

Eric Juri Miglin *Appellant*

v.

Linda Susan Miglin *Respondent*

INDEXED AS: MIGLIN v. MIGLIN

Neutral citation: 2003 SCC 24.

File No.: 28670.

2002: October 29; 2003: April 17.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Family law — Divorce — Corollary relief — Spousal support — Separation agreement — Spousal support release clause — Spouses executing final separation agreement containing release of any future claims for spousal support — Wife subsequently applying for spousal support under s. 15 of Divorce Act — Appropriate threshold for judicial intervention in separation agreement on application for spousal support — Weight to be attributed to spousal support release clause in separation agreement — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

Trial — Fairness — Divorce — Corollary relief — Spousal support — Whether trial judge's comments and interventions raised reasonable apprehension of bias.

Five years after the parties were married in 1979, they purchased a lodge in northern Ontario as equal shareholders, and ran it together as a family business. The parties each drew a salary from the business of \$80,500 per annum. They had four children and the family divided their time between the lodge and the matrimonial home in Toronto. In 1993, the parties separated when the children were between 2 and 7½ years of age. The wife was then 41 and the husband 43 years old. After more than a year of negotiations, they executed a separation agreement containing a full and final spousal support release clause. It was agreed that the children would reside primarily with the wife, and that the husband would pay \$60,000 per annum for their support. He also agreed to pay the

Eric Juri Miglin *Appellant*

c.

Linda Susan Miglin *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MIGLIN c. MIGLIN

Référence neutre : 2003 CSC 24.

Nº du greffe : 28670.

2002 : 29 octobre; 2003 : 17 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit de la famille — Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Accord de séparation — Clause de renonciation aux aliments entre époux — Accord définitif de séparation contenant une clause de renonciation à toute créance alimentaire future entre époux — L'épouse demande par la suite des aliments à son profit en vertu de l'art. 15 de la Loi sur le divorce — Critère préliminaire d'intervention judiciaire dans un accord de séparation sur requête en aliments entre époux — Poids à donner à la clause de renonciation aux aliments entre époux dans l'accord de séparation — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2.

Procès — Équité — Divorce — Mesures accessoires — Aliments entre époux — Les commentaires et interventions du juge suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité?

Cinq ans après leur mariage en 1979, les parties achètent un hôtel dans le nord de l'Ontario comme actionnaires à parts égales et l'exploitent ensemble. Les parties tirent chacune de l'entreprise familiale un salaire de 80 500 \$ par an. Ils ont quatre enfants et la famille partage son temps entre l'hôtel et la maison conjugale à Toronto. En 1993, les parties se séparent; les enfants ont alors entre 2 et 7 ans et demi, l'épouse 41 ans et l'époux 43 ans. Après plus d'un an de négociations, ils signent une entente de séparation comprenant une clause de libération totale et définitive de toute créance alimentaire entre époux. Il est convenu que les enfants habiteront principalement chez l'épouse et que l'époux versera des aliments de 60 000 \$ par an pour les enfants et assumera la responsabilité des

mortgage on the matrimonial home. Pursuant to the agreement, the husband transferred his one-half interest in the matrimonial home, valued at \$250,000, to the wife, while the wife released her interest in the lodge, valued at \$250,000, to the husband. In addition, the wife released any interest in his unvalued outfitting business. The parties also executed a consulting agreement between the wife and the lodge that provided her with an annual salary of \$15,000 for a period of five years, renewable on the consent of the parties. After their divorce, relations between the parties became acrimonious. Approximately four years after the separation agreement and six months before the expiry of the consulting agreement, the wife applied for sole custody, child support and spousal support under s. 15 (now s. 15.2) of the *Divorce Act*. The trial judge awarded the wife spousal support in the amount of \$4,400 per month for a period of five years. The Court of Appeal upheld the award of support and removed the five-year term.

Held (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: The narrow test enunciated in the *Pelech* trilogy for interfering with a pre-existing agreement is not appropriate in the current statutory context. Agreements concluded with the intent that they be final may, in limited circumstances, be overridden on grounds other than those defined in the trilogy, which established that a court was permitted to override a final agreement on spousal support only where there has been a radical and unforeseen change in circumstances that was causally connected to the marriage. Judicial and societal understandings of spousal support have changed since the release of *Pelech*, and recognize different models of support as appropriate in different circumstances. That the spousal support objectives in s. 15.2 often conflict suggests that Parliament intended to vest a significant discretion in trial judges to assess the weight to be given to each objective against the very particular backdrop of the parties' circumstances. The trilogy's singular emphasis on self-sufficiency and a clean break is too crude; some circumstances will call for compensatory support, as in *Moge*, or for non-compensatory support, as in *Bracklow*. Nevertheless, economic self-sufficiency is a legislative objective, and the Act as a whole advances the objectives of certainty, finality and negotiated settlements. On an initial application for support under s. 15.2, the concept of a change in circumstances has no relevance, except to the limited extent that there might have been a pre-existing order or agreement that must be considered. The 1985 Act militates in favour of a contextual assessment of all the circumstances, including the

paiements hypothécaires sur la maison. Selon l'accord, l'époux transférait à l'épouse son intérêt de moitié dans la maison conjugale, évalué à 250 000 \$, et l'épouse transférait à l'époux son intérêt de moitié dans l'hôtel, évalué aussi à 250 000 \$. De plus, l'épouse renonçait à tout droit sur l'entreprise de pourvoirie de l'époux, dont la valeur n'est pas évaluée. Les parties signent aussi une entente de consultation entre l'épouse et l'hôtel lui fournissant un salaire annuel de 15 000 \$ pendant cinq ans, renouvelable sur consentement mutuel des parties. Après le divorce, les relations entre les ex-époux deviennent acrimonieuses. Quatre ans environ après l'accord de séparation, et six mois avant l'expiration de l'entente de consultation, l'épouse fait une demande de garde exclusive des enfants, d'aliments au profit des enfants et d'aliments à son profit en vertu de l'art. 15 (maintenant art. 15.2) de la *Loi sur le divorce*. Le juge de première instance lui accorde une pension alimentaire de 4 400 \$ par mois pour cinq ans. La Cour d'appel confirme le montant des aliments et annule la limite de cinq ans.

Arrêt (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Le critère étroit énoncé dans la trilogie *Pelech* pour la modification d'une entente antérieure ne s'applique pas dans le contexte législatif actuel. Des ententes conclues avec l'intention de leur donner un caractère définitif peuvent, dans des cas limités, être écartées pour des motifs autres que ceux énoncés dans la trilogie qui établissait qu'un tribunal pouvait écarter une entente alimentaire définitive entre conjoints dans le seul cas où était survenu un changement radical et imprévisible ayant un lien de causalité avec le mariage. La conception du rôle de la pension alimentaire entre époux a changé dans la société et dans la jurisprudence depuis l'arrêt *Pelech* et reconnaît différents modèles adaptés à des situations différentes. Le fait que les objectifs de la pension alimentaire entre époux énoncés à l'art 15.2 sont souvent contradictoires permet de penser que le législateur entendait conférer aux juges de première instance un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'appréciation du poids à accorder à chaque objectif, dans le contexte précis de la situation des parties. L'insistance de la trilogie sur l'autonomie et la rupture nette est trop sommaire. Certaines situations exigent un modèle compensatoire, comme dans *Moge*, ou non compensatoire, comme dans *Bracklow*. Néanmoins l'indépendance économique est un objectif de la Loi qui, dans son ensemble, favorise les objectifs de la certitude, du règlement définitif et des règlements négociés. Dans le cadre d'une demande initiale de pension alimentaire fondée sur l'art. 15.2, le concept de changement dans la situation n'a aucune pertinence, sauf dans la mesure*

content of the agreement. The Court of Appeal erred in incorporating the material change test from s. 17 into s. 15.2. It is not the existence of change *per se* that matters but whether, at the time of the application, all the circumstances render continued reliance on the pre-existing agreement unacceptable.

An initial application for spousal support inconsistent with a pre-existing agreement requires a two-stage investigation into all the circumstances surrounding that agreement, first at the time of its formation, and second, at the time of the application. Unimpeachably negotiated agreements that represent the intentions and expectations of the parties and that substantially comply with the objectives of the *Divorce Act* as a whole should receive considerable weight. Holding that any agreement that deviates from the objectives listed in s. 15.2(6) would inevitably be given little or no weight would seriously undermine the significant policy goal of negotiated settlement and would undermine the parties' autonomy and freedom to structure their post-divorce lives in a manner that reflects their own objectives and concerns. It would also render the direction to consider prior agreements in s. 15.2(4)(c) meaningless. In searching for a proper balance between consensus and finality on the one hand, and sensitivity to the unique concerns that arise in the post-divorce context on the other, a court should be guided by the objectives of spousal support listed in the Act, but should also treat the parties' reasonable best efforts to meet those objectives as presumptively dispositive of the spousal support issue. The court should set aside the wishes of the parties as expressed in a pre-existing agreement only where that agreement fails to be in substantial compliance with the overall objectives of the Act, including certainty, finality and autonomy.

At the first stage, the court should look at the circumstances in which the agreement was negotiated and executed to determine whether there is any reason to discount it, including any circumstances of oppression, pressure or other vulnerabilities. Circumstances less than "unconscionability" in the commercial law context may be relevant, but a court should not presume an imbalance of power. Further, the degree of professional assistance received by the parties may be sufficient to overcome any systemic imbalances between the parties. Next, the court must consider the substance of the agreement to determine whether it is in substantial compliance with the Act. Assessment of an agreement's substantial compliance with the entire Act will necessarily permit a broader gamut of arrangements than would be the case if testing

limitée où préexiste une ordonnance ou une entente dont il faut tenir compte. La Loi de 1985 milite en faveur d'une appréciation contextuelle de l'ensemble de la situation, y compris le contenu de l'entente. La Cour d'appel a fait erreur en incorporant le critère de changement de l'art. 17 dans l'art. 15.2. Ce n'est pas la survenance d'un changement en soi qui importe, mais la question de savoir si, au moment de la demande, l'ensemble des circonstances rendent inacceptable le maintien de l'accord antérieur.

Une demande initiale d'aliments entre époux incompatible avec un accord antérieur exige un examen en deux temps de toutes les circonstances relatives à l'accord, d'abord au moment de sa conclusion, puis au moment de la demande. Il faut donner beaucoup de poids à une entente, négociée de façon irréprochable, 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. Conclure que tout accord dérogeant aux objectifs du par. 15.2(6) n'aura que peu ou pas de poids serait une atteinte sérieuse à l'important objectif d'encourager le règlement négocié, ainsi qu'une atteinte à l'autonomie et à la liberté des parties de structurer leurs vies après le divorce d'une manière qui reflète leurs propres objectifs et préoccupations. Cela enlèverait aussi tout son sens à la directive de l'al. 15.2(4)c) de prendre en compte les ententes antérieures. Dans la recherche d'un juste équilibre entre consensus et règlement définitif, d'une part, et l'attention aux problèmes très particuliers qui surviennent après le divorce, d'autre part, le tribunal devrait être guidé par les objectifs de la Loi en matière d'aliments entre époux et devrait aussi présumer déterminants, en matière d'aliments, les efforts raisonnables qu'ont faits les parties pour atteindre ces objectifs. Le tribunal ne devrait faire abstraction des désirs exprimés par les parties dans un accord préexistant que si l'accord n'est pas conforme, pour l'essentiel, aux objectifs généraux de la Loi, y compris les objectifs de la certitude, du règlement définitif et de l'autonomie.

À la première étape, le tribunal devrait examiner les circonstances dans lesquelles l'accord a été négocié et conclu afin de décider s'il y a lieu de l'écartier, notamment la présence d'oppression, de pression ou autres sources de vulnérabilité. Une situation moins qu'"abusive" en contexte de droit commercial peut être pertinente mais le tribunal ne devrait pas présumer l'existence d'un déséquilibre des forces. De plus, l'aide professionnelle donnée aux parties peut suffire à neutraliser un déséquilibre systémique entre les parties. Ensuite, le tribunal doit examiner le contenu de l'accord, et déterminer s'il est conforme pour l'essentiel à la Loi. L'appréciation de la conformité générale de l'accord à l'ensemble de la Loi permet nécessairement une gamme plus large d'arrangements qu'un examen restreint à son évaluation

agreements narrowly against the support order objectives in s. 15.2(6). Moreover, a determination that an agreement fails to comply substantially with the Act does not necessarily mean that the entire agreement must be set aside. Even an agreement not fully enforceable may still indicate the parties' objectives and understanding of their marriage.

At the second stage, the court must assess whether the agreement still reflects the original intentions of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act. Accordingly, the party seeking to set aside the agreement will need to show that these new circumstances were not reasonably anticipated by the parties, and have led to a situation that cannot be condoned. Some degree of change in the circumstances of the parties is always foreseeable, as agreements are prospective in nature. Parties are presumed to be aware that health, job markets, parental responsibilities, housing markets, and values of assets are all subject to change. 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.

Here, the separation agreement should be accorded significant and determinative weight. At the time of its formation, nothing in the surrounding circumstances indicated that the negotiations or execution of the separation agreement were fraught with vulnerabilities. Both parties had engaged the services of expert counsel and negotiations persisted over a lengthy period. Likewise, nothing in the substance of the agreement demonstrated a significant departure from the overall objectives of the Act. The division of assets in the agreement reflected the parties' needs and wishes at the time and fairly distributed the assets acquired and created by them over the course of their marriage. Moreover, the quantum of child support was arrived at in full contemplation of the wife's spousal support release. The quantum of child support established in the agreement was intended to provide the wife with a minimum amount of income in contemplation of her not working. The change to the obligations regarding childcare did not take the wife's current position outside the reasonable range of circumstances that the parties contemplated in making the agreement. Finally, the consulting contract reflects the parties' intention to provide the wife with a source of employment income for a limited time. The nonrenewal of the contract did not render continued reliance on the original separation agreement inappropriate. The contract stipulated that renewal required the consent of both parties, and there is no evidence of any damaging long-term impact of the

au regard des objectifs énoncés au par. 15.2(6) pour les ordonnances alimentaires. De plus, la conclusion qu'une entente n'est pas conforme pour l'essentiel à la Loi ne signifie pas forcément qu'il faille l'écarte ou l'annuler entièrement. Même une entente qui ne devrait pas être appliquée intégralement peut néanmoins témoigner des objectifs des parties et de leur conception de leur mariage.

À la deuxième étape, le tribunal doit évaluer si l'accord reflète encore les intentions initiales des parties et s'il est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi. La partie demandant que l'accord soit écarté doit donc démontrer que les nouvelles circonstances ne pouvaient raisonnablement pas être prévues par les parties et qu'elles ont mené à une situation qui ne peut être tolérée. Un certain degré de changement est toujours prévisible puisque les accords sont prospectifs. Les parties sont présumées savoir que la santé, le marché du travail, les responsabilités parentales, le marché immobilier, et la valeur des biens peuvent tous changer. 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.

En l'espèce, il faut donner un poids considérable et déterminant à l'accord de séparation. Rien n'indique qu'au moment de sa formation, les circonstances entourant la négociation et la conclusion de l'accord étaient marquées par la vulnérabilité. Les parties ont retenu les services d'avocats chevronnés et les négociations ont duré longtemps. Rien dans le contenu de l'accord n'indique non plus une dérogation importante aux objectifs généraux de la Loi. Le partage des biens effectué dans l'accord de séparation reflète les besoins et la volonté des parties à ce moment et répartit équitablement les actifs acquis et créés par elles au cours de leur mariage. De plus, le montant de la pension alimentaire aux enfants a été fixé en pleine connaissance de la renonciation de l'épouse aux aliments à son profit. Le montant de la pension alimentaire aux enfants fixé dans l'accord fournissait à l'épouse un minimum de revenus, au cas où elle ne travaillerait pas. Le changement survenu dans les obligations relatives au soin des enfants n'a pas placé la situation actuelle de l'épouse en dehors de la gamme des circonstances raisonnablement envisagées par les parties lorsqu'elles ont négocié l'accord. Enfin, l'entente de consultation reflète l'intention des parties d'assurer à l'épouse une source de revenu d'emploi pendant un certain temps. Son non-renouvellement ne suffit pas pour déclarer inapproprié le maintien de l'accord initial. Le contrat stipulait que les deux parties devaient consentir au renouvellement et rien dans la preuve n'indique que le mariage a eu un impact

marriage on the wife's employability or that, at the time of negotiation, she underestimated how long it would take to become self-sufficient. In this sense, the facts in *Moge* are sharply distinguishable. The spousal support release must be assessed in the context of the financial arrangements that were made at the time the agreement was negotiated. Overall, these arrangements sought to redress any disadvantages arising from the marriage while facilitating a disentanglement of their economic lives and promoting finality, autonomy, and self-sufficiency. The wife's evidence regarding her circumstances at the time of her support application fails to demonstrate that the separation agreement fairly negotiated and substantially compliant with the objectives of the Act at its formation is no longer so and therefore should not continue to govern the parties' post-divorce obligations towards each other.

There is no reason to interfere with the Court of Appeal's conclusion that although the trial judge's comments were intemperate and his interventions at times impatient, they do not rise to the level necessary to establish a reasonable apprehension of bias.

Per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): In light of the 1985 amendments to the *Divorce Act* and the Court's recent jurisprudence, it is inappropriate to continue to apply the trilogy's approach. The 1985 *Divorce Act* created a fundamentally different statutory environment from the 1968 Act in two key aspects that are inconsistent with the trilogy: (1) the articulation in s. 15.2(6) of four specific spousal support objectives and (2) the inclusion of separation agreements in s. 15.2(4) as one of the factors relevant to the exercise of judicial discretion in an application for corollary relief. These provisions require courts to engage in a more nuanced analysis than that required under the 1968 Act, starting with the s. 15.2(6) spousal support objectives. The structure of s. 15.2(6) dictates that no single objective is paramount and that courts are required to apply all four of the objectives in an application for corollary relief under s. 15.2. The trilogy's requirement of a radical and unforeseen change in circumstances that is causally connected to the marriage is thus incompatible with the requirements of s. 15.2(6). More broadly, s. 15.2(6) significantly qualifies the role of one of the key philosophies underlying the trilogy's strict threshold: that parties should be required to achieve self-sufficiency quickly and permanently in order to facilitate a "clean break". While self-sufficiency is referenced in s. 15.2(6), it is only one of four objectives. What flows naturally from the language of the 1985 Act is an approach that requires the court to evaluate the parties' agreement at the time of the application for corollary relief to see if it meets the objectives for spousal support enumerated in

préjudiciable à long terme sur la capacité de l'épouse de trouver un emploi ou qu'elle a sous-estimé, au moment de la négociation, le temps qu'il lui faudrait pour devenir autonome. En cela, il faut faire une nette distinction avec les faits de l'arrêt *Moge*. La renonciation aux aliments entre époux doit être évaluée dans le contexte des arrangements financiers conclus au moment de la négociation de l'accord. Globalement, ces arrangements visaient à remédier à tout désavantage résultant du mariage, en plus de désenchevêtrer la situation économique des parties et de favoriser l'autonomie, l'indépendance et le règlement définitif de leurs affaires. La preuve fournie par l'épouse sur sa situation au moment de la demande d'aliments ne démontre pas que l'accord équitablement négocié et qui était conforme pour l'essentiel, au moment de sa formation, aux objectifs de la Loi, ne l'est plus et devrait donc cesser de régir les obligations réciproques des parties après le divorce.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel que les commentaires regrettables du juge de première instance et ses interventions parfois impatientes n'ont pas atteint le niveau requis pour établir une crainte raisonnable de partialité.

Les juges LeBel et Deschamps (dissidents) : Au regard des modifications de la *Loi sur le divorce* et de la jurisprudence récente de la Cour, il n'est pas approprié de continuer à appliquer le critère de la trilogie. La *Loi sur le divorce* de 1985 met en place un régime législatif fondamentalement différent de la Loi de 1968 sous deux aspects incompatibles avec la trilogie : (1) l'énumération, au par. 15.2(6), de quatre objectifs spécifiques à la pension alimentaire et (2) l'inclusion des ententes de séparation, au par. 15.2(4), parmi les facteurs pertinents dans l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire en matière de mesures accessoires. Ces dispositions obligent les tribunaux à entreprendre une analyse plus nuancée que celle que leur imposait la Loi de 1968. Cette analyse débute avec les objectifs énoncés au par. 15.2(6) en matière d'aliments entre époux. La structure du par. 15.2(6) signifie qu'aucun objectif n'est prédominant et que les tribunaux ont l'obligation d'appliquer les quatre objectifs dans une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2. L'exigence qu'impose la trilogie d'un changement radical et imprévu rattaché au mariage par un rapport de causalité est incompatible avec les prescriptions du par. 15.2(6). De façon plus large, le par. 15.2(6) limite considérablement le rôle d'une des idées essentielles qui inspirent le critère préliminaire strict de la trilogie, la conception voulant que les parties soient tenues de parvenir à l'indépendance économique rapidement et définitivement afin de faciliter une rupture nette entre elles. Même si le par. 15.2(6) fait état de l'indépendance économique, cette dernière ne représente

s. 15.2(6). The support objectives, each of which is predicated on the philosophy of marriage as a socio-economic partnership, can be seen as an attempt to achieve an equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown. The degree to which the agreement realizes these objectives in light of all of the parties' circumstances at the time of the application will be the determining factor in according it "finality". *Moge* and *Bracklow* both espouse a contextual approach to spousal support that is fundamentally inconsistent with the emphasis on absolute autonomy, formal equality, and deemed self-sufficiency that grounded the trilogy's privileging of finality, even at the expense of fairness.

