that she was unable to work. For example, he wrote to tax authorities on August 12, 2002 (about five months after the separation, but about eight months before the separation agreement was signed in April of 2003), asking for a cancellation of interest and penalties imposed on him, pleading inability to pay. In addition to other matters which the husband relied on to support his request to the tax authorities, he referred to [TRANSLATION] “the precarious and greatly deteriorated state of health of my wife, who has experienced six (6) new attacks of multiple sclerosis over the past two (2) years”.

[96] As called for by the agreement, its provisions were incorporated into a court order (dated May 13, 2003), including those relating to indexed spousal support (with no time limit or provision for automatic review) payable by the husband to the wife in the amount of \$3,688 per month. The preamble

D. Application

[93] Les parties se sont séparées en avril 2002 et ont divorcé le 13 mai 2003. Le 30 avril 2003, les parties ont signé un [TRADUCTION] « Consentement à jugement sur les mesures temporaires et les mesures accessoires » que j’appellerai l’accord. Elles étaient toutes deux représentées par un avocat.

[94] L’accord de 17 pages est complet et traite en détail de la garde, des droits de visite et de la pension alimentaire pour les enfants, de la pension alimentaire au profit de l’épouse et du partage du patrimoine familial. L’accord mentionne la volonté des parties de conclure un règlement définitif établissant toutes les mesures provisoires et accessoires, y compris la pension alimentaire au profit de l’épouse. L’accord mentionnait que l’épouse touchait des prestations d’assurance-invalidité, et il prévoyait le versement d’une pension alimentaire indexée au profit de l’épouse, sans en limiter la durée ni l’assujettir à un processus de révision.

[95] L’époux a toujours été pleinement conscient de l’état de santé de son épouse. En fait, la preuve démontre qu’il a affirmé, tant avant qu’après la séparation, à l’assureur invalidité de son épouse, aux responsables des pensions et au fisc qu’elle était inapte au travail. Par exemple, il a écrit au fisc le 12 août 2002 (environ cinq mois après la séparation, mais environ huit mois avant la signature de l’accord de séparation en avril 2003) pour lui demander d’annuler les intérêts et les pénalités qui lui avaient été imposés, se disant incapable de les payer. Outre les autres éléments qu’il a invoqués à l’appui de sa demande adressée au fisc, l’époux a mentionné « l’état de santé précaire et grandement détérioré de mon épouse, laquelle a subi six (6) nouvelles poussées de sclérose en plaque[s] au cours des deux (2) dernières années ».

[96] Comme le stipulait l’accord, ses dispositions ont été intégrées dans une ordonnance judiciaire (datée du 13 mai 2003), notamment celles prévoyant une pension alimentaire indexée de 3 688 \$ par mois, payable par l’époux au profit de l’épouse (sans durée limitée ni révision automatique). Le

to the order states that the parties took into account the criteria set out in s. 15.2(4) of the *Divorce Act* and those set out in s. 15.2(6).

[97] In my respectful view, the Court of Appeal erred in finding that there had been a change in the “means, needs or other circumstances of either former spouse” since the making of the spousal support order which would justify varying it under s. 17(4.1) of the Act. While I am of the view that the agreement in this case should receive greater weight than my colleagues believe, I nonetheless agree with the conclusion found at para. 60 of their reasons that there has not been a material change in circumstances in this case.

[98] The parties reached a comprehensive agreement that they intended to be a final settlement of all the outstanding issues between them. The husband knew his wife had multiple sclerosis and could not be expected to seek employment outside the home. The agreement provided for spousal support that was not time-limited or subject to any review mechanism set out in the agreement and was indexed. In light of the terms of the agreement and the circumstances known to the parties at the time, the fact that the wife would not seek employment outside the home must be taken to have been contemplated by their agreement. The wife’s failure to search for work cannot be viewed as a circumstance that departed from the reasonable outcomes anticipated by the parties in framing the agreement (*Miglin*, at para. 91). This was not something that “if known at the time, would likely have resulted in different terms” (*Willick*, at p. 688).

[99] I agree with my colleagues that the findings of the judge at first instance that the wife was capable of working outside the home and that she should seek to become economically self-sufficient are not sustainable in light of the circumstances at the time the original order was made (paras. 52-56).

préambule de l’ordonnance mentionne que les parties ont tenu compte des critères énumérés au par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce* et de ceux énoncés au par. 15.2(6).

[97] À mon avis, la Cour d’appel a conclu à tort qu’il était survenu un changement dans « les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux » depuis le prononcé de l’ordonnance alimentaire au profit de l’épouse, dont la modification aurait été justifiée par un tel changement au titre du par. 17(4.1) de la Loi. Bien que j’estime qu’il faut ici donner à l’accord plus de poids que le pensent mes collègues, je souscris à leur conclusion, exprimée au par. 60 de leurs motifs, selon laquelle il n’est survenu aucun changement de situation important en l’espèce.

[98] Les parties ont conclu un accord global visant à régler de manière définitive toutes les questions qui les opposaient. L’époux savait que son épouse avait la sclérose en plaques et qu’on ne pouvait pas s’attendre à ce qu’elle cherche un emploi à l’extérieur du foyer. L’accord prévoyait le versement d’une pension alimentaire indexée au profit de l’épouse, sans en limiter la durée ni l’assujettir à un processus de révision quelconque fixé dans l’accord. Vu les stipulations de l’accord et les circonstances connues des parties à l’époque, il faut présumer que l’accord envisageait le fait que l’épouse ne chercherait pas un emploi à l’extérieur du foyer. On ne peut considérer que l’omission de l’épouse de chercher un emploi représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu’anticipaient les parties lorsqu’elles ont rédigé l’accord (*Miglin*, par. 91). Il ne s’agissait pas d’un élément qui, « s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick*, p. 688).

[99] Je conviens avec mes collègues que les conclusions que l’épouse pouvait travailler à l’extérieur du foyer et qu’elle devrait essayer d’acquiescir son autonomie financière, tirées par la juge du procès, sont insoutenables compte tenu de la situation existante au moment où l’ordonnance initiale a été rendue (par. 52-56).

[100] I would therefore join Abella and Rothstein JJ. in proposing to allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Miriam Grassby & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Devine, Schachter, Polak, Westmount, Quebec.

Solicitors for the interveners: Goldwater, Dubé, Westmount, Quebec.

[100] Je me joins donc aux juges Abella et Rothstein pour proposer d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Miriam Grassby & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Devine, Schachter, Polak, Westmount, Québec.

Procureurs des intervenants : Goldwater, Dubé, Westmount, Québec.