Separation and support agreements are made in a unique context and aim to disentangle complex relationships and interdependencies. They are often negotiated in situations that are emotionally charged. They are also inherently prospective in nature and the parties may have difficulty accurately forecasting how the economic consequences of their marriage and its breakdown will play out over time. In cases of marriage breakdown, it is not appropriate to require that circumstances rise to the level of unconscionability before parties' agreements will be reopened. Separation agreements are formed in environments where the assumptions underpinning the enforceability of freely chosen bargains do not apply to the same extent as in the commercial context. It is typically women who come to the bargaining table as the financially dependent spouse, and hence the more vulnerable party in the negotiating process. The unconscionability test is blind to the subtle ways in which the economic disparities between the parties and the parties' respective familial roles, both of which continue to be gender-based, may play into the negotiating process and significantly influence its outcome. Excessive deference to separation agreements because they are presumed to represent the objective expression of the parties' free will is an undesirable policy. Even the presence of counsel may not be sufficient to redress the problems.

The appropriate threshold for overriding a support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2, based on the language of the statute, is whether the agreement is objectively fair at the time of the application. This gives a court a broad jurisdiction and a duty to ensure that matrimonial agreements prove to be consistent with the objectives of the law. It also allows the

qu'un de ses quatre objectifs. L'approche découlant naturellement du libellé de la Loi de 1985 veut que le tribunal examine l'entente des parties au moment de la requête en mesures accessoires pour vérifier si elle est conforme aux objectifs des aliments entre époux énumérés au par. 15.2(6). Tous fondés sur une philosophie du mariage comme association socio-économique, ces objectifs peuvent être considérés comme une tentative de parvenir à un partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec. Le degré de conformité de l'entente avec les objectifs, eu égard à la situation des parties au moment où la requête est présentée, détermine son caractère définitif. *Moge* et *Bracklow* préconisent tous deux une démarche contextuelle en matière d'aliments entre époux qui est fondamentalement incompatible avec la primauté donnée par la trilogie à l'autonomie absolue, à l'égalité formelle et à l'indépendance économique présumée, pour privilégier le règlement définitif au détriment de l'équitable.

Les accords de séparation et les ententes alimentaires entre époux sont conclus dans un contexte très particulier et visent à dénouer des relations et des interdépendances complexes. Leur négociation est souvent chargée d'émotivité. Ils sont de nature intrinsèquement prospective et il peut être difficile pour les parties de prévoir exactement les conséquences économiques futures du mariage et de son échec. Dans le cas de l'échec du mariage, on ne doit pas exiger que la situation atteigne le seuil de l'abusif pour réexaminer l'accord des parties. Les accords de séparation interviennent dans un contexte où les postulats sur lesquels repose la force obligatoire d'ententes librement conclues ne s'appliquent pas de la même façon que dans le cadre commercial. C'est la femme qui arrive habituellement comme conjoint financièrement dépendant à la table des négociations, et donc la partie plus vulnérable dans ce processus. Le concept de l'entente abusive ignore les manières subtiles dont les disparités économiques entre les parties et leurs rôles respectifs dans la famille — qui continuent de différer selon le sexe — entrent en jeu dans le processus de négociation et en déterminent largement l'issue. Une déférence excessive à l'égard des ententes alimentaires parce qu'elles sont présumées l'expression objective de la libre volonté des parties n'est pas une politique souhaitable. Même la représentation par un avocat ne suffit pas toujours à remédier à ces problèmes.

Dans le cas d'une requête en mesures accessoires en vertu de l'art. 15.2, le critère d'intervention du tribunal pour écarter une entente alimentaire, selon le libellé de la loi, est fondé sur l'équité objective de l'entente au moment de la requête. Cela confère au tribunal la compétence générale et l'obligation de s'assurer de la conformité des conventions matrimoniales aux objectifs de la

reviewing court to intervene regardless of whether the unfairness at the time of the application stems from the unfairness of the initial agreement; the parties' failure at the time the agreement was negotiated to accurately predict how the economic consequences of the marriage or its breakdown would play out over time; or changes in the parties' circumstances. It places the emphasis on whether the support agreement has in fact brought about an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. With its emphasis on an objective evaluation of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application, this approach is also appropriately responsive to the unique nature of family law agreements. Finally, the objective fairness approach reflects Parliament's driving consideration with respect to support awards: achieving an equitable disentangling of the parties' economic relationship upon marital breakdown. It is inappropriate to allow parties, by way of private agreements, to subvert this statutory policy, and to require courts to sanction this subversion by mandating deference to unfair agreements.

A fair agreement is one that reasonably realizes the objectives codified in s. 15.2(6). The process of determining whether an agreement is fair will of necessity be fact and context specific. This will require trial judges to make case-by-case determinations based on the whole picture of the parties' relationship. Because parties may attempt to achieve economic equity in a variety of ways, the entirety of the parties' financial arrangement upon marital dissolution and not merely the spousal support provisions in their agreement must be considered. For an agreement to merit deference in an application for corollary relief under s. 15.2, it must recognize the parties' lived reality and must genuinely attempt in light of this reality to equitably apportion the economic consequences flowing from the marriage and its breakdown. Provided that at the time of the application the arrangement falls within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the objectives in s. 15.2(6), it will be enforced. Where an agreement fails to address the dependent spouse's proven need arising from the breakdown of the marriage, however, it is appropriate for the court to intervene on the ground that the agreement is inconsistent with the objectives in s. 15.2(6), even if the agreement achieves some of the parties' other goals in reaching a settlement.

While s. 9(2) recognizes that settlement is to be encouraged, it cannot be read independently from the very specific spousal support objectives outlined in s. 15.2(6). The legislated policy goal is the negotiation of

loi. Il permet aussi au tribunal d'intervenir, que l'injustice existant au moment de la demande résulte de l'iniquité de l'entente initiale ou de l'incapacité des parties, lors de la négociation de l'entente, à prévoir exactement les conséquences économiques du mariage ou de son échec qui se feraient sentir avec le passage du temps, ou encore d'un changement dans la situation des parties. Il met l'accent sur la question de savoir si l'entente alimentaire a opéré en fait une répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. Parce qu'elle met l'accent sur l'évaluation objective du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, cette démarche répond particulièrement bien à la nature particulière des conventions en droit de la famille. Enfin, cette démarche fondée sur l'équité objective reflète bien la décision du législateur de faire du dénouement équitable de la relation économique des parties, au moment de la rupture, la considération principale dans l'octroi de pensions alimentaires. On ne peut permettre aux parties de contourner cette politique législative par le biais d'ententes privées et exiger du tribunal qu'il les cautionne en prescrivant une attitude de déférence envers des ententes injustes.

Une entente est réputée équitable si elle satisfait raisonnablement aux objectifs codifiés au par. 15.2(6). Le processus destiné à déterminer si une entente est équitable se trouve nécessairement axé sur les faits et le contexte. Les juges de première instance doivent procéder à l'examen, cas par cas, de l'ensemble des relations entre les parties. Parce que les parties peuvent tenter de parvenir à l'équité économique de plusieurs manières, il faut examiner dans leur intégralité les arrangements financiers des parties à la dissolution du mariage et pas seulement les clauses alimentaires de l'accord. Pour mériter la déférence du tribunal, lors de l'examen d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, l'entente doit prendre acte de la réalité vécue par les parties et, en accord avec cette réalité, témoigner d'un effort véritable de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Pour que l'entente soit appliquée, il suffira qu'elle respecte le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible à l'égard de la réalisation des objectifs du par. 15.2(6). Lorsqu'un accord ne pallie pas au besoin démontré de l'époux dépendant qui résulte de l'échec du mariage, le tribunal peut intervenir au motif que l'accord est incompatible avec les objectifs du par. 15.2(6), même s'il permet d'atteindre d'autres objectifs que les parties se sont fixés dans la négociation du règlement.

Si le paragraphe 9(2) encourage clairement les règlements, on ne peut l'interpréter indépendamment des objectifs législatifs très précis du soutien alimentaire entre époux qu'énonce le par. 15.2(6). L'objectif de

fair settlements, with fairness evaluated according to the objectives of the 1985 Act. An objective fairness threshold for judicial intervention in spousal support agreements will allow parties considerable freedom to draft an agreement that accords with the s. 15.2(6) objectives and reflects their own preferences, fostering the genuine autonomy and dignity of both spouses. The awareness that reviewing courts will evaluate agreements in terms of the degree to which they realize the objectives in s. 15.2(6) should lead parties to prioritize reaching an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. The inquiry into whether an agreement is objectively fair at the time of the application involves a probing, contextual analysis of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application in order to determine whether the substantive effect of the agreement is an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. The express wording of the 1985 Act and judicial developments since *Pelech* mandate that such agreements aspire to, and in fact achieve, substantive justice.

Here, it is clear the objectives of s. 15.2(6) were not met. The parties recognized the wife's need for an income stream by the existence of the consulting contract and the fact that her need might continue beyond the contract's five-year term; but in providing her with only \$15,000 per annum, the contract failed to address the significant financial deficit created by the loss of her position with the lodge. The resulting inequity was compounded when the husband failed to renew the consulting agreement, despite the fact that the wife was experiencing ongoing need arising in part from the childcare responsibilities that the parties had agreed she would assume both during and after the marriage. In losing her share in the parties' successful business and her employment, the wife disproportionately suffered the economic disadvantages of marriage breakdown.

The wife also suffered disproportionate economic disadvantages arising from the roles that the parties adopted during their marriage, both in their business relationship and in their domestic lives. Because her employment since 1984 had been exclusively with the lodge, she did not leave the marriage with any of the advantages that typically would have flowed from long-term employment outside of the family business, such as seniority or job security. Rather, the limited opportunities that she had to develop marketable skills in the family business will have a long-term impact on her prospects for self-sufficiency. Further, as the primary caregiver the wife's

politique législative est la négociation de règlements équitables, l'équité devant s'apprécier en fonction des objectifs de la Loi de 1985. Un critère préliminaire d'équité objective pour l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre époux laissera aux parties une grande latitude pour rédiger une entente qui réponde aux objectifs du par. 15.2(6) et qui reflète leurs propres préférences, renforçant ainsi l'autonomie et la dignité réelles des époux. La conscience de l'existence du pouvoir des tribunaux, en cas de demande de révision, d'évaluer les ententes en fonction de leur conformité avec les objectifs du par. 15.2(6) devrait amener les parties à donner priorité à la répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. La détermination du caractère objectivement équitable d'une entente au moment de la demande exige une analyse contextuelle approfondie du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, afin de s'assurer que l'entente, dans ses effets réels, répartit équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Le texte exprès de la Loi de 1985 ainsi que les développements jurisprudentiels depuis *Pelech* commandent que ces accords tendent et parviennent à une justice réelle.

Il est clair en l'espèce que les objectifs du par. 15.2(6) n'ont pas été remplis. Les parties ont reconnu que l'épouse aurait besoin d'une source de revenus, comme l'atteste l'existence de l'entente de consultation, et que ce besoin pouvait se prolonger au-delà de la période initiale de cinq ans. Toutefois, en lui assurant un revenu annuel de 15 000 \$ seulement, l'entente était insuffisante pour pallier l'important déficit financier attribuable à la perte de son emploi à l'hôtel. L'injustice résultante a été aggravée par le refus de l'époux de renouveler l'entente de consultation, alors même que l'épouse continuait d'en avoir besoin en raison notamment de ses responsabilités dans le soin des enfants, qu'elle devait assumer pendant et après le mariage, suivant les ententes intervenues entre les parties. En raison de la perte de sa part dans l'entreprise florissante des parties et de celle de son emploi, l'épouse a subi de façon disproportionnée les désavantages économiques de l'échec du mariage.

L'épouse a subi aussi des désavantages économiques disproportionnés attribuables aux rôles assumés par les parties pendant le mariage, tant dans leurs relations d'affaires qu'au foyer. Parce qu'elle avait travaillé depuis 1984 exclusivement pour l'hôtel, elle ne disposait, à la fin du mariage, d'aucun des avantages généralement associés à la détention d'un emploi à long terme à l'extérieur de l'entreprise familiale, tels l'ancienneté ou la sécurité d'emploi. Au contraire, le fait qu'elle n'a eu que peu d'occasions de développer des compétences valables sur le marché du travail, au sein de l'entreprise familiale, affectera négativement à

day-to-day childcare responsibilities will continue to have significant, long-term economic consequences for her, limiting both her opportunities for employment and her future earning capacity, thus impairing her capacity to become economically self-sufficient. The parties' financial arrangements were not appropriately attentive to the objective in s. 15.2(6)(b) of apportioning between the spouses the financial consequences arising from the care of the parties' children, over and above any obligation for the support of the children of the marriage. The wife will have no income stream, other than the support that she receives for her children, for the foreseeable future unless she sells her home or divests herself of her RRSPs. Considered as a whole, then, the parties' financial arrangements were insufficient to fall within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the spousal support objectives in s. 15.2(6) at the time of the wife's application. It was thus appropriate for the trial judge to intervene and award her corollary relief. While the wife has a responsibility to take steps towards achieving self-sufficiency, this must be understood in light of the fact that she is raising young children on a full-time basis. As the children grow older, her responsibility for finding employment may well increase, and the court retains the jurisdiction to intervene if it becomes clear that she is not making a serious effort to move towards self-sufficiency.

As found by the majority, there is no reason to interfere with the Court of Appeal's conclusion that the trial judge's comments do not rise to the level necessary to establish a reasonable apprehension of bias.

Cases Cited

By Bastarache and Arbour JJ.

Applied: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **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; **considered:** *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43; **referred to:** *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Santosuoso v. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143.

long terme ses perspectives d'indépendance financière. La charge quotidienne des enfants après la séparation continuera d'entraîner pour l'épouse d'importantes conséquences économiques à long terme, limitant autant ses possibilités d'emploi que sa capacité future de gagner sa vie et compromettant son aptitude à devenir économiquement indépendante. Les arrangements financiers n'ont pas attaché suffisamment d'importance à l'objectif énoncé à l'al. 15.2(6)b), de répartir entre les époux les conséquences financières qui découlent du soin de leurs enfants en sus de toute obligation alimentaire au profit des enfants. L'épouse ne disposera d'aucune source de revenus autre que la pension alimentaire qu'elle reçoit pour ses enfants, à moins de vendre sa maison ou se départir de ses REER. Examinés dans leur ensemble, les arrangements financiers des parties sortent du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible à propos de la façon de réaliser les objectifs du par. 15.2(6) en matière d'obligation alimentaire entre époux, au moment de la requête de l'épouse. Il convenait donc que le juge de première instance intervienne et fasse droit à sa demande de mesures accessoires. Bien qu'il incombe à l'épouse de prendre des mesures pour parvenir à l'indépendance économique, il faut tenir compte du fait qu'elle s'occupe de ses jeunes enfants à temps plein. À mesure que grandiront ses enfants, sa responsabilité de rechercher un emploi pourra augmenter et le tribunal conserve son pouvoir d'intervention s'il s'avère dans l'avenir qu'elle ne s'efforce pas réellement d'accéder à l'indépendance économique.

En accord avec la majorité, il n'y a aucune raison d'intervenir dans la conclusion de la Cour d'appel que les commentaires du juge de première instance ne sont pas de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité.

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et Arbour

Arrêts appliqués : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **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 examinés :** *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43; **arrêts mentionnés :** *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Santosuoso c. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143.

By LeBel J. (dissenting)

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; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Santosuoso v. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143; *Wilkinson v. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561; *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066; *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34; *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735; *D.V. v. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309; *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Mundinger v. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338, aff'd (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n; *Champagne v. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 414 et seq.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) [am. 1997, c. 1], ss. 9(2), 15.2(1) [formerly s. 15(2)], 15.2(4) [formerly s. 15(5)], 15.2(6) [formerly s. 15(7)], 17, 17(1), 17(4.1) [formerly s. 17(4)], 17(7).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 5, 33(4).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 65(1).
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 15 to 20.

Authors Cited

Bailey, Martha J. “*Pelech, Caron, and Richardson*” (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615.
Bala, Nicholas. “Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: ‘A Deal is a Deal’” (1988), 13 *Queen’s L.J.* 1.
Bala, Nicholas, and Kirsten Chapman. “Separation Agreements & Contract Law: From the Trilogy to *Miglin*”, in *Child & Spousal Support Revisited*, tab 1. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2002.
Belley, Jean-Guy. *Le contrat entre droit, économie et société: Étude sociojuridique des achats d’Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
Durnford, John W., and Stephen J. Toope. “Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation” (1994), 42 *Can. Tax J.* 1.

Citée par le juge LeBel (dissident)

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; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Santosuoso c. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143; *Wilkinson c. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561; *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066; *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34; *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735; *D.V. c. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309; *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118; *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Mundinger c. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338, conf. par (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n; *Champagne c. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 414 et suiv.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 65(1).
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 15 à 20.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) [mod. 1997, ch. 1], art. 9(2), 15.2(1) [anciennement art. 15(2)], 15.2(4) [anciennement art. 15(5)], 15.2(6) [anciennement art. 15(7)], 17, 17(1), 17(4.1) [anciennement art. 17(4)], 17(7).
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 5, 33(4).

Doctrine citée

Bailey, Martha J. « *Pelech, Caron, and Richardson* » (1989-90), 3 *R.j.f.d.* 615.
Bala, Nicholas. « Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy : ‘A Deal is a Deal’ » (1988), 13 *Queen’s L.J.* 1.
Bala, Nicholas, and Kirsten Chapman. « Separation Agreements & Contract Law : From the Trilogy to *Miglin* », in *Child & Spousal Support Revisited*, tab 1. Toronto : Barreau du Haut-Canada, 2002.
Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie* (en vigueur le 1^{er} novembre 2000), règles 2.02(2), (3).
Belley, Jean-Guy. *Le contrat entre droit, économie et société: Étude sociojuridique des achats d’Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

- Friedman, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002.
- Goubau, Dominique. "La situation depuis la trilogie *Pelech*", dans *Droit de la famille québécois*, vol. 2. Farnham, Qué.: Publications CCH/FM, 1985 (feuilles mobiles mises à jour 2001).
- Goubau, Dominique. "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 279.
- Grant, Stephen M. "The End of Finality" (1997), 27 R.F.L. (4th) 252.
- Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct* (effective November 1, 2000), rules 2.02(2), (3).
- Martin, Craig. "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.
- McLachlin, Beverley. "Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages?" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 131.
- McLeod, James G. Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 R.F.L. (4th) 216.
- McLeod, James G. Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 120.
- Menear, Mike. "Miglin v. Miglin — Judicial Assault on Individual Liberty" (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119.
- Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Dealing with Family Law: A Canadian Guide*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1993.
- Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. "Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*" (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49.
- Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. "Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B.: A New Trilogy?" (1999), 16 *Can. J. Fam. L.* 51.
- Stotland, Gerald, and Margo R. Siminovitch. "Renunciation to Spousal Support — The Great Escape" (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159.
- Young, Alison Harvison. "The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 749.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 53 O.R. (3d) 641, 198 D.L.R. (4th) 385, 16 R.F.L. (5th) 185, 144 O.A.C. 155, [2001] O.J. No. 1510 (QL), affirming a decision of the Superior Court of Justice (1999), 3 R.F.L. (5th) 106, [1999] O.J. No. 5011 (QL). Appeal allowed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.
- Durnford, John W., and Stephen J. Toope. « Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation » (1994), 42 *Rev. fisc. can.* 1.
- Friedman, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven : Yale University Press, 2002.
- Goubau, Dominique. « La situation depuis la trilogie *Pelech* », dans *Droit de la famille québécois*, vol. 2. Farnham, Qué. : Publications CCH/FM, 1985 (feuilles mobiles mises à jour 2001).
- Goubau, Dominique. « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada » (1993), 72 *R. du B. can.* 279.
- Grant, Stephen M. « The End of Finality » (1997), 27 R.F.L. (4th) 252.
- Martin, Craig. « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *R.D.U.T.* 135.
- McLachlin, Beverley. « Spousal Support : Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? » (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 131.
- McLeod, James G. Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 R.F.L. (4th) 216.
- McLeod, James G. Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 120.
- Menear, Mike. « *Miglin v. Miglin* — Judicial Assault on Individual Liberty » (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119.
- Neave, Marcia. « Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law' » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Dealing with Family Law : A Canadian Guide*. Toronto : McGraw-Hill Ryerson, 1993.
- Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49.
- Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. « Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy? » (1999), 16 *Rev. can. d. fam.* 51.
- Stotland, Gerald, and Margo R. Siminovitch. « Renunciation to Spousal Support — The Great Escape » (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159.
- Young, Alison Harvison. « The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 749.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 53 O.R. (3d) 641, 198 D.L.R. (4th) 385, 16 R.F.L. (5th) 185, 144 O.A.C. 155, [2001] O.J. No. 1510 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure de justice (1999), 3 R.F.L. (5th) 106, [1999] O.J. No. 5011 (QL). Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

Nicole Tellier and Kelly D. Jordan, for the appellant.

Philip M. Epstein, Q.C., Aaron M. Franks and Ilana I. Zylberman, for the respondent.

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

BASTARACHE AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

- 1 This appeal concerns the proper approach to determining an application for spousal support pursuant to s. 15.2(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (“1985 Act”), 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. Accordingly, this appeal presents the Court with an opportunity to address directly the question of the continued application of the *Pelech* trilogy (*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) in light of the significant legislative and jurisprudential changes that have taken place since its facts arose and since its release.
- 2 In broader terms, the appeal raises the question of the proper weight to be given to any type of spousal support agreement that one of the parties subsequently wishes to have modified through an initial application in court for such support. In that sense, the matter is not restricted to spousal support agreements that contain a time-limited support arrangement or to agreements which contain a full and final release from support obligations by one or both parties.
- 3 The parties to this appeal, now divorced, entered into a final agreement that sought to settle all of their financial and personal affairs surrounding the breakdown of their marriage. In addition to property equalization, custody, access and support of their children, and a commercial contract between the respondent and the appellant’s company, the parties

Nicole Tellier et Kelly D. Jordan, pour l’appellant.

Philip M. Epstein, c.r., Aaron M. Franks et Ilana I. Zylberman, pour l’intimée.

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

LES JUGES BASTARACHE ET ARBOUR —

I. Introduction

Le pourvoi porte sur la façon de statuer sur une demande d’aliments entre époux en vertu du par. 15.2(1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) (« Loi de 1985 »), lorsque les époux ont conclu une entente définitive réglant toutes les questions relatives à leur séparation et comprenant notamment une renonciation à toute créance future d’aliments entre époux. Le pourvoi permet donc à la Cour d’aborder directement la question du maintien de l’application de la trilogie *Pelech* (*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) compte tenu des changements importants, tant législatifs que jurisprudentiels, survenus depuis ces trois arrêts et depuis les faits à leur origine.

Plus généralement, le pourvoi soulève la question du poids à accorder à tout type d’entente alimentaire entre conjoints que l’une des parties cherche ensuite à faire modifier en saisissant le tribunal d’une demande initiale d’aliments. En ce sens, la question ne se limite pas aux ententes alimentaires de durée limitée, ou aux accords comportant une renonciation totale et définitive, de l’une ou des deux parties, à toute créance alimentaire.

Les parties au pourvoi, aujourd’hui divorcées, ont signé un accord définitif destiné à régler toutes les affaires financières et personnelles liées à la rupture de leur mariage. Outre l’égalisation des biens, la garde, les droits de visite et la pension alimentaire de leurs enfants, ainsi qu’un contrat commercial entre l’intimée et la société de l’appellant, les

agreed to release one another from any claims to spousal support. This Court must determine the proper weight to be accorded that agreement where one party subsequently makes an application for spousal support under the *Divorce Act*.

As we explain below, 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. In an originating application for spousal support, where the parties have executed a pre-existing agreement, the court should look first to the circumstances of negotiation and execution to determine whether the applicant has established a reason to discount the agreement. The court would inquire whether one party was vulnerable and the other party took advantage of that vulnerability. The court also examines whether the substance of the agreement, at formation, complied substantially with the general objectives of the Act. As we elaborate later, these general objectives include not only an equitable sharing of the consequences of the marriage breakdown under s. 15.2, but also certainty, finality and autonomy. Second, the court would ask whether, viewed from the time the application is made, the applicant has established that the agreement no longer reflects the original intention of the parties and whether the agreement is still in substantial compliance with the objectives of the Act. In contrast, the trial judge's and the Court of Appeal's approaches failed to value a determination by the parties as to what is mutually acceptable to them. We would thus allow this appeal.

The appellant also asks this Court to determine whether the comments and interventions of the trial judge give rise to a reasonable apprehension of bias. We will deal with these two major issues in reverse order.

II. Background

Linda and Eric Miglin separated in 1993 after 14 years of marriage. At the time of separation, they

parties ont convenu de se libérer mutuellement de toute créance alimentaire entre conjoints. La Cour doit se prononcer sur le poids à donner à cet accord lorsqu'une partie introduit par la suite une demande de pension alimentaire à son profit en vertu de la *Loi sur le divorce*.⁴

Comme nous l'expliquons plus loin, 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. Dans le cadre d'une demande initiale d'aliments entre époux et en présence d'un accord préexistant, le tribunal doit examiner d'abord les circonstances de la négociation et de la conclusion de l'accord afin de décider si le demandeur a établi un motif pour l'écartier. Le tribunal examine si l'une des parties était vulnérable et si l'autre a profité de sa vulnérabilité. Le tribunal détermine également si les dispositions de l'accord, au moment où il a été conclu, étaient essentiellement conformes aux objectifs généraux de la Loi. Nous verrons plus loin que ces objectifs généraux englobent non seulement le partage équitable des conséquences de l'échec du mariage, selon l'art. 15.2, mais aussi la certitude, le règlement définitif et l'autonomie. Deuxièmement, le tribunal décide si, au moment de la présentation de sa demande, le demandeur a démontré que l'accord ne reflète plus l'intention initiale des parties, et si l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi. Par contraste, le juge de première instance et la Cour d'appel, dans leur approche, n'ont pas accordé de valeur à ce que les parties ont considéré comme leur étant mutuellement acceptable. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.⁵

L'appelant demande aussi à la Cour de décider si les commentaires et les interventions du juge de première instance font naître une crainte raisonnable de partialité. Nous traitons de ces deux grandes questions dans l'ordre inverse.⁶

II. Les faits

Linda et Eric Miglin se sont séparés en 1993 après 14 ans de mariage. Au moment de la

were 41 and 43 years old respectively and had four children aged 2 to 7½ years.

7 Not surprisingly, the gloss with which the parties paint their marriage and their accounts of the roles and responsibilities assumed by each of them differ. Mr. Miglin claims that theirs was a modern marriage where both spouses were also equal business partners, with Ms. Miglin advancing her career and education during the marriage. Ms. Miglin characterizes the marriage as “traditional”, with Mr. Miglin managing the family’s finances, making the financial decisions and giving her money when she needed it, while she was responsible for raising the children and “helping out” with the family business. Although the characterizations differ, the basic facts are not in dispute.

8 The couple met while both were employed at the Toronto Dominion Bank. Ms. Miglin was employed in an administrative capacity. Mr. Miglin was employed as a management trainee, having recently completed his Master’s degree in Business Administration at Harvard University. Mr. Miglin left the Bank to operate concession stores in Algonquin Park. Ms. Miglin accepted his invitation to come help with the concessions and left her employment with the Bank to join him. They married a year later, in 1979. By 1983, Ms. Miglin had completed a Bachelor of Arts degree from the University of Toronto.

9 In 1984 the couple purchased the Killarney Lodge resort in northern Ontario. Mr. and Ms. Miglin were equal shareholders in the business Killarney Lodge Limited (the “Lodge”). Mr. Miglin was responsible for the financial and business aspects of the Lodge. Ms. Miglin was responsible for its day-to-day operations. Ms. Miglin characterizes this division of labour as mirroring the traditional roles each assumed in the marriage. The trial judge found that Ms. Miglin was an “effective and important component in the hotel business”, and was equally responsible for its success. At the time of separation, Mr. and Ms. Miglin each received a salary of \$80,500 from the net profits of the Lodge. These salaries

séparation, ils avaient respectivement 41 et 43 ans, et leurs quatre enfants étaient âgés de 2 à 7 ans et demi.

Les parties brossent des tableaux différents de leur mariage et des rôles et responsabilités assumés par chacun, ce qui est à peine surprenant. M. Miglin soutient que leur mariage était un mariage moderne où les deux époux étaient aussi partenaires égaux en affaires, M^{me} Miglin progressant dans sa carrière et ses études au cours du mariage. M^{me} Miglin qualifie le mariage de [TRADUCTION] « traditionnel », dans lequel M. Miglin gérait les finances de la famille, prenait les décisions financières et lui donnait de l’argent lorsqu’elle en avait besoin, tandis qu’elle se chargeait d’élever les enfants et [TRADUCTION] « donnait un coup de main » à l’exploitation de l’entreprise familiale. Bien que les interprétations diffèrent, les faits importants ne sont pas en litige.

Les époux font connaissance lorsqu’ils travaillent tous deux à la Banque Toronto Dominion. M^{me} Miglin occupe un poste de nature administrative. M. Miglin est stagiaire en gestion, venant de terminer sa maîtrise en administration des affaires à l’Université Harvard. M. Miglin quitte la banque pour exploiter des concessions dans le parc Algonquin. M^{me} Miglin accepte son invitation à venir l’aider à exploiter les concessions et quitte son emploi à la banque pour le rejoindre. Ils se marient l’année suivante, en 1979. En 1983, M^{me} Miglin termine son baccalauréat ès arts à l’Université de Toronto.

En 1984, le couple fait l’acquisition du centre de villégiature Killarney Lodge, dans le nord de l’Ontario. M. et M^{me} Miglin sont actionnaires à parts égales de l’entreprise Killarney Lodge Limited (« l’hôtel »). M. Miglin s’occupe des affaires financières et commerciales de l’hôtel. M^{me} Miglin veille à son fonctionnement quotidien. Selon M^{me} Miglin, cette division du travail reflète les rôles traditionnels que chacun a assumés pendant le mariage. Le juge de première instance conclut que M^{me} Miglin jouait un [TRADUCTION] « rôle véritable et important dans l’entreprise hôtelière » et que le succès de l’hôtel lui est attribuable autant qu’à son époux. Au moment de la séparation, M. et M^{me} Miglin recevaient chacun

represented roughly one half of the declared earnings of the business.

During the marriage and before the children reached school age, the parties lived and worked at the Lodge from May to October. They hired a babysitter to look after the children while they worked. During the off-season months of November to April, the Miglins lived in Toronto. Once some of the children reached school age, Ms. Miglin commuted back and forth between Killarney and Toronto to accommodate the children's schedules. Ms. Miglin was the children's primary caregiver.

The parties separated in 1993. They both retained independent legal counsel and began the difficult process of negotiating a comprehensive separation agreement. Counsel were actively involved, and it is clear from their correspondence that both counsel were well informed of the latest developments in the law. After negotiating for 15 months, the parties executed a Separation Agreement dated June 1, 1994. Attached as Schedules to the Separation Agreement are a Parenting Plan and a Consulting Agreement between Ms. Miglin and the Lodge.

The Separation Agreement was intended, in its own words, "to settle, by agreement, all rights, claims, demands and causes of action that each has or may have against the other including, but not limited to claims of every nature with respect to property and support". The Separation Agreement runs to 32 pages and includes 41 numbered headings. The Separation Agreement addressed, among other things, Mr. Miglin's and Ms. Miglin's living arrangements, custody, child support, medical and dental coverage, personal property, the Lodge, another corporation owned by Mr. Miglin, debts, variation and non-compliance. The Separation Agreement is a sophisticated legal document and contains, for example, explicit provisions contingent on the outcome in the appeal to this Court respecting tax treatment of child support in *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627.

un salaire de 80 500 \$ tiré des bénéfices nets produits par l'hôtel. Ces salaires correspondaient à la moitié environ des gains déclarés de l'entreprise.

Durant le mariage et avant que les enfants atteignent l'âge scolaire, les époux vivent et travaillent à l'hôtel de mai à octobre. Ils ont embauché une garde pour s'occuper des enfants pendant qu'ils travaillent. En basse saison, c'est à dire de novembre à avril, les Miglin vivent à Toronto. Dès que certains des enfants atteignent l'âge scolaire, M^{me} Miglin fait la navette entre Killarney et Toronto afin de composer avec les horaires des enfants. C'est M^{me} Miglin qui s'est principalement occupée des enfants.

Les parties se séparent en 1993. Elles retiennent chacune les services d'avocats indépendants et amorcent le difficile processus de négociation d'un accord de séparation global. Les avocats prennent activement part à ce processus et il ressort clairement de leur correspondance qu'ils sont bien au fait des derniers développements du droit. Après 15 mois de négociation, les parties signent un accord de séparation en date du 1^{er} juin 1994. Sont jointes en annexe à l'accord une entente sur la prise en charge des enfants (« plan parental ») et une entente de consultation entre M^{me} Miglin et l'hôtel.

L'accord de séparation vise expressément [TRADUCTION] « à régler, par entente, tout droit, toute créance, demande et cause d'action que l'un peut faire valoir contre l'autre, y compris — mais sans s'y limiter — tout type de créance relative aux biens ou aux aliments ». L'accord de séparation compte 32 pages et 41 rubriques numérotées. Il traite, entre autres choses, des arrangements pris par M. Miglin et M^{me} Miglin concernant leurs dispositions domestiques, la garde, la pension alimentaire aux enfants, les soins médicaux et dentaires, les biens personnels, l'hôtel, une autre société appartenant à M. Miglin, les dettes, la modification et l'inobservation de l'accord. L'accord de séparation est un document juridique complexe qui contient, par exemple, des dispositions expresses applicables en fonction de l'issue du pourvoi *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, relatif au traitement fiscal des pensions alimentaires pour enfants.

10

11

12

13 The Separation Agreement included a full and final release of any future spousal support claims. The release reads as follows:

10. RELEASE OF SPOUSAL SUPPORT

a. The Husband and the Wife each agree that neither shall be obliged to make any payment or payments in the nature of support, or any similar payment, whether periodic or by way of lump sum, directly or indirectly, to or for the benefit of the other. Without restricting the generality of the foregoing, the Husband and the Wife further agree that neither of them shall maintain, commence or prosecute or cause to be maintained, commenced or prosecuted any action against the other of them for support or interim support pursuant to the Family Law Act, the Succession Law Reform Act or any comparable Provincial legislation in force from time to time, or the Divorce Act, or any successor or similar legislation whereby a spouse or former spouse is given a cause of action against his or her spouse or the spouse's estate for relief in the nature of support.

b. The Wife specifically abandons any claims she has or may have against the Husband for her own support. The Wife acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to her by her solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Husband's death shall the Wife seek support for herself, regardless of the circumstances.

c. The Husband specifically abandons any claims he has or may have against the Wife for his own support. The Husband acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to him by his solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Wife's death shall the Husband seek support for himself, regardless of the circumstances.

d. The parties are aware that this is a final Agreement and intended to be a final break between them. No further claims will be made against either party by the other arising from the marriage or upon the dissolution thereof, including any claims under Section 15 of the Divorce Act or upon the death of one of them. Both parties are aware of the possibilities of fluctuation in their respective incomes and assets, are cognizant of the possible increases and decreases in the cost of living and are aware that radical, material, profound or catastrophic

L'accord de séparation comporte une renonciation totale et définitive à toute créance alimentaire future entre conjoints :

[TRADUCTION]

10. RENONCIATION AUX ALIMENTS ENTRE CONJOINTS

a. L'époux et l'épouse conviennent que ni l'un ni l'autre ne sera tenu à aucun paiement de pension alimentaire ou de la nature d'une pension alimentaire, sous forme de paiements échelonnés ou de somme forfaitaire, directement ou indirectement, à l'autre époux ou au bénéfice de celui-ci. Sans restreindre la portée générale de ce qui précède, l'époux et l'épouse conviennent en outre que ni l'un ni l'autre ne pourra intenter ou poursuivre ou faire intenter ou poursuivre une action contre l'autre en vue d'obtenir une pension alimentaire ou une pension provisoire conformément à la Loi sur le droit de la famille, la Loi portant réforme du droit des successions, ou autre texte législatif provincial comparable, ou la Loi sur le divorce, ou toute autre loi semblable ou la remplaçant, qui accorderait au conjoint ou à l'ancien conjoint une cause d'action contre son conjoint ou sa succession en vue d'une réparation sous forme d'aliments.

b. L'épouse renonce expressément à tout droit qu'elle a ou pourrait avoir contre l'époux pour ses aliments. L'épouse reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son époux, l'épouse ne cherchera à obtenir une pension pour elle-même, indépendamment des circonstances.

c. L'époux renonce expressément à tout droit qu'il a ou pourrait avoir contre l'épouse pour ses aliments. L'époux reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son épouse, l'époux ne cherchera à obtenir une pension pour lui-même, indépendamment des circonstances.

d. Les parties sont conscientes que la présente est une convention définitive visant à constituer une rupture définitive entre elles. Aucune des parties ne fera valoir contre l'autre d'autres créances résultant du mariage ou de sa dissolution, y compris toute créance visée à l'article 15 de la Loi sur le divorce ou à la suite du décès de l'une des parties. Les parties reconnaissent que leurs revenus respectifs et la valeur de leurs biens respectifs peuvent fluctuer; elles savent que le coût de la vie peut augmenter ou diminuer, sont conscientes de la possibilité d'être

changes may affect either of them. Each party is prepared to accept the terms of this Agreement as a full and final settlement and waive all further claims against the other, except a claim to enforce the terms of this Agreement or for dissolution of their marriage. The parties specifically agree and acknowledge that there is no causal connection between the present or any future economic need of either party and their marriage. No pattern of economic dependency has been established in their marriage.

e. The parties agree that the divorce judgment shall be silent as to spousal support.

The Separation Agreement appears exhaustive in its attempts to disentangle the economic affairs of Mr. Miglin and Ms. Miglin. Besides the full and final release of any spousal support, the Separation Agreement also includes a pension plan release and release of estates.

The Parenting Plan provided that the parents would share responsibility for the children, but that the primary residence of the four children was to be with Ms. Miglin. By the time of the trial, the eldest child was residing with Mr. Miglin.

When Mr. Miglin and Ms. Miglin separated, both the Lodge and the matrimonial home had net values of approximately \$500,000. The Separation Agreement provided that Ms. Miglin would transfer to Mr. Miglin her one-half interest in the Lodge in exchange for the transfer to her of his one-half interest in the matrimonial home. Mr. Miglin agreed to assume sole responsibility for the mortgage on the matrimonial home. The Separation Agreement also provided that Ms. Miglin would receive child support in the amount of \$1,250 per child, per month, for an annual total of approximately \$60,000, taxable in her hands and tax-deductible to Mr. Miglin, subject to an annual cost of living increase.

The Consulting Agreement, executed between the Lodge and Ms. Miglin, provided Ms. Miglin with an annual salary of \$15,000, subject to a cost of living increase. The Consulting Agreement required Ms. Miglin to perform services detailed in the contract, including maintenance of the mailing

touchées par des changements radicaux, importants, profonds ou catastrophiques. Les parties sont disposées à accepter les modalités de la présente convention, qu'elles reconnaissent comme réglant intégralement et définitivement leurs affaires, et renoncent à toute autre créance qu'elles pourraient faire valoir contre l'autre, sauf en ce qui concerne l'application des modalités de la présente convention ou la dissolution de leur mariage. Les parties conviennent et reconnaissent expressément qu'il n'existe aucun lien de causalité entre les besoins économiques présents ou futurs de chacun et leur mariage. Leur mariage n'a pas engendré de situation de dépendance économique.

e. Les parties conviennent que le jugement de divorce sera muet sur la question des aliments entre conjoints.

L'accord de séparation paraît avoir complètement débrouillé les intérêts économiques de M. Miglin et de M^{me} Miglin. Outre la renonciation totale et définitive à tout aliment entre conjoints, l'accord prévoit aussi la renonciation des parties à tout droit sur les régimes de pensions et les successions.

Le plan parental prévoyait que les parents se partageraient la responsabilité des enfants, mais que la résidence principale des quatre enfants serait chez M^{me} Miglin. Au moment du procès, l'aînée des enfants demeurait chez M. Miglin.

Quand M. et M^{me} Miglin se sont séparés, la valeur nette de l'hôtel et du foyer conjugal était d'environ 500 000 \$ chacun. L'accord de séparation stipulait que M^{me} Miglin cédaient à M. Miglin son intérêt de moitié dans l'hôtel en contrepartie de l'intérêt de moitié qu'il détenait dans le foyer conjugal. M. Miglin acceptait d'assumer la responsabilité exclusive de l'hypothèque grevant le foyer conjugal. L'accord prévoyait de plus que M^{me} Miglin recevrait une pension alimentaire mensuelle de 1 250 \$ pour chaque enfant, pour un montant total d'environ 60 000 \$ par année, imposable entre ses mains et déductible pour M. Miglin, avec une majoration annuelle au coût de la vie.

L'entente de consultation entre l'hôtel et M^{me} Miglin, prévoyait le versement à M^{me} Miglin d'un salaire annuel de 15 000 \$, avec majoration au coût de la vie. Cette entente prévoyait la prestation de certains services par M^{me} Miglin, énumérés dans le contrat, y compris la mise à jour de la liste de

14

15

16

17

list, preparation of an annual newsletter, advertising and promotion, and attendance at trade shows. The contract was for a term of five years with an option to renew on the consent of both parties.

18 The parties' Divorce Judgment was granted effective January 23, 1997. It was silent with respect to spousal support, child support, and child custody and access arrangements.

19 After entering into the Separation Agreement, the parties were able to maintain an amicable relationship and an *ad hoc* parenting arrangement developed. Consequently, the parties did not adhere rigidly to the access arrangements set out in the Parenting Plan. The parties' relationship deteriorated in 1997, however, when Ms. Miglin underwent a religious conversion and sold the matrimonial home in Toronto to move to Thornhill, Ontario. Ms. Miglin eventually sought and received an order preventing Mr. Miglin from attending at the children's school. This order was later rescinded, but attests to the degree of animosity that arose between the parties. It is in the midst of this turmoil that in June 1998 Ms. Miglin brought an application for sole custody, child support and spousal support.

III. Relevant Statutory Provisions

20 *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

(i) the wife . . .

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

distribution, la préparation d'un bulletin d'information annuel, la publicité, les annonces et la présence à des foires commerciales. Le contrat, assorti d'une option de renouvellement par consentement mutuel, avait une durée de cinq ans.

Le jugement de divorce des parties est prononcé le 23 janvier 1997. Le jugement est muet sur la question des aliments au profit des conjoints et des enfants, tout comme sur la garde des enfants et les droits de visite.

Après avoir conclu l'accord de séparation, les parties réussissent à maintenir une relation amicale et à aménager leurs responsabilités parentales. Elles n'adhèrent donc pas rigoureusement aux modalités d'accès prévues dans le plan parental. La relation entre les parties se détériore cependant en 1997, lorsque M^{me} Miglin se convertit à une religion et vend le foyer conjugal à Toronto pour s'installer à Thornhill (Ontario). Par la suite, M^{me} Miglin sollicite et obtient une ordonnance interdisant à M. Miglin de se présenter à l'école des enfants. Cette ordonnance est annulée plus tard, mais elle témoigne du degré d'animosité entre les parties. C'est au cours de cette période de bouleversements que M^{me} Miglin demande, en juin 1998, la garde exclusive des enfants, des aliments au profit des enfants et des aliments à son profit.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir :

a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

(i) de l'épouse . . .

b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

(i) the husband . . .

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), as amended

9. . . .

(2) It is the duty of every barrister, solicitor, lawyer or advocate who undertakes to act on behalf of a spouse in a divorce proceeding to discuss with the spouse the advisability of negotiating the matters that may be the subject of a support order or a custody order and to inform the spouse of the mediation facilities known to him or her that might be able to assist the spouses in negotiating those matters.

15.2 (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse.

(4) In making an order under subsection (1) 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.

(6) An order made under subsection (1) or an interim order under subsection (2) that provides for the support of a spouse should

- (a) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;

(i) du mari . . .

(2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), modifiée

9. . . .

(2) Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation.

15.2 (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

(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.

(6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise :

- a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec;

(b) apportion between the 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 spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

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;

(4.1) Before 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 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.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

21 Tobias J. held that under an application for corollary relief under s. 15 of the 1985 Act, the

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 d'eux dans un délai raisonnable.

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;

(4.1) Avant 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 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 d'eux dans un délai raisonnable.

IV. Historique des procédures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

Le juge Tobias statue que, dans le cadre d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15

court is only required to determine whether the Separation Agreement is consistent with the social policies and objectives set out in s. 15(7) (now s. 15.2(6)). He rejected the argument that the court is required to determine a threshold issue relating to a change of circumstances. Tobias J. found that the Separation Agreement treated Ms. Miglin unfairly and commented that he considered the Consulting Agreement to be “thinly veiled spousal support” orchestrated to provide a tax advantage for Mr. Miglin. Based on his finding that Mr. Miglin had an annual income of \$200,000, Tobias J. awarded Ms. Miglin spousal support in the amount of \$4,400 per month for a term of five years. He ordered Mr. Miglin to pay monthly child support in the amount of \$3,000, based on the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, ss. 15-20, amount applicable for his income, for the remaining three children residing primarily with Ms. Miglin.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 53 O.R. (3d) 641

Abella J.A., for the court, held that in light of the new language of the 1985 Act (as compared to the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 (“1968 Act”)) and the revised approach to spousal support developed by this Court, the *Pelech* trilogy no longer applied. She adopted a two-stage inquiry for the variation of a subsisting support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2. The first, threshold stage is to determine whether there has been a material change in circumstances. This change need not be causally connected to the marriage. Once the material change threshold is met, the second stage requires the court to determine the amount of spousal support justified (under the statutory principles set out in s. 15 of the 1985 Act and subsequent Supreme Court jurisprudence).

Applying her analysis to the facts of this case, she held that the material change threshold was met

de la Loi de 1985, le tribunal doit seulement déterminer si l'accord de séparation est conforme aux principes et objectifs sociaux énoncés au par. 15(7) (maintenant par. 15.2(6)). Il rejette l'argument que le tribunal doit trancher une question préliminaire relative à un changement survenu dans la situation des parties. Le juge Tobias conclut que l'accord de séparation est inéquitable envers M^{me} Miglin et observe qu'à son avis l'entente de consultation n'est rien de plus qu'une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée » destinée à conférer un avantage fiscal à M. Miglin. Ayant constaté que M. Miglin a un revenu annuel de 200 000 \$, le juge Tobias accorde à M^{me} Miglin une pension alimentaire de 4 400 \$ par mois pendant cinq ans. Le juge ordonne à M. Miglin de verser une pension alimentaire pour les trois enfants résidant encore principalement chez M^{me} Miglin, dont le montant de 3 000 \$ par mois est basé sur les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, art.15-20, applicables à son niveau de revenu.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 53 O.R. (3d) 641

La juge Abella, au nom de la Cour d'appel, conclut que, compte tenu du nouveau libellé de la Loi de 1985 (comparativement à la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8 (« Loi de 1968 »)) et de la nouvelle approche adoptée par notre Cour sur la question des aliments entre époux, la trilogie *Pelech* ne s'applique plus. La juge adopte une analyse en deux étapes pour se prononcer sur la modification d'une entente alimentaire en vigueur, dans le cadre d'une requête en mesures accessoires déposée aux termes de l'art. 15.2. La première, l'étape préliminaire, consiste à déterminer si la situation a changé de façon importante. Il n'est pas nécessaire que ce changement ait un lien de causalité avec le mariage. Dès qu'il est satisfait au critère préliminaire du changement important, la seconde étape de l'analyse consiste à fixer le montant justifié de la pension alimentaire (selon les principes exposés à l'art. 15 de la Loi de 1985 et dans la jurisprudence subséquente de la Cour suprême).²²

Appliquant son analyse aux faits de l'espèce, la juge Abella conclut que le critère préliminaire du

through a combination of two factors: Ms. Miglin's child-care responsibilities had increased as compared to what was initially anticipated and the Consulting Agreement was terminated. Abella J.A. agreed with Tobias J. that the Consulting Agreement was "thinly disguised" spousal support. Abella J.A. upheld the trial judge's quantum of spousal support but removed the five-year term. The amount of child support was adjusted based on a concession by Ms. Miglin that Mr. Miglin's income was \$186,130 annually. This resulted in a reduction in the monthly amount of child support for the three children from \$3,000 to \$2,767.

- 24 Abella J.A. rejected Mr. Miglin's argument that the trial judge's comments and interventions had raised a reasonable apprehension of bias.

V. Analysis

A. *Reasonable Apprehension of Bias*

- 25 Mr. Miglin urged this Court to order a new trial on the basis that the interventions by the trial judge throughout the proceedings, by reason of their frequency, timing, content and tone, gave the trial an unmistakable appearance of unfairness.

- 26 The appropriate test for reasonable apprehension of bias is well established. The test, as cited by Abella J.A., is whether a reasonable and informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, viewing the matter realistically and practically, would conclude that the judge's conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 111, *per* Cory J.; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at pp. 394-95, *per* de Grandpré J. A finding of real or perceived bias requires more than the allegation. The onus rests with the person who is alleging its existence (*S. (R.D.)*, at para. 114). As stated by Abella J.A., the assessment is difficult and requires a careful and thorough examination of the proceeding. The record must be considered in its entirety to determine the cumulative effect of any transgressions or improprieties. We see no reason to interfere

changement important est rempli par l'effet combiné de deux facteurs : les responsabilités de M^{me} Miglin dans le soin des enfants ont augmenté par rapport à ce qui avait été initialement prévu et l'entente de consultation a pris fin. La juge Abella est d'accord avec le juge Tobias que l'entente de consultation était une pension alimentaire à peine déguisée. Elle confirme le montant de la pension alimentaire qu'avait fixé le juge de première instance, mais annule la limite de cinq ans. M^{me} Miglin ayant reconnu que le revenu annuel de M. Miglin était de 186 130 \$, le montant de la pension alimentaire mensuelle pour les trois enfants est réduite de 3 000 \$ à 2 767 \$.

La juge Abella rejette l'argument de M. Miglin selon lequel les commentaires et les interventions du juge de première instance soulevaient une crainte raisonnable de partialité.

V. Analyse

A. *La crainte raisonnable de partialité*

M. Miglin demande à la Cour d'ordonner un nouveau procès au motif que les interventions du juge de première instance, par leur fréquence, leur contenu, leur ton et le moment choisi, ont donné au procès une apparence incontestable d'iniquité.

Le critère applicable à la crainte raisonnable de partialité est bien établi. Comme en fait était la juge Abella, il s'agit de savoir si une personne raisonnable et bien renseignée, qui serait au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes et qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, conclurait que la conduite du juge fait naître une crainte raisonnable de partialité : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 111, le juge Cory; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394-395, le juge de Grandpré. Une allégation ne suffit pas pour conclure à une partialité réelle ou perçue. La personne qui allègue la partialité doit en établir l'existence (*S. (R.D.)*, par. 114). Comme le souligne la juge Abella, la question est difficile à évaluer et nécessite un examen méticuleux et complet de l'instance. Il faut considérer l'ensemble du dossier afin de déterminer l'effet cumulatif des transgressions ou irrégularités. Nous ne voyons

with the Court of Appeal's assessment of the record, nor with its conclusion that although the trial judge's comments were intemperate and his interventions at times impatient, they do not rise to the level necessary to establish a reasonable apprehension of bias.

We wish to stress, however, how critical it is for trial judges to maintain at all times an appearance of impartiality and fairness when presiding over acrimonious matrimonial disputes. Trying as the conduct of the parties may be, trial judges must be alive to the emotionally charged nature of the proceedings. Parties to litigation of this kind may feel particularly vulnerable and sensitive. Trial judges should measure the wisdom of their interventions accordingly.

B. Spousal Support

As mentioned earlier in these reasons, this appeal is concerned with the continued application of the *Pelech* trilogy. The three cases making up this trilogy were decided immediately after the promulgation of the 1985 Act, but dealt with situations governed by the 1968 Act. Those cases establish a change-based test under which a court is permitted to override a final agreement on spousal support only where there has been a significant change in circumstances since the making of the agreement. The test establishes a threshold that is defined as a radical and unforeseen change that is causally connected to the marriage. It does not deal with the fairness of the agreement or its attention to the objectives of the *Divorce Act*. It is designed to promote certainty and to facilitate a clean break in the relationship of the parties, focussing on individual autonomy and respect for contracts. Since the release of the trilogy, the law of spousal support has evolved. A compensatory approach was adopted in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813. A more nuanced approach was developed in *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420. Self-sufficiency, autonomy and finality remain relevant factors in our case law, but many question whether the emphasis put on them by the trilogy remains. The question posed is whether agreements concluded with the intent that they be final can,

aucune raison de modifier l'évaluation du dossier par la Cour d'appel, ou sa conclusion que les commentaires du juge de première instance, bien que regrettables, et ses interventions, trahissant parfois l'impatience, n'ont pas atteint le niveau requis pour établir une crainte raisonnable de partialité.

Nous tenons cependant à souligner à quel point il est important, de la part des juges de première instance, de maintenir en tout temps une apparence d'impartialité et d'équité dans les litiges matrimoniaux acrimonieux. Aussi irritante que puisse être la conduite des parties, les juges doivent être consciens de la charge émotive de l'instance. Il peut arriver que les parties à ce type de litige soient particulièrement vulnérables et sensibles et les juges devraient mesurer en conséquence l'opportunité de leurs interventions.

B. Les aliments entre époux

Comme il est mentionné plus haut, le pourvoi concerne la question du maintien de l'application de la trilogie *Pelech*. Les trois arrêts formant la trilogie ont été prononcés peu après la promulgation de la Loi de 1985, mais visaient des situations régies par la Loi de 1968. Ces arrêts établissent un critère de changement permettant à un tribunal d'écartier une entente alimentaire définitive entre conjoints dans le seul cas où un changement important est intervenu dans la situation après la conclusion de l'entente. Ce critère comporte un seuil, que l'on définit comme un changement radical et imprévisible ayant un lien de causalité avec le mariage. Il ne concerne ni le caractère équitable de l'entente, ni sa conformité aux objectifs de la *Loi sur le divorce*. Il vise à promouvoir la certitude et à faciliter une rupture nette de la relation des parties en privilégiant l'autonomie individuelle et le respect des contrats. Depuis la trilogie, le droit en matière d'aliments entre époux a évolué. *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, adopte une approche compensatoire; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, instaure une approche plus nuancée. L'autonomie, l'indépendance économique et la recherche d'un règlement définitif demeurent des facteurs jurisprudentiels pertinents, mais beaucoup se demandent si ces facteurs conservent l'importance que leur a donnée la trilogie. Il s'agit

27

28

under the 1985 Act, be overridden on grounds other than those defined in the trilogy.

1. Does the *Pelech* Trilogy Still Apply?

29 The issues in the present appeal resemble those facing this Court in the *Pelech* trilogy. Despite significant changes in the intervening years, the basic question remains: What role should a pre-existing agreement play in determining an application for spousal support? Writing for the majority of this Court in *Pelech*, Wilson J. described the issue the following way, at p. 832:

While it is generally accepted that the existence of an antecedent settlement agreement made by the parties is an important fact, there is a wide range of views as to how this affects the legal principles governing the exercise of the discretion conferred in s. 11 [of the 1968 Act].

30 Except for the statutory reference, these words could easily have been written by us today. The statutory and jurisprudential context, however, is of utmost importance. As counsel for both parties recognized, the resolution of this appeal rests primarily on an exercise in statutory interpretation. The revision of the *Divorce Act* in 1985 and changing judicial and societal understandings of the function of spousal support make it appropriate for this Court to revisit Parliament's intention regarding agreements relating to spousal support.

31 The facts and reasoning of the three cases constituting the trilogy have attracted substantial scholarly and judicial commentary. We do not propose to review those decisions in detail again here. Suffice it to say that the *Pelech* trilogy has come to stand for the proposition that a court will not interfere with a pre-existing agreement that attempts fully and finally to settle the matter of spousal support as between the parties unless the applicant can establish that there has been a radical and unforeseen change in circumstances that is causally connected to the marriage. The trilogy represents an approach to spousal support that has been described as a

de savoir si, sous le régime de la Loi de 1985, les ententes conclues avec l'intention de leur donner un caractère définitif peuvent être écartées pour des motifs autres que ceux énoncés dans la trilogie.

1. La trilogie *Pelech* s'applique-t-elle encore?

Les questions en litige dans le pourvoi ressemblent à celles dont la Cour était saisie dans la trilogie *Pelech*. En dépit de changements importants survenus dans l'intervalle, la question fondamentale demeure : quel rôle donner à une entente préexistante dans une demande d'aliments entre époux? Au nom des juges majoritaires de la Cour dans *Pelech*, la juge Wilson aborde la question en ces termes (à la p. 832) :

S'il est généralement accepté que l'existence d'une convention antérieure conclue par les parties constitue un fait important, il existe une grande variété d'opinions sur l'effet qu'elle a sur les principes juridiques qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11 [de la Loi de 1968].

Abstraction faite du renvoi à la loi, nous pourrions présenter la question dans les mêmes termes aujourd'hui. Cependant, le contexte législatif et jurisprudentiel importe au plus haut point. Les avocats des deux parties reconnaissent que la résolution du présent pourvoi repose principalement sur un exercice d'interprétation de la loi. La révision de la *Loi sur le divorce* en 1985 et l'évolution de la perception des tribunaux et de la société quant au rôle des pensions alimentaires entre époux, justifient la Cour de réexaminer l'intention du législateur en matière d'ententes alimentaires entre époux.

Les faits et le raisonnement des trois arrêts de la trilogie ont suscité une abondance de commentaires dans la doctrine et la jurisprudence. Nous n'entendons pas en l'espèce revoir ces arrêts en détail. Qu'il suffise de dire que la trilogie *Pelech* est désormais comprise comme établissant la proposition selon laquelle, à moins que le demandeur ne démontre qu'un changement radical, imprévisible et lié causablement au mariage est survenu dans la situation des parties, le tribunal n'interviendra pas dans une entente préexistante qui vise à régler, de manière intégrale et définitive, la question des aliments entre époux. La trilogie représente l'approche dite de la

“clean break,” emphasising finality and the severing of ties between former spouses. As Wilson J. put it in *Pelech*, at p. 851:

[I]t seems to me that parties who have declared their relationship at an end should be taken at their word. They made the decision to marry and they made the decision to terminate their marriage. Their decisions should be respected. They should thereafter be free to make new lives for themselves without an ongoing contingent liability for future misfortunes which may befall the other.

With the coming into force of the 1985 Act and the release of the trilogy the following year, confusion ensued as to whether the trilogy had any continued application. The confusion may stem from two main factors. On the one hand, the 1968 Act, while providing less direction on the issue of support, could be interpreted as not inconsistent with the new, more detailed statute. Indeed, Professor M. Bailey has suggested that the trilogy was more consistent with the new Act because the latter explicitly provides that agreements are to be a factor in determining support and because the support objectives outlined in s. 15.2(4) reflect the trilogy’s emphasis on self-sufficiency and the necessity of linking need to the marriage or its breakdown. (“*Pelech, Caron, and Richardson*” (1989-90), 3 C.J.W.L. 615, at p. 624).

On the other hand, some members of the judiciary and several scholars recognized the potential difficulties in applying the *Pelech* trilogy in the new statutory context. As Misener L.J.S.C. stated in *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (Ont. H.C.), at p. 286:

I am obliged to say that I have the greatest difficulty in my own mind reconciling the direction that Parliament has given the courts in s. 15(5) [now s. 15.2(4)] and (7) [now s. 15.2(6)], in exercising its discretion to order spousal maintenance and to fix the amount and duration of it, with the application of the principle set forth in *Richardson*. Section 15(5) specifically directs the court to consider the provisions of a separation agreement as only *one* of three factors included in the phrase “other circumstances”. How then can the agreement be made

« rupture nette » en matière d’obligations alimentaires qui met l’accent sur le caractère définitif de la rupture des liens entre les ex-époux. La juge Wilson s’exprime ainsi dans *Pelech* (à la p. 851) :

[I]l me semble que les parties qui déclarent mettre fin à leurs rapports devraient être prises au mot. Elles ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l’autre.

32

L’entrée en vigueur de la Loi de 1985 et les décisions rendues dans la trilogie l’année suivante ont créé une grande confusion sur la question du maintien de l’application de la trilogie. Deux principaux facteurs peuvent expliquer cette confusion. D’une part, la Loi de 1968, bien que moins directive sur la question des aliments, pouvait s’interpréter comme n’étant pas incompatible avec la nouvelle loi plus détaillée. La professeure M. Bailey affirme d’ailleurs que la trilogie s’harmonise davantage avec la nouvelle loi parce qu’elle prévoit expressément la prise en compte des ententes aux fins de la détermination des aliments et que les objectifs des pensions alimentaires énoncés au par. 15.2(4) reflètent l’importance qu’accorde la trilogie à l’autonomie et à la nécessité d’établir un lien entre le besoin et le mariage ou son échec (« *Pelech, Caron, and Richardson* » (1989-90), 3 R.j.f.d. 615, p. 624).

33

En revanche, certains juges et plusieurs auteurs de doctrine ont signalé les difficultés que pouvait susciter l’application de la trilogie *Pelech* au nouveau contexte législatif. Comme l’expliquait le juge local Misener de la Cour suprême de l’Ontario dans *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (H.C. Ont.), p. 286:

[TRADUCTION] Je dois avouer que j’ai beaucoup de difficulté à concilier la directive qu’a donnée le législateur aux tribunaux aux par. 15(5) [maintenant par. 15.2(4)] et 15(7) [maintenant par. 15.2(6)], pour l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance alimentaire au profit d’un époux et d’en fixer le montant et la durée, avec l’application du principe de larrêt *Richardson*. Le paragraphe 15(5), invite expressément le tribunal à considérer les clauses d’une entente de séparation comme *un* des trois facteurs visés par l’expression

the only factor to be considered in all but the most exceptional circumstances? Section 15(7) directs the court to fix the amount of and the duration of support with a view to accomplishing certain specified objectives. The almost automatic adoption of the terms of a separation agreement will in many cases — and indeed in this case — at least tend to defeat one or more of these objectives. One would think that any order that would tend to have such a result would not be permissible in the proper exercise of the court's discretion. [Underlining added; italics in original.]

³⁴ In addition to generating some confusion, the trilogy received no small degree of criticism, from both legal scholars and family law practitioners. The main thrust of the criticism levied at the trilogy was summarized by McLachlin J. (as she then was) in a speech delivered to the National Family Law Program over a decade ago. McLachlin J. suggested that the “joint venture model” of marriage, which viewed married persons as autonomous individuals entering into equal partnerships who should and do take responsibility for themselves, informed the economic self-sufficiency or “clean break” theory of spousal support endorsed by this Court in *Pelech*. Although McLachlin J. fully endorsed the model of equality on which the trilogy was based, she cautioned that that model did not necessarily conform to everyone’s reality. This disjunction, in her view, explained much of the criticism to which the trilogy has been subjected (the Honourable Madame Justice B. McLachlin, “Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages?” (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 131).

³⁵ Since the trilogy, decisions from this Court have recognized a shift in the normative standards informing spousal support orders. In *Moge, supra*, at p. 849 L’Heureux-Dubé J. held for the majority that the underlying theme of the 1985 Act is the “fair and equitable distribution of resources to alleviate the economic consequences of marriage or marriage breakdown”. In making an order for support, she noted that the court must have regard to all four of the objectives of spousal support, none of which is paramount. Self-sufficiency is only one of those objectives and an attenuated one at that (to be promoted “insofar as practicable” (p. 852)).

« la situation ». Comment peut-on alors faire de l’entente le seul facteur à ne prendre en compte que dans des circonstances exceptionnelles? Le paragraphe 15(7) impose au tribunal de fixer le montant et la durée de la pension alimentaire dans la perspective de certains objectifs spécifiques. La confirmation quasi automatique des modalités de l’entente de séparation tendra dans bien des cas et c’est le cas en l’espèce — à contrecarrer un ou plusieurs de ces objectifs. Il est permis de penser qu’une ordonnance susceptible de produire un tel résultat ne serait pas un exercice acceptable du pouvoir discrétionnaire du tribunal. [Nous soulignons; en italique dans l’original.]

En plus de créer une certaine confusion, la trilogie a été abondamment critiquée à la fois par les auteurs et les praticiens en droit de la famille. Dans une allocution prononcée dans le cadre du Colloque national sur le droit de la famille, il y a plus de dix ans, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a résumé les principales critiques dirigées contre la trilogie. Selon elle, la théorie de l’autonomie financière ou de la « rupture nette » en matière d’aliments, que la Cour a adoptée dans *Pelech*, s’inspire de la conception du mariage comme « coentreprise », dans laquelle les époux sont des individus autonomes formant une association à parts égales qui devraient assumer, et qui assument, leurs propres responsabilités. Tout en adhérant totalement au modèle d’égalité à la base de la trilogie, la juge McLachlin mettait en garde contre le fait que ce modèle ne correspond pas nécessairement à la réalité de tous. À son avis, cette disjonction expliquait en grande partie les critiques de la trilogie (l’honorables juge B. McLachlin, « Spousal Support : Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? » (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 131).

Les décisions de la Cour, depuis la trilogie, témoignent de l’évolution des critères normatifs applicables aux ordonnances alimentaires au profit des conjoints. Dans *Moge*, précité, la juge L’Heureux-Dubé conclut au nom de la majorité que la Loi de 1985 a pour thème sous-jacent le « partage juste et équitable des ressources afin d’alléger les conséquences économiques du mariage ou de son échec » (p. 849). Elle souligne qu’avant de rendre une ordonnance au profit d’un époux, le tribunal doit tenir compte de chacun des quatre objectifs de la pension alimentaire dont aucun n’est privilégié. L’indépendance économique ne constitue qu’un de ces objectifs et,

L'Heureux-Dubé J. concluded that Parliament appears to have adopted a compensatory model of support, one which attempts to ensure the equitable sharing of the economic consequences of marriage and its breakdown.

Regarding the trilogy specifically, L'Heureux-Dubé J. held that it had no application to the circumstances of that case, where there had been no final agreement between the parties. In her view, the trilogy did not address issues of entitlement to support in the absence of an agreement. Nevertheless, her reasoning with respect to the "compensatory model" of support only served to fuel debate as to whether the *Pelech* trilogy still governed at all. See e.g. A. H. Young, "The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 749, at pp. 781-82.

This Court's decision in *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, further illustrated the questions relating to the trilogy's continued relevance. Sopinka J., writing for a four-member majority, held that the facts did not require the Court to address directly the continued validity of the trilogy. *G. (L.)* involved an application for variation to a consent support order, under s. 17 of the *Divorce Act*, arising out of a pre-existing agreement between the parties. The parties had agreed to an amount of spousal support and to certain conditions for reducing or eliminating entitlement. Sopinka J. held that the trial judge applied the correct test of material change, enunciated by this Court in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670. He further held that there was no basis to interfere with the trial judge's findings of fact and, accordingly, that the threshold of material change had not been met. He noted, finally, that the Court of Appeal had erred in applying a presumption of self-sufficiency to the recipient wife and, accordingly, in granting the husband's application for a reduction in the quantum of his support obligation.

de surcroît, il est assorti d'une réserve (devant être favorisé « dans la mesure du possible » (p. 852)). La juge L'Heureux-Dubé conclut que le législateur semble avoir adopté un modèle compensatoire des pensions alimentaires, lequel vise à assurer le partage équitable des conséquences économiques résultant du mariage et de son échec.

En ce qui concerne particulièrement la trilogie, la juge L'Heureux-Dubé conclut qu'elle ne s'applique pas aux faits de l'affaire, parce qu'aucune convention définitive n'est intervenue entre les parties. À son avis, la trilogie n'aborde pas la question du droit aux aliments en l'absence de convention. Néanmoins, son raisonnement sur le « modèle compensatoire » des aliments a animé le débat sur le maintien de l'application de la trilogie *Pelech*. Voir, par exemple, A. H. Young, « The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 749, p. 781-782.

L'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, illustre également les questions relatives à la pertinence actuelle de la trilogie. Au nom des quatre juges majoritaires, le juge Sopinka conclut que les faits du litige n'obligent pas la Cour à se prononcer explicitement sur la validité continue de la trilogie. L'affaire concernait une demande de modification d'une ordonnance alimentaire rendue avec le consentement des parties en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, et découlant d'une convention préexistante entre les parties. Celles-ci avaient convenu du montant de la pension alimentaire et de certaines conditions entraînant la réduction ou l'élimination du droit aux aliments. Le juge Sopinka conclut que le juge de première instance a correctement appliqué le critère du changement important que la Cour a énoncé dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Il juge de plus qu'aucun motif ne justifie la modification des conclusions de fait du juge de première instance et qu'il n'est donc pas satisfait au critère préliminaire du changement important. Enfin, il souligne que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant une présomption d'autonomie à l'épouse créancière alimentaire et en faisant droit à la demande de l'époux visant la diminution du montant de son obligation alimentaire.

36

37

38 In contrast, L'Heureux-Dubé J., writing for a three-member minority, addressed the trilogy directly. She concluded that it is no longer good law. In language cited and relied on extensively by Abella J.A. in the present appeal, L'Heureux-Dubé J. explained that the new 1985 Act adopted "as its underlying philosophy a partnership in marriage and, at the time of a divorce, an equitable division of its economic consequences between the spouses" (*G. (L.)*, at para. 41). She drew on this Court's approach to spousal support under the 1985 Act, as laid out in *Moge, supra*. She noted in particular that the presence of a separation agreement is only one factor, albeit an important one, that a court must consider in making an initial order for support. In her view, the *Divorce Act* accords this factor no greater weight than any other, making the trilogy — and its emphasis on self-sufficiency to the exclusion of other objectives — incompatible with the new Act.

39 Whereas the 1968 Act refers only to the "conduct of the parties and the condition, means, and other circumstances of each of them" (s. 11(1)), the 1985 Act abandons the reference to the conduct of the parties and makes explicit both the objectives of spousal support and the factors to be considered in making an order. That these objectives can and do often conflict and compete suggests an intention on the part of Parliament to vest in trial judges a significant discretion to assess the weight to be given each objective against the very particular backdrop of the parties' circumstances. Moreover, we agree that the importance given to self-sufficiency and a "clean break" in the jurisprudence relying on the trilogy is not only incompatible with the new Act, but too often fails to accord with the realities faced by many divorcing couples. Indeed, in *Bracklow, supra*, this Court recognized how these different realities also mirror competing normative standards justifying entitlement to spousal support. McLachlin J. noted for the unanimous Court as follows, at para. 32:

En revanche, au nom des trois juges minoritaires dans la même affaire, la juge L'Heureux-Dubé aborde directement la question de la trilogie. Elle conclut qu'elle ne s'applique plus en droit. Dans ses motifs, longuement cités et invoqués par la juge Abella en l'espèce, la juge L'Heureux-Dubé explique que la nouvelle Loi de 1985 adopte, « comme philosophie de base, le partenariat dans le mariage et, au moment du divorce, le partage équitable de ses conséquences économiques entre les époux » (*G. (L.)*, par. 41). Elle s'appuie à cet égard sur l'approche adoptée par la Cour en matière d'aliments entre époux sous le régime de la Loi de 1985, qui est exposée dans *Moge*, précité. Elle note en particulier que l'existence d'une convention de séparation n'est qu'un des facteurs — si important soit-il — dont le tribunal doit tenir compte pour rendre une ordonnance alimentaire initiale. Selon elle, la *Loi sur le divorce* n'accorde pas plus d'importance à ce facteur qu'aux autres, ce qui rend la trilogie — et l'accent mis sur l'autonomie à l'exclusion des autres objectifs — incompatible avec la nouvelle Loi.

Alors que la Loi de 1968 ne faisait mention que de la « conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent » (par. 11(1)), la Loi de 1985 omet toute référence à la conduite des parties et énonce explicitement tant les objectifs des aliments entre époux que les facteurs à considérer avant de rendre une ordonnance. Le fait que ces objectifs puissent souvent être divergents et contradictoires permet de penser que le législateur entendait conférer aux juges de première instance un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'appréciation du poids à accorder à chaque objectif, dans le contexte précis de la situation des parties. En outre, nous pensons qu'en plus d'être incompatible avec la nouvelle loi, l'importance que la jurisprudence fondée sur la trilogie accorde à l'autonomie et à la « rupture nette » correspond trop peu souvent aux réalités auxquelles font face de nombreux couples qui divorcent. En fait, dans *Bracklow*, précité, la Cour montre comment ces diverses réalités correspondent aussi aux critères normatifs contradictoires qui justifient le droit d'un époux aux aliments. Dans une décision unanime, la juge McLachlin note ce qui suit (au par. 32) :

Both the mutual obligation model and the independent, clean-break model [of spousal support] represent important realities and address significant policy concerns and social values. The federal and provincial legislatures, through their respective statutes, have acknowledged both models. Neither theory alone is capable of achieving a just law of spousal support. The importance of the policy objectives served by both models is beyond dispute.

In light of these developments in the understanding of spousal support, the question “Does the trilogy apply or not?” is perhaps too mechanical, and the answer does not turn solely on the existence of a new Act. Parliament’s recognition of competing objectives of spousal support renders the trilogy’s privileging of “clean break” principles inappropriate, but this is not to suggest that the policy concerns that drove the trilogy are wholly irrelevant to the new legislative context. On the contrary, the objectives of autonomy and finality, as well as the recognition that the parties may go on to undertake new family obligations, continue to inform the current *Divorce Act* and remain significant today. What has changed is the singular emphasis on self-sufficiency as a policy goal to the virtual exclusion of other objectives that may or may not be equally pressing according to the specific circumstances of the parties. Such an emphasis on self-sufficiency is inconsistent with both the compensatory model of support developed in *Moge*, and the non-compensatory model of support developed in *Bracklow*. It is also inconsistent with the interpretive point made in both cases that no single objective in s. 15.2(6) is paramount: *Bracklow*, at para. 35; *Moge*, at p. 852. Nevertheless, promoting self-sufficiency remains an explicit legislative objective.

In addition to these competing policy goals, we also note that the current statutory language does not support direct incorporation of the trilogy test. In *Pelech*, Wilson J. held that an application for variation of spousal support required the applicant to demonstrate a radical and unforeseen change of circumstances causally related to the marriage,

Le modèle de l’obligation mutuelle et le modèle de l’indépendance et de la rupture nette [en matière d’aliments entre conjoints] représentent des réalités importantes et abordent des questions de politique générale et des valeurs sociales importantes. Le Parlement et les législatures ont, par leurs lois respectives, reconnu les deux modèles. Ni l’une ni l’autre des théories ne permet à elle seule de parvenir à une loi équitable en matière de pension alimentaire au profit d’un époux. L’importance des objectifs de politique générale servis par les deux modèles est incontestable.

Vu cette évolution de la conception de l’obligation alimentaire entre époux, la question de savoir si la trilogie s’applique est sans doute trop mécanique, et la réponse ne dépend pas uniquement de l’existence d’une nouvelle loi. La reconnaissance par le législateur d’objectifs concurrents en matière d’aliments entre époux s’oppose à la primauté donnée par la trilogie aux principes de la «*rupture nette*», mais cela ne veut pas dire que les principes qui animent la trilogie soient entièrement dénués de pertinence dans le nouveau contexte législatif. Au contraire, les objectifs d’autonomie et de règlement définitif, tout comme la reconnaissance du fait que les parties puissent un jour assumer de nouvelles obligations familiales, continuent d’animer l’actuelle *Loi sur le divorce* et demeurent importants. Ce qui a changé, c’est l’importance spécifiquement donnée à l’autonomie, comme principe directeur, à l’exclusion presque totale d’autres objectifs qui peuvent ou non être aussi urgents selon la situation particulière des parties. Privilégier ainsi l’autonomie va à l’encontre tant du modèle compensatoire de l’obligation alimentaire élaboré dans *Moge* que du modèle non compensatoire développé dans *Bracklow*. C’est, de plus, incompatible avec l’interprétation avancée dans ces deux arrêts selon laquelle aucun objectif du par. 15.2(6) n’est prédominant : *Bracklow*, par. 35; *Moge*, p. 852. Néanmoins, favoriser l’autonomie demeure un objectif exprès de la loi.

40

Outre ces principes directeurs contradictoires, nous observons que le texte actuel de la loi ne permet pas l’incorporation directe du critère de la trilogie. Dans *Pelech*, la juge Wilson statue que la personne qui demande la modification de la pension alimentaire entre époux doit démontrer, en application du par. 11(2), la survenance d’un changement radical

41

pursuant to s. 11(2). In *Richardson, supra*, she further held at p. 867 that the same test applied to initial applications for support where a pre-existing agreement that dealt finally with support was present:

In my view, the only difference under the two subsections is that in a s. 11(1) application the change being considered will have occurred between the signing of the agreement and the application for the decree *nisi* whereas in the s. 11(2) application the change will have occurred between the granting of the decree *nisi* and the application for variation.

⁴² The current statutory context, however, is quite different in that Parliament has explicitly directed the court to consider a change in circumstances only where the application is for variation to an existing spousal support order. Section 17(4.1) of the 1985 Act provides as follows:

17. . . .

(4.1) Before 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 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.

⁴³ Section 15.2 provides no such similar direction. Rather, the court is explicitly directed to take into account certain non-exhaustive factors, and instructed that a support order should advance certain specified objectives. On a plain reading of the statute, then, there is simply no basis for importing a change threshold, radical, material or otherwise, into the provision. Indeed, on an initial application for support, the very concept of "change of circumstances" has no relevance, except to the limited extent that there might have been a pre-existing order or agreement that needs to be considered.

⁴⁴ How, then, should trial judges exercise the discretion vested in them by virtue of the Act where a party who makes an initial application for support has previously entered into an agreement that purports to

et imprévisible ayant un lien de causalité avec le mariage. Dans *Richardson*, précité, elle conclut en outre que le même critère s'applique, en présence d'une entente alimentaire préexistante et à caractère définitif, aux demandes initiales de pension alimentaire (à la p. 867) :

À mon avis, la seule différence entre les deux paragraphes, c'est que dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(1), le changement dont il faut tenir compte se sera produit entre la signature de la convention et la demande de jugement conditionnel de divorce alors que, dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(2), le changement sera survenu entre le jugement conditionnel de divorce et la demande de modification.

Cependant, le contexte législatif actuel est très différent en ce que le législateur prescrit expressément que le tribunal ne tient compte du changement dans la situation que dans les demandes de modification d'ordonnances alimentaires existantes. Le paragraphe 17(4.1) de la Loi de 1985 dit :

17. . . .

(4.1) Avant 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 ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

L'article 15.2 ne donne pas de directive similaire. Au contraire, il dit expressément que le tribunal doit prendre en considération certains facteurs non exhaustifs, et qu'une ordonnance alimentaire doit viser certains objectifs précis. Par conséquent, le sens ordinaire de la disposition ne permet aucun critère préliminaire de changement, qu'il soit radical, important ou autre. En fait, dans le cadre d'une demande initiale de pension alimentaire, le concept même de « changement dans la situation » n'a aucune pertinence, sauf dans la mesure limitée où préexiste une ordonnance ou une entente dont il faut tenir compte.

Comment les juges de première instance devraient-ils donc exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi lorsqu'une partie présentant une demande initiale de pension alimentaire a

have settled all matters between the spouses? How should trial judges assess the appropriate weight to be given such an agreement where s. 15.2 of the 1985 Act appears to accord it no greater priority than other factors?

It is helpful initially to identify several inappropriate approaches. In our view, the answer to these questions does not lie in adopting a near-impermeable standard such that a court will endorse any agreement, regardless of the inequities it reveals. Neither, however, does the solution lie in unduly interfering with agreements freely entered into and on which the parties reasonably expected to rely. It is also not helpful to read between the lines in s. 15.2 so as to identify a single implicit overriding legislative objective overshadowing the factors specifically set out. The fact that judicial and societal understandings of spousal support have changed since the release of *Pelech* and the adoption of admittedly competing factors in s. 15.2(6) does not lead to an unfettered discretion on the part of trial judges to substitute their own view of what is required for what the parties considered mutually acceptable. In this respect, we agree in principle with Wilson J.'s comments in *Pelech, supra*, at p. 853:

Where parties, instead of resorting to litigation, have acted in a mature and responsible fashion to settle their financial affairs in a final way and their settlement is not vulnerable to attack on any other basis, it should not, in my view, be undermined by courts concluding with the benefit of hindsight that they should have done it differently.

Nevertheless, the language and purpose of the 1985 Act militate in favour of a contextual assessment of all the circumstances. This includes the content of the agreement, in order to determine the proper weight it should be accorded in a s. 15.2 application. In exercising their discretion, trial judges must balance Parliament's objective of equitable sharing of the consequences of marriage and its breakdown with the parties' freedom to arrange their affairs as they see fit. Accordingly, a court should be loathe to interfere with a pre-existing agreement

auparavant conclu une entente censée régler toutes les questions entre les époux? Comment les juges devraient-ils apprécier le poids à donner à une telle entente, puisque l'art. 15.2 de la Loi de 1985 ne paraît pas lui donner prééminence sur les autres facteurs?

Il est tout d'abord utile de décrire plusieurs méthodes inadaptées. À notre avis, la réponse à ces questions n'est pas dans l'adoption d'une norme quasi imperméable qui amènera le tribunal à entériner toute entente sans égard aux iniquités qu'elle comporte. La réponse n'est pas non plus dans l'intervention indue dans des ententes librement conclues et sur lesquelles les parties pensaient raisonnablement pouvoir compter. Rien ne sert non plus de lire entre les lignes de l'art. 15.2 pour en dégager un seul objectif législatif implicitement prédominant qui éclipserait les facteurs énumérés. Ni le changement de perception des tribunaux et de la société concernant l'obligation alimentaire entre conjoints depuis la trilogie *Pelech*, ni l'adoption de facteurs concurrents au par. 15.2(6), ne confèrent aux juges de première instance le pouvoir discrétionnaire illimité de substituer leur opinion de ce qui est équitable à ce que les parties ont jugé mutuellement acceptable. À cet égard, nous donnons notre accord de principe à ce commentaire de la juge Wilson dans *Pelech* (à la p. 853) :

Lorsque les parties, au lieu d'avoir recours à la justice, ont agi en adultes responsables pour régler leurs affaires financières d'une manière définitive, et que le règlement ne peut être contesté sur aucun autre fondement, les tribunaux ne devraient pas, à mon avis, miner ce règlement en concluant, après coup, que les parties auraient dû régler leurs affaires différemment.

Malgré tout, le libellé et l'objet de la Loi de 1985 militent en faveur d'une appréciation contextuelle de l'ensemble de la situation. Cela inclut le contenu de l'entente, afin de déterminer le poids à lui accorder dans une demande fondée sur l'art. 15.2. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges de première instance doivent soulever l'objectif législatif du partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec, et la liberté des parties de régler leurs affaires comme elles l'entendent. En conséquence,

45

46

unless it is convinced that the agreement does not comply substantially with the overall objectives of the *Divorce Act*. This is particularly so when the pre-existing spousal support agreement is part of a comprehensive settlement of all issues related to the termination of the marriage. Since the issues, as well as their settlement, are likely interrelated, the support part of the agreement would at times be difficult to modify without putting into question the entire arrangement.

- 47 Having determined that the narrow test enunciated in the *Pelech* trilogy for interfering with a pre-existing agreement is not appropriate in the current statutory context, we now consider the approaches taken by the courts below in this appeal.

2. Did the Trial Judge Err in Applying a “Fairness” Test?

- 48 The trial judge was correct in finding that the presence of a duly executed pre-existing agreement between the parties did not oust the jurisdiction of the court to make an order for spousal support. He was also correct in proceeding under s. 15.2 (then s. 15) of the Act and not incorporating the “material change” requirement of s. 17 into Ms. Miglin’s application for an initial order. Finally, he was correct in finding that the trilogy’s threshold test of a radical change of circumstances, recently articulated and applied in *Santosuoso v. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (Div. Ct.), was not appropriately viewed as governing s. 15 of the 1985 Act. Tobias J. found, at para. 24, that under s. 15 of the Act “the court is provided with authority to scrutinize a separation agreement without any requirement to find radical unforeseen changes”.

- 49 With the threshold requirement removed, Tobias J. went on to consider the scope of the court’s discretion to scrutinize the pre-existing agreement. He reasoned as follows at para. 28:

Section 15(5)(c) [now s. 15.2(4)(c)] provides the court with the authority to scrutinize the separation agreement and to decide whether its provisions conform to the

le tribunal devrait hésiter à intervenir dans une entente préexistante, à moins d’être convaincu que l’entente n’est pas conforme pour l’essentiel aux objectifs généraux de la *Loi sur le divorce*. Cela est particulièrement vrai lorsque l’entente préexistante sur les aliments entre époux s’inscrit dans le cadre du règlement complet de toutes les questions liées à la fin du mariage. Puisque ces questions, tout comme leur règlement, sont vraisemblablement interreliées, il serait parfois difficile de modifier la partie de l’entente concernant les aliments sans remettre en question tout l’arrangement.

Ayant conclu que le critère étroit énoncé dans la trilogie *Pelech* pour la modification d’une entente antérieure ne s’applique pas au contexte législatif actuel, nous allons examiner le raisonnement adopté dans les instances antérieures en l’espèce.

2. Le juge de première instance a-t-il fait erreur en appliquant un critère d’« équité »?

Le juge de première instance a raison de conclure que l’existence d’une entente dûment signée par les parties n’exclut pas la compétence du tribunal de rendre une ordonnance alimentaire au profit d’un époux. Il a aussi raison de procéder en vertu de l’art. 15.2 (anciennement art. 15) de la Loi et de ne pas appliquer l’exigence de l’art. 17 d’un « changement important » à la demande d’ordonnance initiale présentée par Mme Miglin. Enfin, il a raison de statuer que le critère préliminaire du changement radical dans la trilogie, récemment exposé et appliqué dans *Santosuoso c. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (C. div.), ne s’applique pas à l’art. 15 de la Loi de 1985. Le juge Tobias conclut que l’art. 15 de la Loi [TRADUCTION] « accorde au tribunal le pouvoir d’examiner un accord de séparation sans devoir conclure au préalable à la survenance de changements radicaux et imprévisibles » (par. 24).

Ayant écarté l’exigence préliminaire, le juge Tobias considère ensuite l’étendue de son pouvoir discrétionnaire d’examiner l’entente préexistante. Son raisonnement est le suivant (au par. 28):

[TRADUCTION] L’alinéa 15(5)c) [maintenant al. 15.2(4)c)] confère au tribunal le pouvoir d’examiner l’accord de séparation et de juger de la conformité de

policies enunciated in Section. 15(7) [now s. 15.2(6)]. If the separation agreement fails to provide for either spouse in a fashion consistent with these objectives, it is the obligation of this court to undertake a review under Section 15(5) [now s. 15.2(4)] of the conditions, means, needs, and other circumstances of each spouse, and any child of the marriage including the length of time the spouses cohabited, the functions performed by the spouses during cohabitation, and, as well, any order, agreement, or arrangement relating to the support of the spouse or child.

Applying the above test, Tobias J. found, at para. 27, that the Separation Agreement suffered from “a fundamental inequality of matrimonial asset distribution” because

it provides for the transfer of the one-half interest of the applicant in the hotel corporation for the sum of \$250,000.00 and proposes to replace her annual salary of \$80,200.00 with the consultation contract which provided \$15,000.00 per annum. . . . The separation agreement provides that the Respondent convey to the applicant his one-half interest of \$250,000.00 in the matrimonial home, a non-producing income asset, for the one-half-interest of the applicant in the hotel corporation having the same value. . . .

Accordingly, Tobias J. disregarded the spousal support waiver and, following his application of the spousal support objectives to the facts of this case, set spousal support at \$4,400 per month for five years.

It is settled that Parliament has vested in courts the discretion to review and reject the terms of a pre-existing agreement: *Pelech*, at p. 827. Nevertheless, this discretion should not be exercised lightly. A purported inequality in asset distribution is not necessarily a sufficient basis to disregard the parties’ declared intention to be bound by the terms of the agreement they reached. In fact, here there was no such inequality, as properly admitted by counsel for the respondent during the hearing of this appeal. Further, we do not accept that the weight to be afforded a pre-existing agreement should be determined solely by the extent to which that agreement is consistent with the specific objectives of spousal support orders listed in s. 15.2(6) of the Act. Such an interpretation is not consistent with the language and objectives of the *Divorce Act* more generally.

ses dispositions aux politiques énoncées au par. 15(7) [maintenant par. 15.2(6)]. Si l’accord de séparation ne pourvoit pas aux besoins de l’un ou l’autre des époux de façon conforme à ces objectifs, le tribunal a l’obligation d’entreprendre l’examen, aux termes du par. 15(5) [maintenant par. 15.2(4)], des ressources, des besoins et de la situation de chaque époux, ainsi que de tout enfant à charge, y compris la durée de la cohabitation des époux, les fonctions qu’ils ont remplies au cours de celle-ci, de même que toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit d’un époux ou d’un enfant.

Appliquant ce critère, le juge Tobias conclut au par. 27 que l’accord de séparation porte la marque d’une [TRADUCTION] « inégalité fondamentale dans la répartition des biens matrimoniaux » car

[TRADUCTION] il prévoit la cession de l’intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, que détient la demanderesse dans l’entreprise hôtelière et envisage de remplacer son salaire annuel de 80 200 \$ par le contrat de consultation de 15 000 \$ par année [. . .] L’accord de séparation prévoit la cession par le défendeur de son intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, dans le foyer conjugal, un bien non productif de revenu, en contrepartie de l’intérêt de moitié de même valeur que détient la demanderesse dans l’entreprise hôtelière . . .

En conséquence, le juge Tobias écarte la renonciation aux aliments et, appliquant aux faits de l’espèce les objectifs de la pension alimentaire au profit d’un époux, fixe le montant à verser à ce titre à 4 400 \$ par mois pendant cinq ans.

Il est bien établi que le législateur a investi les tribunaux du pouvoir discrétionnaire d’examiner et de rejeter les modalités d’une entente préexistante : *Pelech*, p. 827. Il ne faut pas cependant l’exercer à la légère. Une répartition supposément inéquitable des biens n’est pas nécessairement une raison suffisante pour écarter totalement l’intention déclarée des parties d’être liées par les modalités de l’entente qu’elles ont conclue. En fait, il n’y a en l’espèce aucune inégalité de ce type, comme l’a dûment admis l’avocat de l’intimée à l’audition du pourvoi. De plus, nous n’acceptons pas que le poids à accorder à une entente préexistante doive dépendre uniquement de la façon dont l’entente correspond aux objectifs spécifiques des ordonnances alimentaires au profit d’un époux énumérés au par. 15.2(6) de la Loi. Une telle interprétation ne correspond ni au libellé ni aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble.

52 The objectives listed in s. 15.2(6) are designed to guide trial judges in determining the quantum, if any, and duration of a spousal support award made in an order of the court. Such an order is made either in the absence of an agreement between the parties or in substitution for some unacceptable terms in a proposed agreement submitted to the court for approval. In our view, these objectives are not intended to dictate by themselves the precise terms of an enforceable negotiated agreement dealing with spousal support, distribution of assets and child support. In the first place, the language of s. 15.2(6) is suggestive only:

15.2 . . .

(6) An order made under subsection (1) or an interim order under subsection (2) that provides for the support of a spouse should . . . [Emphasis added.]

Compare this provision with the mandatory language adopted in s. 15.2(4), which expressly directs the court to take certain factors into account in exercising its discretion to make an award:

15.2 . . .

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

Nothing in these provisions indicates a duty on the court to subject a comprehensive agreement to scrutiny based solely on the objectives in s. 15.2(6) or to assume that any agreement by the parties will be enforceable only when its provisions substantially mirror what a trial judge, unfamiliar with the parties' motivations and subjective understanding of their relationship, would have awarded on the basis of these criteria alone.

53 The objectives in s. 15.2(6) do not accommodate within them the compelling objectives of finality, certainty and autonomy that Parliament has also seen fit to endorse in the *Divorce Act*. It should not be overlooked that s. 9(2) of the Act imposes a positive duty on counsel to advise clients of alternatives to litigation:

Les objectifs du par. 15.2(6) servent à guider les juges de première instance dans l'établissement, le cas échéant, du montant et de la durée d'une pension alimentaire accordée par ordonnance. Une telle ordonnance est prononcée, soit en l'absence d'accord entre les parties, soit pour remplacer des clauses inacceptables d'un projet d'entente soumis à l'approbation du tribunal. À notre avis, ces objectifs ne visent pas à dicter à eux seuls les modalités précises d'un accord négocié et exécutoire relatif aux aliments entre époux, à la répartition des biens et aux aliments au profit des enfants. Tout d'abord, le libellé du par. 15.2(6) est indicatif seulement :

15.2 . . .

(6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise : . . . [Nous soulignons.]

En revanche, avec un libellé directif, le par. 15.2(4) demande expressément au tribunal de tenir compte de certains facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance :

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 : . . . [Nous soulignons.]

Rien dans ces dispositions n'indique que le tribunal a l'obligation de soumettre un accord global à un examen fondé uniquement sur les objectifs du par. 15.2(6), ou de présumer qu'une entente conclue par les parties ne sera exécutoire que lorsque ses clauses refléteront essentiellement ce qu'aurait ordonné, sur le fondement de ces seuls critères, un juge de première instance mal informé des motivations des parties et de la façon dont elles conçoivent subjectivement leur relation.

Les objectifs du par. 15.2(6) n'englobent pas les objectifs impérieux du règlement définitif, de la certitude et de l'autonomie que le législateur a également jugé bon d'adopter dans la *Loi sur le divorce*. Il ne faut pas oublier que le par. 9(2) de la Loi impose à l'avocat l'obligation positive d'informer son client des options autres que le procès :

9. . . .

(2) It is the duty of every barrister, solicitor, lawyer or advocate who undertakes to act on behalf of a spouse in a divorce proceeding to discuss with the spouse the advisability of negotiating the matters that may be the subject of a support order or a custody order and to inform the spouse of the mediation facilities known to him or her that might be able to assist the spouses in negotiating those matters.

Section 9(2) of the 1985 Act clearly indicates Parliament's intention to promote negotiated settlement of all matters corollary to a divorce. This, coupled with the suggestive language of s. 15.2(6) and the mandatory language of s. 15.2(4), suggests that more must be shown than mere deviation from what a trial judge would have awarded in an order before it is appropriate for the court to disregard the parties' pre-existing agreement. Without some degree of certainty that the agreement will be respected by the court, parties have little incentive to negotiate a settlement and then to comply with the terms of their undertakings. The policy goal underlying s. 9(2) would then be entirely defeated.

Furthermore, exclusive focus on the s. 15.2(6) objectives leaves no room for the parties to apply their own values and pursue their own objectives in reaching a settlement. The objectives in s. 15.2(6) may not sufficiently account for the many ways in which couples structure their marital relationship and face its dissolution. To impose on all separating or divorcing persons an obligation to adhere strictly and exclusively to the statutory spousal support objectives denies them the autonomy to organize their lives as they see fit and to pursue their own sense of what is mutually acceptable in their individual circumstances. Accordingly, the spousal support objectives should not operate so as to preclude parties from bringing their own concerns, desires and objectives to the table in negotiating what they view as a mutually acceptable agreement, an agreement they consider to comply substantially with the objectives of the Act. In that way, the policy goals of autonomy and certainty will be rendered consistent with Parliament's recognition of "the diverse dynamics of the many

9. . . .

(2) Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation.

54

Le paragraphe 9(2) de la Loi de 1985 montre clairement l'intention du législateur de favoriser le règlement négocié de toute question accessoire au divorce. Lorsqu'à cela s'ajoutent le libellé indicatif du par. 15.2(6) et le libellé directif du par. 15.2(4), il semble qu'il faille démontrer davantage qu'une simple variation par rapport à l'ordonnance qu'aurait rendue un juge à un procès pour pouvoir écarter l'entente préexistante des parties. Sans une certitude raisonnable que les tribunaux respecteront leur entente, les parties ont peu d'intérêt à négocier un règlement et à se conformer par la suite aux modalités de leurs engagements. L'objectif de politique sous-tendant le par. 9(2) serait alors entièrement neutralisé.

55

Qui plus est, la considération exclusive des objectifs du par. 15.2(6) empêche les parties d'appliquer leurs propres valeurs et d'atteindre leurs propres objectifs dans leur tentative de parvenir à un règlement. Il se peut que les objectifs du par. 15.2(6) ne représentent pas suffisamment les nombreuses façons dont les couples structurent leur relation conjugale et font face à sa dissolution. Imposer aux couples en instance de séparation ou de divorce l'obligation d'adhérer strictement et exclusivement aux objectifs de la loi en matière d'aliments entre conjoints les privent de la liberté d'organiser leur vie comme ils l'entendent et de s'efforcer de réaliser ce qu'ils estiment être mutuellement acceptable dans leur propre situation. Par conséquent, les objectifs en matière d'aliments entre époux ne devraient pas avoir pour effet d'empêcher les parties de faire valoir leurs propres préoccupations, désirs et objectifs lorsqu'elles négocient ce qu'elles estiment être un accord mutuellement acceptable, un accord qu'elles considèrent essentiellement conforme aux objectifs de la Loi. De cette façon, les objectifs de l'autonomie et de la certitude deviennent compatibles avec la

unique marital relationships” (*Bracklow, supra*, at para. 35).

⁵⁶ This is not to suggest that courts should prioritize the policy goal of autonomy to the exclusion of all other concerns. Nor are we suggesting that courts should condone agreements that manifestly prejudice one party. The trial judge would endorse a seemingly unlimited discretion to disregard pre-existing agreements and impose his own view of what, in light of the spousal support objectives, constitutes equitable sharing of the consequences of the marriage breakdown. In contrast, we are of the view that what constitutes equitable sharing in this sense cannot be informed solely by the list of objectives set out in s. 15.2(6) of the Act. Unlike child support, for which relatively clear normative standards have been set, spousal support rests on no similar social consensus. See M. Shaffer and C. Rogerson, “Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*” (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (paper originally presented to the National Family Law Program, in Kelowna, B.C., July 14-18, 2002), at p. 61. We note too that Parliament’s adoption of broad, and at times competing, objectives for spousal support contrasts with its promulgation of uniform Child Support Guidelines. The discretion granted to trial judges respecting spousal support also contrasts with the detailed default provision for equalization of matrimonial property set out in s. 5 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and the obligatory regime of the family patrimony in arts. 414 *et seq.* of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Therefore, what is “fair” will depend not only on the objective circumstances of the parties, but also on how those parties conceive of themselves, their marriage and its dissolution, as well as their expectations and aspirations for the future.

⁵⁷ We are of the view that, rather than trying to measure whether the terms of a comprehensive

reconnaissance par le législateur de « la dynamique variée des nombreuses formes singulières de relation maritale » (*Bracklow*, précité, par. 35).

Cela ne signifie pas que les tribunaux devraient privilégier l’objectif législatif d’autonomie à l’exclusion de toute autre considération, ni que les tribunaux devraient cautionner des accords manifestement préjudiciables à une partie. Le juge de première instance aurait alors un pouvoir discrétionnaire en apparence illimité d’écartier des accords préexistants et d’imposer son point de vue sur ce qui constituerait, en fonction des objectifs des aliments entre conjoints, une répartition équitable des conséquences de la rupture du mariage. Nous pensons, tout au contraire, que ce qui constitue un partage équitable ne peut se fonder uniquement sur la liste des objectifs du par. 15.2(6) de la Loi. À la différence des aliments au profit d’un enfant, pour lesquels des critères normatifs relativement clairs ont été établis, les aliments entre époux ne se fondent sur aucun consensus social de ce type. Voir M. Shaffer et C. Rogerson, « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (exposé présenté pour la première fois dans le cadre du Colloque national sur le droit de la famille à Kelowna (C.-B.), 14 au 18 juillet 2002), p. 61. Nous remarquons de plus que l’adoption par le législateur d’objectifs larges et parfois concurrents en matière d’aliments entre époux fait contraste avec l’adoption de lignes directrices uniformes sur les pensions alimentaires aux enfants. Le pouvoir discrétionnaire conféré aux juges de première instance quant aux aliments entre époux contraste aussi avec le régime supplétif détaillé en matière d’égalisation des biens matrimoniaux prévu, par exemple, à l’art. 5 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, et avec le régime impératif du patrimoine familial énoncé aux art. 414 et suiv. du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Ce qui est « juste » ne dépend donc pas seulement de la situation objective des parties, mais également de leur idée d’elles-mêmes, de leur mariage et de sa dissolution, de même que de leurs attentes et aspirations pour l’avenir.

À notre avis, plutôt que de tenter d’évaluer si les modalités d’un accord global vont dans le sens des

agreement advance the objectives of support set out in s. 15.2(6), trial judges must consider the agreement more broadly in light of all the objectives of the *Divorce Act*. These objectives of the Act as a whole, as compared with the objectives set out in s. 15.2(6), include the compelling policy goals of certainty, autonomy and finality. These legislative objectives require the trial judge to consider the extent to which the agreement represents a final settlement of the issues, negotiated under unimpeachable conditions, to which both parties agreed and on which each of them intended to rely. It is only then that the judge will consider whether the agreement must nevertheless be set aside in full or in part because it is not in substantial compliance with the broader objectives of the Act.

Accordingly, we cannot accept the trial judge's approach to assessing the appropriate weight to be given the pre-existing agreement.

3. Did the Court of Appeal Err in Applying a "Material Change" Test?

Abella J.A. began by agreeing with the trial judge that the application was properly brought under s. 15 of the *Divorce Act*, as an initial application for corollary relief. Regarding the applicability of the *Pelech* trilogy to the present statute, Abella J.A. held that she would not conclude that this Court had based its decision on a different statute from the one on which it expressly stated it was relying. Following a review of the jurisprudence and scholarly literature since the trilogy, she reasoned at para. 60:

In my view, based on the new language in the 1985 *Divorce Act*, and the revised approach to support developed by the Supreme Court of Canada in accordance with those statutory changes, it is difficult to justify the continued application of the trilogy which emanated from a completely different statutory scheme. The language in s. 15 of the 1985 *Divorce Act* is so dramatic a departure from the linguistic and conceptual minimalism of s. 11 of the former *Divorce Act* that statutory interpretations emanating from the old legislation, such as the trilogy, cannot, it seems to me, continue to apply.

objectifs du par. 15.2(6) en matière d'aliments, les juges de première instance doivent examiner l'accord plus généralement à la lumière de tous les objectifs de la *Loi sur le divorce*. Les objectifs de la Loi dans son ensemble, comparativement aux objectifs énoncés au par. 15.2(6), comprennent les objectifs impérieux de la certitude, de l'autonomie et du règlement définitif. Ces objectifs obligent le juge à déterminer si l'accord représente le règlement définitif des différends, négocié dans des conditions irréprochables, et sur lequel les parties se sont entendues et veulent pouvoir compter. Ce n'est qu'après cela que le juge considère si l'accord doit néanmoins être écarté totalement ou partiellement parce qu'il n'est pas conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi.

En conséquence, nous ne pouvons accepter la méthode suivie par le juge de première instance pour évaluer le poids à donner à l'accord préexistant.

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant un critère de « changement important »?

La juge Abella commence par se dire d'accord avec le juge de première instance que la demande a été présentée à juste titre en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce*, comme requête initiale en mesures accessoires. Sur l'applicabilité de la trilogie *Pelech* à la loi actuelle, la juge Abella déclare ne pas être disposée à conclure que notre Cour a fondé sa décision sur une loi différente de celle sur laquelle elle déclare expressément s'être fondée. Après un aperçu de la jurisprudence et la doctrine postérieures à la trilogie, elle fait le raisonnement suivant (au par. 60) :

[TRADUCTION] À mon sens, compte tenu du nouveau libellé de la *Loi sur le divorce* de 1985 et du nouveau regard porté par la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire conformément aux modifications législatives, il est difficile de justifier l'application continue de la trilogie qui a émané d'un cadre législatif complètement différent. Le libellé de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce* de 1985 s'écarte de façon si frappante du minimalisme linguistique et conceptuel de l'art. 11 de l'ancienne *Loi sur le divorce* que les interprétations procédant de la vieille loi, comme la trilogie, ne peuvent, il me semble, continuer de s'appliquer.

58

59

Abella J.A. commented further at para. 65, that in the *Divorce Act*:

Agreements are not, notably, given any primacy, nor is there any explicit statutory direction for how the existence of an agreement is to be factored into an assessment of whether or how much support should be awarded.

60 We agree with Abella J.A. that the inclusion of “any order, agreement or arrangement” in s. 15.2(4)(c) suggests an intention on the part of Parliament to provide parties with a certain degree of confidence that these prior determinations, whether in the form of an order pursuant to a provincial statute, a formalized separation agreement, or some other arrangement between the parties, will not be easily disturbed. We further agree with Abella J.A. that there is no reason for subjecting a pre-existing agreement to a different or higher threshold than that for an agreement incorporated into an order. As she notes, where the parties properly consider a court order approving their agreement for support to be presumptively binding, it is difficult conceptually to see why a separation agreement that the parties view as no less binding should be subjected to a different threshold. A different threshold might provide an inappropriate incentive militating either for or against judicial approval of agreements.

61 We disagree, however, with Abella J.A.’s 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.

La juge Abella ajoute ceci à propos de la *Loi sur le divorce* (au par. 65) :

[TRADUCTION] Il faut souligner que les ententes ne jouissent d’aucun caractère prépondérant, et qu’aucune directive statutaire explicite ne montre comment il faut tenir compte d’une entente lorsqu’il s’agit d’apprécier s’il y a lieu d’accorder une pension alimentaire au conjoint et, le cas échéant, le montant auquel elle devrait s’élever.

Nous convenons avec la juge Abella que l’inclusion de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement » à l’al. 15.2(4)c) indique l’intention du législateur de donner aux parties une certaine assurance que ces décisions antérieures, qu’il s’agisse d’une ordonnance en vertu d’une loi provinciale, d’un accord formel de séparation ou de tout autre arrangement entre les parties, ne seront pas aisément modifiées. Nous convenons aussi avec la juge Abella qu’il n’y a aucune raison d’appliquer à un accord préexistant un critère préliminaire différent ou plus rigoureux que celui qui s’applique à un accord incorporé dans une ordonnance. Elle note que, lorsque les parties pensent à juste titre qu’une ordonnance judiciaire entérinant leur entente est présumée obligatoire, il est conceptuellement difficile de voir pourquoi un accord de séparation, que les parties considèrent tout aussi obligatoire, devrait être soumis à un critère différent. L’imposition d’un critère préliminaire différent pourrait être une incitation inopportunne en faveur ou à l’encontre de l’approbation judiciaire des ententes.

Cependant, nous ne sommes pas d’accord avec la juge Abella 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.

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.

As we shall discuss more fully, however, changes to the parties' circumstances after completion of a separation agreement are obviously not wholly irrelevant considerations in assessing the weight to be given to a pre-existing agreement at the time of the application. In our view, the court should focus not on change as a threshold matter, leading to the total setting aside of an agreement, but rather on the totality of the circumstances, of which a change in the parties' circumstances will likely be an element. Put another way, it is not the existence of change *per se* that matters but whether, at the time of the application, all the circumstances render continued reliance on the pre-existing agreement unacceptable.

4. The Proper Approach to Applications Under Section 15.2

An initial application for spousal support inconsistent with a pre-existing agreement requires an investigation into all the circumstances surrounding that agreement, first, at the time of its formation, and second, at the time of the application. In our view, this two-stage analysis provides the court with a principled way of balancing the competing objectives underlying the *Divorce Act* and of locating the potentially problematic aspects of spousal support arrangements in their appropriate temporal context. Before doing so, however, it is necessary to discuss some of the interpretive difficulties affecting spousal support.

As a starting point, we endorse the reasoning of this Court in *Moge, supra*, where L'Heureux-Dubé J. held that the spousal support objectives of

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 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.⁶²

Cependant, comme nous le verrons plus en détail, les changements survenus dans la situation des parties après la conclusion de l'accord de séparation ne sont évidemment pas entièrement dénués de pertinence lorsqu'il s'agit d'évaluer le poids à donner à l'accord au moment de la demande. À notre avis, le tribunal devrait se préoccuper non pas d'un changement comme question préliminaire pouvant mener à écarter totalement l'accord, mais de l'ensemble des circonstances, dont le changement dans la situation des parties sera vraisemblablement une composante. Autrement dit, ce n'est pas la survenance d'un changement en soi qui importe, mais la question de savoir si, au moment de la demande, l'ensemble des circonstances rendent inacceptable le maintien de l'accord antérieur.

4. La marche à suivre dans les demandes fondées sur l'art. 15.2

Une demande initiale d'aliments entre époux incompatible avec un accord antérieur exige l'examen de toutes les circonstances relatives à l'accord d'abord au moment de sa conclusion, puis au moment de la demande. À notre avis, cette analyse en deux étapes fournit au tribunal les principes qui vont guider la pondération des objectifs concurrents de la *Loi sur le divorce* et l'identification d'aspects potentiellement problématiques des arrangements en matière d'aliments, dans le cadre temporel voulu. Cependant, il faut parler avant cela de certaines difficultés d'interprétation en matière d'aliments entre époux.⁶³

Tout d'abord, nous souscrivons au raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Moge*, précité, où la juge L'Heureux-Dubé statue que les objectifs de la *Loi*

62

63

64

65

the *Divorce Act* are designed to achieve an equitable sharing of the economic consequences of marriage and marriage breakdown. By explicitly directing the court to consider the objectives listed in s. 15.2(6), the 1985 Act departs significantly from the exclusive “means and needs” approach of the former statute. We note, however, that there is a potential tension between recognizing any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown and promoting, even if only to the extent practicable, the economic self-sufficiency of each spouse (ss. 15.2(6)(a) and 15.2(6)(d)). The way to reconcile these competing objectives is to recognize that the meaning of the term “equitable sharing” is not fixed in the Act and will, rather, vary according to the facts of a particular marriage. Parliament, aware of the many ways in which parties structure a marriage and particularly its economic aspects, drafted legislation broad enough that one cannot say that the spousal support provisions have a narrow fixed content. Contrasted with the former Act, then, these objectives expressly direct the court to consider different criteria on which to base entitlement to spousal support, while retaining the objective of fostering the parties’ ability to get on with their lives.

66

The role that these objectives was intended to play, however, must be understood in the proper statutory context. Whether by way of an initial application or an application to vary, the criteria listed in s. 15.2(6) and s. 17(7) pertain to spousal support orders imposed by the court. Nowhere in the *Divorce Act* is it expressed that parties must adhere strictly, or at all, to these objectives in reaching a mutually acceptable agreement. Rather, the listed objectives relate only to orders for spousal support, that is, to circumstances where the parties have been unable to reach an agreement. Moreover, the positive obligation that the Act places on counsel to advise their clients of alternatives to litigation, noted above, indicates Parliament’s clear conception of the new divorce regime as one that places a high premium on private settlement. Parliament’s preference appears to be that parties settle their dispute,

sur le divorce en matière d’aliments entre époux visent à assurer un partage équitable des conséquences économiques résultant du mariage et de son échec. En obligeant expressément le tribunal à prendre en considération les objectifs énumérés au par. 15.2(6), la Loi de 1985 s’écarte considérablement de la méthode exclusive des « ressources et besoins » préconisée par l’ancienne loi. Nous constatons toutefois que la prise en compte des avantages ou des inconvénients économiques du mariage ou de son échec pour les époux peut être en contradiction avec la promotion, même dans la mesure du possible seulement, de l’indépendance économique de chacun d’eux (al. 15.2(6)a) et d)). Pour concilier ces objectifs concurrents, il faut reconnaître que le sens de l’expression « partage équitable » n’est pas déterminé dans la Loi et qu’il varie plutôt en fonction des faits propres à chaque mariage. Conscient des nombreuses manières dont les parties structurent leur mariage et plus particulièrement ses aspects économiques, le législateur a rédigé la loi en termes assez larges, de sorte qu’il n’est pas possible d’affirmer que les dispositions relatives aux aliments entre époux ont un contenu fixe étroit. Par contraste avec l’ancienne loi, ces objectifs obligent expressément le tribunal à prendre en considération divers critères sur lesquels repose le droit aux aliments, tout en maintenant l’objectif de promouvoir la capacité des parties à refaire leur vie.

Le rôle de ces objectifs doit cependant être situé dans le contexte législatif approprié. Qu’il s’agisse d’une demande initiale ou d’une demande de modification, les critères énumérés au par. 15.2(6) et au par. 17(7) s’appliquent aux ordonnances alimentaires rendues par un tribunal au profit d’un époux. La *Loi sur le divorce* ne mentionne nulle part que les parties doivent adhérer strictement — ni même du tout — à ces objectifs lorsqu’elles tentent de conclure un accord mutuellement acceptable. Les objectifs énumérés ne concernent que les ordonnances alimentaires, c’est-à-dire les cas où les parties sont incapables de s’entendre. Cela, ajouté à l’obligation positive qu’impose la Loi aux avocats d’aviser leurs clients des options autres que le procès, révèle clairement la conception par le législateur d’un nouveau régime de divorce privilégiant fortement le règlement privé

without asking a court to apply s. 15.2(6) to make an order. This is not to suggest that the objectives are irrelevant in the context of a negotiated agreement. The parties, or at least their counsel, will be conscious of the likely outcome of litigation in the event that negotiation fails. Consideration of the statutory entitlements will undoubtedly influence negotiations. But the mutually acceptable agreement negotiated by the parties will not necessarily mirror the spousal support that a judge would have awarded. Holding that any agreement that deviates from the objectives listed in s. 15.2(6) be given little or no weight would seriously undermine the significant policy goal of negotiated settlement. It would also undermine the parties' autonomy and freedom to structure their post-divorce lives in a manner that reflects their own objectives and concerns. Such a position would leave little room to recognize the terms that the parties determined were mutually acceptable to them and in substantial compliance with the objectives of the *Divorce Act*.

Having said this, we are of the view that there is nevertheless a significant public interest in ensuring that the goal of negotiated settlements not be pursued, through judicial approbation of agreements, with such a vengeance that individual autonomy becomes a straitjacket. Therefore, 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.

Each of the parties in this appeal has suggested a model for the exercise of judicial discretion in the context of a s. 15.2 application. The appellant submits that the proper test for determining the weight due a pre-existing agreement mirrors that adopted by several provincial legislatures in statutes dealing with spousal support. In Ontario, for example, the *Family Law Act* confers on the court a discretion to set aside a domestic contract in certain circumstances. Concerning the court's

des affaires. Le législateur paraît préférer que les parties règlent leur différend sans demander au tribunal de rendre une ordonnance fondée sur le par. 15.2(6). Cela ne signifie pas que les objectifs sont dénués de pertinence dans le contexte d'une entente négociée. Les parties, ou du moins leurs avocats, connaissent l'issue probable d'un procès advenant l'échec des négociations. La connaissance des droits conférés par la loi influence inévitablement le déroulement des négociations. Pourtant l'accord mutuellement acceptable négocié par les parties ne reflète pas nécessairement la pension alimentaire qu'un juge accorderait au profit d'un époux. Conclure que tout accord dérogeant aux objectifs du par. 15.2(6) n'aura que peu ou pas de poids serait une atteinte sérieuse à l'important objectif d'encourager le règlement négocié des affaires, ainsi qu'une atteinte à l'autonomie et à la liberté des parties de structurer leur vie après le divorce d'une manière qui reflète leurs propres objectifs et préoccupations. Une telle interprétation laisserait peu de place à la reconnaissance des termes de l'entente que les parties ont jugés mutuellement acceptables et essentiellement conformes aux objectifs de la *Loi sur le divorce*.

67

Cela dit, nous sommes d'avis qu'il est nettement dans l'intérêt public de veiller à ce que l'objectif des règlements négociés ne soit pas poursuivi, par le truchement de l'approbation judiciaire des ententes, avec une ardeur telle que l'autonomie individuelle devienne un carcan. Par conséquent, 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.

68

Chacune des parties au pourvoi a proposé un modèle d'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 15.2. L'appelant fait valoir que le critère à utiliser pour déterminer le poids à donner à un accord préexistant correspond à celui qu'ont adopté plusieurs législatures provinciales dans leurs textes législatifs concernant les aliments entre époux. En Ontario, par exemple, la *Loi sur le droit de la famille* confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'annuler un

exercise of its supervisory discretion, s. 33(4) provides as follows:

33. . .

(4) The court may set aside a provision for support or a waiver of the right to support in a domestic contract or paternity agreement and may determine and order support in an application under subsection (1) although the contract or agreement contains an express provision excluding the application of this section,

- (a) if the provision for support or the waiver of the right to support results in unconscionable circumstances [in French: *situation inadmissible*];
[Emphasis added.]

69 Counsel for the appellant urges this Court to adopt a similar test of “unconscionable circumstances”. She suggests that these provisions are directed to relieve unconscionable circumstances at the time of the support application, rather than to offer relief from an agreement that was unconscionable at the time of signing. In the appellant’s view, the latter situation can be remedied in accordance with the general law of contract.

70 The appellant’s counsel further submits that the “unconscionable circumstances” test gives sufficient weight to the binding nature of domestic contracts while being flexible enough to redress gross inequities. Moreover, she argues that it avoids the difficulties that arise where both the sufficiency and the foreseeability of “change” form part of the test. Finally, she submits that, because it already appears in several provincial regimes, such a test has the added benefit of offering a degree of uniformity to an important area of law.

71 In contrast, counsel for the respondent proposes a more searching standard of review. He proposes the following test, at para. 123 of his factum:

On an originating application for spousal support, where spousal support has been released or a time limited support arrangement has ended, examining a prior agreement as a whole, and having regard to the factors and objectives of a spousal support order listed in section 15.2 of the *Divorce Act*, a court should

contrat familial dans certaines situations. Sur l’exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire de surveillance, le par. 33(4) dispose :

33. . .

(4) Le tribunal peut annuler une disposition alimentaire ou une renonciation au droit à des aliments qui figure dans un contrat familial ou un accord de paternité et il peut ordonner, à la suite d’une requête présentée en vertu du paragraphe (1), que des aliments, dont il fixe le montant, soient versés bien que le contrat ou l’accord contienne une disposition expresse excluant l’application du présent article si, selon le cas :

- a) la disposition alimentaire ou la renonciation au droit à des aliments donne lieu à une situation inadmissible [en anglais « *unconscionable circumstances* »]; [Nous soulignons.]

L’avocate de l’appelant exhorte la Cour à adopter un critère semblable à celui de la « situation inadmissible ». Selon elle, ces dispositions visent à remédier à une situation qui est inadmissible au moment de la demande de pension alimentaire, plutôt qu’à remédier à un accord qui était inadmissible au moment de sa conclusion. L’appelant prétend qu’il est possible de remédier à la dernière situation en recourant au droit général des contrats.

L’avocate de l’appelant soutient de plus que le critère de la « situation inadmissible » donne suffisamment de poids au caractère exécutoire des contrats familiaux tout en étant assez souple pour réparer les injustices graves. De plus, elle fait valoir qu’il permet d’éviter les difficultés qui surgissent lorsque le critère vise à la fois l’importance et la prévisibilité du « changement ». Enfin, elle avance que ce critère comporte l’avantage additionnel d’offrir un degré d’uniformité à un domaine important du droit étant donné qu’il s’applique déjà dans plusieurs régimes provinciaux.

En revanche, l’avocat de l’intimée propose une norme de contrôle plus rigoureuse (au par. 123 de son mémoire) :

[TRADUCTION] Dans le cadre d’une demande initiale de pension alimentaire au profit d’un époux, lorsqu’il y a eu renonciation aux aliments ou lorsqu’un arrangement à durée limitée a pris fin, le tribunal devrait, après avoir examiné l’entente antérieure dans son ensemble et eu égard aux facteurs et objectifs propres à une ordonnance

award reasonable spousal support to a claimant spouse where:

- (a) the spousal support provisions of the previous agreement did not reasonably reflect the factors and objectives of section 15.2 of the *Act* at the time the agreement was executed or, in other words, where the spousal support provisions in the previous agreement were not within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible; or
- (b) the provisions of the agreement have resulted in unfair circumstances such that the agreement does not meet the factors and objectives of the *Divorce Act* as anticipated.

We note, in passing, that neither of the proposals put forth by the parties resembles the tests adopted in the courts below. Indeed, counsel for both parties have provided this Court with able submissions on the unworkability of both the trial judge's loosely crafted "fairness" test and the Court of Appeal's "material change" test. We also note that the differences between the proposals put forth by the parties are subtle. Each reflects an attempt to balance the competing objectives at work in the *Divorce Act*. The difference lies in how that balance is ultimately struck.

In our view, there is merit to each of these positions. Nevertheless, we believe that the approach that will provide both negotiating spouses and, failing agreement, courts with a principled and consistent framework is not that proposed by either party. The test should ultimately recognize the particular ways in which separation agreements generally and spousal support arrangements specifically are vulnerable to a risk of inequitable sharing at the time of negotiation and in the future. At the same time, the test must not undermine the parties' right to decide for themselves what constitutes for them, in the circumstances of their marriage, mutually acceptable equitable sharing. Our approach, for example, takes greater account of the parties' subjective sense of equitable sharing than the objective "unconscionable circumstances" standard proposed by counsel for the appellant.

alimentaire qui sont énumérés à l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce*, accorder à l'époux requérant un montant raisonnable au titre des aliments dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) les dispositions en matière d'aliments dans l'entente antérieure ne reflétaient pas raisonnablement les facteurs et objectifs prévus à l'article 15.2 de la *Loi* lors de la conclusion de l'entente; autrement dit, les dispositions en matière d'aliments dans l'entente antérieure débordaient le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible;
- b) les dispositions de l'entente ont donné lieu à des circonstances injustes, de telle sorte que l'entente ne satisfait pas comme prévu aux facteurs et objectifs de la *Loi sur le divorce*.

Soulignons en passant qu'aucun des critères proposés par les parties ne ressemble à ceux que les juridictions inférieures ont adoptés. En fait, les avocats des deux parties ont présenté à la Cour des arguments éloquents sur les difficultés d'application tant du critère mal défini de l'« équité » avancé par le juge de première instance que du critère du « changement important » énoncé par la Cour d'appel. Nous observons également que les distinctions entre les propositions des parties sont subtiles. Les deux cherchent à soupeser les objectifs concurrents au sein de la *Loi sur le divorce*. La différence réside dans la façon de réaliser, en fin de compte, l'équilibre.

À notre avis, chacune de ces positions est valable. Nous estimons néanmoins que ni l'une ni l'autre des positions des parties ne propose la méthode qui fournira aux époux négociateurs et, en l'absence d'accord, aux tribunaux un cadre cohérent de principes. Le critère devrait reconnaître en définitive la façon particulière dont les accords de séparation, en général, et les arrangements en matière d'aliments entre époux, en particulier, comportent un risque de partage inéquitable lors de la négociation et plus tard. En même temps, ce critère ne doit pas porter atteinte au droit des parties de décider elles-mêmes ce qui constitue pour elles, dans les circonstances de leur mariage, un partage équitable. Notre méthode, par exemple, tient davantage compte de la conception subjective des parties de ce qui est équitable que de la norme objective de la « situation inadmissible » proposée par l'avocate de l'appellant.

72

73

74 Negotiations in the family law context of separation or divorce are conducted in a unique environment. Both academics and practitioners have acknowledged that this is a time of intense personal and emotional turmoil, in which one or both of the parties may be particularly vulnerable. Unlike emotionally neutral economic actors negotiating in the commercial context, divorcing couples inevitably bring to the table a host of emotions and concerns that do not obviously accord with the making of rational economic decisions. As Payne and Payne note:

In the typical divorce scenario, spouses negotiate a settlement, often with the aid of lawyers, at a time when they are still experiencing the emotional trauma of marriage breakdown. Spouses who have not come to terms with the death of their marriage and who feel guilty, depressed or angry in consequence of the marriage breakdown are ill-equipped to form decisions of a permanent and legally binding nature.

(J. D. Payne and M. A. Payne, *Dealing with Family Law: A Canadian Guide* (1993), at p. 78. See also *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118 (Ont. S.C.))

75 Add to this mix the intimate nature of the marital relationship that makes it difficult to overcome potential power imbalances and modes of influence. As Wilson J. notes in *Leopold*, at para. 128:

[F]or parties negotiating a separation agreement, one party may have power and dominance financially, or may possess power through influence over the children. Our courts have also recognized the need to curtail one spouse's power over the other. The reality . . . is that often both contracting parties are vulnerable emotionally, with their judgment and ability to plan diminished, without the other spouse preying upon or influencing the other. The complex marital relationship is full of potential power imbalance. In a sense, vulnerability is implicit in the difficult emotional process of separation.

76 We also note that, depending on the circumstances of the parties, a wide array of interrelated elements may make up a global separation agreement.

Les négociations dans le contexte juridique d'une séparation ou d'un divorce se déroulent dans un cadre particulier. Les auteurs et les praticiens reconnaissent qu'il s'agit d'une période d'intenses bouleversements personnels et émotifs au cours de laquelle les parties, ou l'une d'elles, peuvent se sentir particulièrement vulnérables. Contrairement aux acteurs économiques émotivement neutres des négociations commerciales, les couples qui divorcent apportent inévitablement à la table des négociations une multitude d'émotions et de préoccupations qui ne cadrent manifestement pas avec la prise de décisions économiques rationnelles. Payne et Payne soulignent :

[TRADUCTION] Dans le scénario typique d'un divorce, les époux négocient le règlement de leurs affaires, souvent avec l'aide d'avocats, dans une période où ils vivent encore le traumatisme émotif de l'échec de leur mariage. Les époux qui n'ont pas accepté la fin de leur mariage et qui se sentent coupables, déprimés ou en colère par suite de l'échec du mariage ne sont pas en mesure de prendre des décisions à caractère permanent et exécutoire.

(J. D. Payne et M. A. Payne, *Dealing with Family Law: A Canadian Guide* (1993), p. 78. Voir également *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118 (C.S. Ont.))

S'ajoute à cela le caractère intime de la relation conjugale, qui accroît la difficulté de surmonter le déséquilibre potentiel des forces et les modes d'influence. Comme le fait observer la juge Wilson dans *Leopold*, précité, par. 128 :

[TRADUCTION] [P]our les parties qui négocient un accord de séparation, l'une peut avoir un pouvoir financier prédominant ou peut jouir d'un certain pouvoir grâce à son influence sur les enfants. Nos tribunaux ont également reconnu le besoin de restreindre le pouvoir d'un époux sur l'autre. La réalité [...] est que souvent les deux parties contractantes sont vulnérables sur le plan émotif, leur jugement et leur capacité de planification diminués, sans que l'une cherche à nuire ou à influencer l'autre. La relation conjugale complexe recèle de nombreux déséquilibres potentiels des forces. Dans un certain sens, la vulnérabilité est implicite dans le difficile processus émotif de la séparation.

Nous remarquons aussi que, selon la situation des parties, un accord de séparation global peut comprendre un vaste éventail d'éléments

Such a separation agreement may comprise division or equalization of marital property, provision for custody and support of any children, as well as provisions for spousal support, be it in the form of lump sum, periodic payment, time-limited payment or a waiver and release. These matters, with the exception of the property division, are primarily prospective in nature, although compensatory spousal support is retrospective. As Shaffer and Rogerson point out, *supra*, at pp. 68-69:

At the point separation agreements are being negotiated it is difficult to know what post-divorce life will be like and how it will unfold. . . .

[The] economic advantages and disadvantages are often difficult to predict in advance; rather the full impact of the marriage and its breakdown is something that only becomes apparent over time. In our view one of the main problems with contracting spousal support is that spouses routinely underestimate the time it will take a formerly dependent spouse to overcome the economic disadvantages of the marriage and become self-sufficient. But foreseeability problems can also affect payors who may experience unexpected decreases in their income.

In our view, Parliament's recognition of the potential complications in the process of contracting spousal support is reflected in the *Divorce Act* itself. We see this in the direction to the court to consider an agreement as only one factor among others, rather than to treat it as binding, subject merely to remedies in contract law. Accordingly, contract law principles are not only better suited to the commercial context, but it is implicit in s. 15 of the 1985 Act that they were not intended to govern the applicability of private contractual arrangements for spousal support.

Therefore, in searching for a proper balance between consensus and finality on the one hand, and sensitivity to the unique concerns that arise in the post-divorce context on the other, a court should be guided by the objectives of spousal support listed in the Act. In doing so, however, the court should treat the parties' reasonable best efforts to

interreliés. L'accord peut prévoir la division ou l'égalisation des biens matrimoniaux, la garde et les aliments des enfants, de même que les aliments au profit d'un époux, que ce soit sous la forme d'un capital, d'une pension ou d'un paiement à durée limitée, ou d'une renonciation. À l'exception du partage des biens, ces questions sont essentiellement de nature prospective, quoique la pension alimentaire compensatoire au conjoint ait un caractère rétrospectif. Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, soulignent aux p. 68-69 :

[TRADUCTION] Au moment de la négociation des accords de séparation, il est difficile de savoir ce que réservera la vie après le divorce . . .

[Il] est souvent difficile de prévoir d'avance les avantages et les inconvénients économiques; les répercussions réelles du mariage et de son échec ne deviennent apparentes qu'avec le temps. À notre avis, un des principaux problèmes des accords contractuels sur les pensions alimentaires entre époux tient au fait que les époux sous-estiment couramment le temps que prendra l'époux anciennement dépendant pour surmonter les inconvénients économiques liés au mariage et devenir autonome. Toutefois, les problèmes de prévisibilité peuvent aussi toucher les payeurs dont les revenus peuvent diminuer soudainement.

Selon nous, la *Loi sur le divorce* elle-même indique que le législateur est conscient des complications pouvant survenir dans le processus de négociation d'un accord sur les aliments entre époux. Cela ressort de la directive au tribunal de considérer l'accord comme un facteur parmi d'autres, plutôt que de le considérer exécutoire, sous réserve seulement des recours du droit des contrats. En conséquence, les principes du droit des contrats se prêtent mieux au contexte commercial et, de plus, il ressort implicitement de l'art. 15 de la Loi de 1985 qu'ils ne sont pas conçus pour régir l'applicabilité d'arrangements contractuels privés en matière d'aliments entre époux.

Donc, dans la recherche d'un juste équilibre entre consensus et règlement définitif, d'une part, et l'attention aux problèmes très particuliers qui surviennent après le divorce, d'autre part, le tribunal devrait être guidé par les objectifs de la Loi en matière d'aliments entre époux. Ce faisant, toutefois, le tribunal devrait présumer déterminants, en matière

77

78

meet those objectives as presumptively dispositive of the spousal support issue. The court should set aside the wishes of the parties as expressed in a pre-existing agreement only where the applicant shows that the agreement fails to be in substantial compliance with the overall objectives of the Act. These include not only those apparent in s. 15.2 but also, as noted above, certainty, finality and autonomy.

79 With these broad concerns in mind, we now turn to the specifics of the two-stage approach to the exercise of the court's discretion.

(a) *Stage One*

80 In an originating application for spousal support, where the parties have executed a pre-existing agreement, the court should first look to the circumstances in which the agreement was negotiated and executed to determine whether there is any reason to discount it.

(i) The Circumstances of Execution

81 It is difficult to provide a definitive list of factors to consider in assessing the circumstances of negotiation and execution of an agreement. We simply state that the court should be alive to the conditions of the parties, including whether there were any circumstances of oppression, pressure, or other vulnerabilities, taking into account all of the circumstances, including those set out in s. 15.2(4)(a) and (b) and the conditions under which the negotiations were held, such as their duration and whether there was professional assistance.

82 We pause here to note three important points. First, we are not suggesting that courts must necessarily look for "unconscionability" as it is understood in the common law of contract. There is a danger in borrowing terminology rooted in other branches of the law and transposing it into what all agree is a unique legal context. There may be persuasive evidence brought before the court that one party took advantage of the vulnerability of the other party in separation or divorce negotiations that would fall short of evidence of the power

d'aliments, les efforts raisonnables qu'ont faits les parties pour atteindre ces objectifs. Le tribunal ne devrait faire abstraction des désirs exprimés par les parties dans un accord préexistant que si le requérant démontre que l'accord n'est pas conforme, pour l'essentiel, aux objectifs généraux de la Loi. Nous avons vu qu'ils comprennent non seulement ceux de l'art. 15.2, mais également les objectifs de la certitude, du règlement définitif et de l'autonomie.

À la lumière de ces considérations générales, passons aux détails des deux étapes de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

a) *Première étape*

Dans le cadre d'une demande initiale d'aliments entre époux, le tribunal devrait, en présence d'un accord préexistant, examiner d'abord les circonstances dans lesquelles l'accord a été négocié et conclu afin de décider s'il y a lieu de l'écartier.

(i) Les circonstances de la conclusion de l'accord

Il est difficile de fournir une liste définitive des facteurs à considérer lorsqu'on examine le contexte de la négociation et de la conclusion d'un accord. Nous disons simplement que le tribunal devrait être conscient de la situation des parties, notamment la présence d'oppression, de pression ou autres sources de vulnérabilité, compte tenu de toutes les circonstances, y compris celles énumérées aux al. 15.2(4)a) et b), et des conditions dans lesquelles les négociations se sont déroulées, comme leur durée et l'apport d'une aide professionnelle.

Arrêtons-nous ici pour faire ressortir trois points importants. Premièrement, nous ne voulons pas laisser entendre que les tribunaux doivent nécessairement rechercher une situation « abusive » au sens de la common law en matière contractuelle. Il est dangereux d'emprunter la terminologie d'autres branches du droit et de la transposer à ce que nous reconnaissons tous être un contexte juridique très particulier. Il peut être présenté au tribunal des preuves convaincantes qu'une partie a profité de la vulnérabilité de l'autre dans les négociations en matière

imbalance necessary to demonstrate unconscionability in a commercial context between, say, a consumer and a large financial institution. Next, the court should not presume an imbalance of power in the relationship or a vulnerability on the part of one party, nor should it presume that the apparently stronger party took advantage of any vulnerability on the part of the other. Rather, there must be evidence to warrant the court's finding that the agreement should not stand on the basis of a fundamental flaw in the negotiation process. Recognition of the emotional stress of separation or divorce should not be taken as giving rise to a presumption that parties in such circumstances are incapable of assenting to a binding agreement. If separating or divorcing parties were generally incapable of making agreements it would be fair to enforce, it would be difficult to see why Parliament included "agreement or arrangement" in s. 15.2(4)(c). Finally, we stress that the mere presence of vulnerabilities will not, in and of itself, justify the court's intervention. The degree of professional assistance received by the parties will often overcome any systemic imbalances between the parties.

Where vulnerabilities are not present, or are effectively compensated by the presence of counsel or other professionals or both, or have not been taken advantage of, the court should consider the agreement as a genuine mutual desire to finalize the terms of the parties' separation and as indicative of their substantive intentions. Accordingly, the court should be loathe to interfere. In contrast, where the power imbalance did vitiate the bargaining process, the agreement should not be read as expressing the parties' notion of equitable sharing in their circumstances and the agreement will merit little weight.

(ii) The Substance of the Agreement

Where the court is satisfied that the conditions under which the agreement was negotiated are satisfactory, it must then turn its attention to the

de séparation ou de divorce qui seraient insuffisantes pour démontrer le déséquilibre des forces permettant de conclure à l'existence d'une situation abusive dans un contexte commercial mettant en présence, par exemple, un consommateur et une importante institution financière. Ensuite, le tribunal ne devrait pas présumer l'existence d'un déséquilibre des forces ou la vulnérabilité d'une partie, ni présumer que la partie en apparence plus forte a profité de la vulnérabilité de l'autre. Il faut apporter une preuve qui justifie la conclusion que l'accord ne peut être maintenu en raison d'un vice fondamental dans le processus de négociation. La reconnaissance du stress émotif résultant de la séparation ou du divorce ne crée pas une présomption que les parties se trouvant dans cette situation sont incapables de consentir à une entente qui les liera. Si les parties en instance de séparation ou de divorce étaient en général incapables de conclure des ententes équitables et exécutoires, il serait difficile de comprendre pourquoi le législateur a inclus l'expression « toute entente ou tout arrangement » à l'al. 15.2(4)c). Enfin, nous tenons à souligner que la simple existence d'une situation de vulnérabilité ne justifie pas en soi l'intervention du tribunal. L'aide professionnelle donnée aux parties vient souvent à bout d'un déséquilibre systémique entre les parties.

En l'absence de vulnérabilité, ou lorsque la vulnérabilité est effectivement compensée par la présence d'un avocat, d'un autre professionnel ou des deux, ou lorsqu'il n'a pas été tiré parti de la vulnérabilité, le tribunal doit considérer l'accord comme traduisant le désir mutuel sincère des parties d'arrêter de manière définitive les modalités de leur séparation et comme révélant concrètement leurs intentions. Le tribunal doit donc être réticent à intervenir. En revanche, lorsque le déséquilibre des forces a effectivement vicié le processus de négociation, l'accord ne doit pas être interprété comme exprimant l'idée que se font les parties d'un partage équitable, dans leur situation, et il n'a donc que peu de poids.

(ii) Le contenu de l'accord

Lorsque le tribunal estime satisfaisantes les conditions dans lesquelles l'accord a été négocié, il doit alors s'attacher à son contenu. Il doit déterminer

substance of the agreement. The court must determine the extent to which the agreement takes into account the factors and objectives listed in the Act, thereby reflecting an equitable sharing of the economic consequences of marriage and its breakdown. Only a significant departure from the general objectives of the Act will warrant the court's intervention on the basis that there is not substantial compliance with the Act. The court must not view spousal support arrangements in a vacuum, however; it must look at the agreement or arrangement in its totality, bearing in mind that all aspects of the agreement are inextricably linked and that the parties have a large discretion in establishing priorities and goals for themselves.

85 When examining the substance of the agreement, the court should ask itself whether the agreement is in substantial compliance with the *Divorce Act*. As just noted, this "substantial compliance" should be determined by considering whether the agreement represents a significant departure from the general objectives of the Act, which necessarily include, as well as the spousal support considerations in s. 15.2, finality, certainty, and the invitation in the Act for parties to determine their own affairs. The greater the vulnerabilities present at the time of formation, the more searching the court's review at this stage.

86 Two comments are necessary here. First, assessment of an agreement's substantial compliance with the entire Act will necessarily permit a broader gamut of arrangements than would be the case if testing agreements narrowly against the support order objectives in s. 15.2(6). Second, a determination that an agreement fails to comply substantially with the Act does not necessarily mean that the entire agreement must be set aside and ignored. Provided that demonstrated vulnerability and exploitation did not vitiate negotiation, even a negotiated agreement that it would be wrong to enforce in its totality may nevertheless indicate the parties' understanding of their marriage and, at least in a general sense, their intentions for the future. Consideration of such an agreement would continue to be mandatory under s. 15.2(4). For example, if it appeared inappropriate to enforce a time limit in a support agreement,

dans quelle mesure l'accord tient compte des facteurs et des objectifs énumérés dans la Loi, et correspond à un partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. Seule une dérogation importante aux objectifs généraux de la Loi justifie l'intervention du tribunal selon le motif que l'accord n'est pas conforme pour l'essentiel à la Loi. Les arrangements alimentaires entre époux ne doivent pas être envisagés dans l'abstrait; le tribunal doit examiner l'accord ou l'arrangement dans son ensemble, sans perdre de vue que tous les aspects de l'accord sont inextricablement liés et que les parties disposent d'une grande latitude pour établir leurs priorités et leurs objectifs.

Lorsqu'il examine le contenu de l'accord, le tribunal doit se demander s'il est conforme pour l'essentiel à la *Loi sur le divorce*. Nous venons de voir que l'évaluation de la « conformité pour l'essentiel » consiste à se demander si l'accord marque un écart important par rapport aux objectifs généraux de la Loi qui, outre les considérations relatives aux aliments entre époux à l'art. 15.2, comprennent nécessairement la finalité, la certitude et l'invitation aux parties de régler leurs propres affaires. Plus la vulnérabilité était importante au moment de la formation de l'accord, plus l'examen du tribunal sera rigoureux à ce stade.

Deux commentaires s'imposent ici. Premièrement, l'appréciation de la conformité générale de l'accord à l'ensemble de la Loi permet nécessairement une gamme plus large d'arrangements qu'un examen restreint à son évaluation au regard des objectifs énoncés au par. 15.2(6) en matière d'aliments. Deuxièmement, la conclusion qu'une entente n'est pas conforme pour l'essentiel à la Loi ne signifie pas forcément qu'il faille l'écartier ou l'annuler entièrement. Dans la mesure où la vulnérabilité et l'exploitation n'ont pas vicié le processus de négociation, même une entente négociée qui, parce que défective, ne devrait pas être appliquée intégralement peut néanmoins témoigner de la façon dont les parties conçoivent leur mariage et, du moins de manière générale, leurs projets futurs. La prise en compte d'une telle convention demeurerait obligatoire en vertu du par. 15.2(4). Par exemple,

the quantum of support agreed upon might still be appropriate, and the agreement might then simply be extended, indefinitely or for a different fixed term.

(b) *Stage Two*

Where negotiation of the agreement is not impugned on the basis set out above and the agreement was in substantial compliance with the general objectives of the Act at its time of creation, the court should defer to the wishes of the parties and afford the agreement great weight. Nevertheless, the vicissitudes of life mean that, in some circumstances, parties may find themselves down the road of their post-divorce life in circumstances not contemplated. Accordingly, on the bringing of an application under s. 15.2, the court should 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.

The parties' intentions, as reflected by the agreement, are the backdrop against which the court must consider whether the situation of the parties at the time of the application makes it no longer appropriate to accord the agreement conclusive weight. We note that it is unlikely that the court will be persuaded to disregard the agreement in its entirety but for a significant change in the parties' circumstances from what could reasonably be anticipated at the time of negotiation. Although the change need not be "radically unforeseen", and the applicant need not demonstrate a causal connection to the marriage, the applicant must nevertheless 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. Accordingly, it will be necessary to show that these new circumstances were not reasonably anticipated by the parties, and have led to a situation that cannot be condoned.

We stress that a certain degree of change is foreseeable most of the time. The prospective nature

s'il paraissait inopportun d'appliquer une limite de temps à une entente alimentaire, le montant convenu pourrait demeurer approprié et l'entente pourrait donc simplement être prorogée, indéfiniment ou pour une autre durée fixe.

b) *Deuxième étape*

Lorsque la négociation de l'accord n'est pas contestée pour les raisons évoquées précédemment et qu'à sa conclusion, l'accord était conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi, le tribunal devrait s'en remettre à la volonté des parties et donner une grande importance à l'accord. Néanmoins, les vicissitudes de la vie étant ce qu'elles sont, les parties peuvent parfois se retrouver, après le divorce, dans des situations qu'elles n'avaient pas envisagées. En conséquence, lorsqu'il est saisi d'une demande fondée sur l'art. 15.2, le tribunal devrait 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.

87

Telle qu'elle se traduit dans l'accord, la volonté des parties est la toile de fond sur laquelle le tribunal détermine si la situation des parties, au moment de la demande, fait qu'il n'est plus justifié de donner à l'accord une importance déterminante. Nous signalons qu'il est peu probable que le tribunal se laisse convaincre d'éarter totalement l'accord en l'absence de changement important dans la situation des parties par rapport à ce qu'on pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation. Quoique le changement n'ait pas à être « radicalement imprévisible » et qu'il n'y ait pas à établir le lien de causalité avec le mariage, le requérant doit néanmoins 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. Il sera donc nécessaire de démontrer que ces nouvelles circonstances ne pouvaient raisonnablement pas être prévues par les parties et qu'elles ont mené à une situation qui ne peut être tolérée.

88

Nous tenons à souligner que, dans la plupart des cas, un certain degré de changement est prévisible.

89

of these agreements cannot be lost on the parties and they must be presumed to be aware that the future is, to a greater or lesser extent, uncertain. It will be unconvincing, for example, to tell a judge that an agreement never contemplated that the job market might change, or that parenting responsibilities under an agreement might be somewhat more onerous than imagined, or that a transition into the workforce might be challenging. Negotiating parties should know that each person's health cannot be guaranteed as a constant. An agreement must also contemplate, for example, that the relative values of assets in a property division will not necessarily remain the same. Housing prices may rise or fall. A business may take a downturn or become more profitable. Moreover, some changes may be caused or provoked by the parties themselves. A party may remarry or decide not to work. Where the parties have demonstrated their intention to release one another from all claims to spousal support, changes of this nature are unlikely to be considered sufficient to justify dispensing with that declared intention. That said, we repeat that a judge is not bound by the strict *Pelech* standard to intervene only once a change is shown to be "radical". Likewise, it is unnecessary for the party seeking court-ordered support to demonstrate that the circumstances rendering enforcement of the agreement inappropriate are causally connected to the marriage or its breakdown. The test here is not strict foreseeability; a thorough review of case law leaves virtually no change entirely unforeseeable. The question, rather, is the extent to which the unimpeachably negotiated agreement can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application.

90

The court's focus should be on the agreement's continued correspondence to the parties' original intentions as to their relative positions and the overall objectives of the Act, not on whether a change occurred *per se*. That is to say, we do not consider "change" of any particular nature to be a threshold requirement which, once established, entitles the court to jettison the agreement entirely. Rather, the court should be persuaded that both the intervention

Les parties ne peuvent ignorer le caractère prospectif de ces accords et elles doivent être réputées savoir que l'avenir est plus ou moins incertain. Par exemple, il est peu convaincant de dire au juge que l'accord n'a jamais envisagé que le marché du travail puisse changer, ou que les responsabilités parentales prévues dans l'accord puissent se révéler plus onéreuses que prévu, ou encore que la transition vers le marché du travail puisse être difficile. Les parties négociatrices devraient savoir qu'on ne peut garantir à personne une santé stable. L'accord doit également envisager, par exemple, la fluctuation de la valeur relative des actifs après leur répartition. Les prix des maisons peuvent augmenter ou baisser. Une entreprise peut connaître un ralentissement ou un bel essor. De plus, certains changements peuvent être causés ou provoqués par les parties elles-mêmes. Une partie peut se remarier ou décider de ne pas travailler. Lorsque les parties ont démontré leur volonté de se libérer mutuellement de toute créance alimentaire, il est peu probable que de tels changements soient jugés suffisants pour écarter cette volonté déclarée. Cela dit, il faut répéter que le juge n'est pas tenu à la norme stricte de l'arrêt *Pelech*, de n'intervenir qu'au seul cas où la preuve d'un changement « radical » est apportée. De même, il n'est pas nécessaire que la partie qui demande au tribunal une ordonnance alimentaire démontre que les circonstances militent contre l'application de l'accord ont un lien de causalité avec le mariage ou son échec. Le critère applicable n'est pas l'imprévisibilité absolue; un examen approfondi de la jurisprudence révèle que pratiquement aucun changement n'est entièrement imprévisible. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure on peut dire que l'accord négocié de façon irréprochable a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande.

Le tribunal doit axer l'examen sur la correspondance continue entre l'accord et la volonté initiale des parties quant à leurs positions relatives, et les objectifs généraux de la Loi, et non sur la surveillance d'un changement en soi. Autrement dit, nous ne considérons pas le « changement », quel qu'il soit, comme étant une exigence préliminaire qui, une fois remplie, permet au tribunal d'écarter totalement l'accord. Le tribunal devrait plutôt être

and the degree of intervention are warranted. That is, at this stage, even if unbending enforcement of the agreement is inappropriate, that agreement may still indicate to a trial judge the parties' understanding of their relationship and their intentions. Even an agreement that is not determinative as a result of the parties' circumstances at the time of the application warrants compulsory consideration under s. 15.2(4).

Although we recognize the unique nature of separation agreements and their differences from commercial contracts, they are contracts nonetheless. Parties must take responsibility for the contract they execute as well as for their own lives. 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. In our view, the Act does not create such inconsistency. We do not agree with the Ontario Court of Appeal when it suggests at para. 71, that once a material change has been found, a court has "a wide discretion" to determine what amount of support, if any, should be ordered, based solely on the factors set out in s. 17(7). As La Forest J. said in his dissent in *Richardson, supra*, at p. 881, an order made under the Act has already been judicially determined to be fit and just. 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. Consideration of the overall objectives of the Act is consistent with the non-exhaustive direction in s. 17(7) that a variation order "should" consider the four objectives listed there. More generally, a contextual approach to interpretation, reading the entire Act, would indicate that the court would apply those objectives in light of the entire statute. Where the order at issue incorporated the mutually acceptable agreement of the parties, that order reflected the parties' understanding of what constituted an equitable sharing of the economic consequences of the

convaincu que l'intervention et le degré d'intervention sont justifiés. À ce stade, même s'il n'est pas approprié de l'appliquer strictement, l'accord peut encore révéler au juge de première instance la manière dont les parties conçoivent leur relation et leurs intentions. Même un accord qui n'a pas d'effet déterminant en raison de la situation des parties au moment de la demande doit obligatoirement être pris en compte en vertu du par. 15.2(4).

Quoique nous reconnaissions la nature particulière des accords de séparation et ce qui les différencie des contrats commerciaux, ils n'en demeurent pas moins des contrats. Les parties doivent assumer la responsabilité du contrat qu'elles signent, tout comme elles doivent prendre leur vie en main. 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. Nous sommes d'avis que la Loi ne crée pas une telle incohérence. Nous sommes en désaccord avec la Cour d'appel de l'Ontario lorsqu'elle dit au par. 71 que, dès qu'il conclut à la survenance d'un changement important, le tribunal dispose d'un [TRADUCTION] « large pouvoir discrétionnaire » pour déterminer le montant des aliments accordés, le cas échéant, en se fondant exclusivement sur les facteurs exposés au par. 17(7). Comme le dit le juge La Forest, dissident dans l'arrêt *Richardson*, précité, p. 881, le caractère juste et approprié d'une ordonnance rendue en vertu de la Loi a déjà été déterminé en justice. 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. La prise en compte des objectifs généraux de la Loi est compatible avec la directive non exhaustive du par. 17(7), selon laquelle l'ordonnance modificative « vise à » prendre en considération les quatre objectifs qui y sont énumérés. De façon plus générale, une interprétation contextuelle

marriage. In our view, whether acting under s. 15.2 or under s. 17, the Court should take that into consideration.

C. Application to the Facts of this Case

92

In the circumstances of this appeal, we are of the view that the global Separation Agreement should be accorded significant and determinative weight. Looking to the Separation Agreement at the time of its formation, we find nothing to indicate that circumstances surrounding the negotiation and execution of the agreement were fraught with vulnerabilities. On the contrary, the record reveals that these parties underwent extensive negotiation over a substantial time period and engaged the services of several professionals, including experienced and expert counsel. Negotiation of the Separation Agreement lasted some 15 months. Ms. Miglin, in addition to legal advice, received detailed financial advice, both in terms of tax planning and income projections, throughout the negotiation process.

93

At the trial, Ms. Miglin suggested that she was not content with the Separation Agreement and felt pressured by her husband to agree to the spousal support release. As she phrased it, it was a confusing and emotional time for her. We do not doubt that marital separation is almost inevitably a time of emotional upheaval and confusion. Regardless, in this case there is ample evidence to conclude that any vulnerability experienced by Ms. Miglin was more than adequately compensated by the independent and competent legal counsel representing her interests over a prolonged period, not to mention the services provided to her by other professionals. It is unnecessary, therefore, for us to determine whether Ms. Miglin's evidence relating to her personal feelings would have been sufficient to demonstrate a vulnerability in this case and, if so, whether that vulnerability was exploited. The extent of

de toute la Loi indiquerait que le tribunal devrait appliquer ces objectifs en fonction de l'ensemble de la Loi. Lorsque l'ordonnance en 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.

C. Application aux faits de l'espèce

Dans les circonstances du pourvoi, nous estimons qu'il y a lieu de donner à l'accord global de séparation un poids considérable et déterminant. Si l'on se reporte au moment de sa formation, rien n'indique selon nous que les circonstances entourant la négociation et la conclusion de l'accord étaient marquées par la vulnérabilité. Au contraire, le dossier révèle que les parties ont entrepris de longues négociations étalées sur une période de temps considérable et qu'elles ont retenu les services de plusieurs professionnels, parmi lesquels des avocats spécialisés et chevronnés. La négociation de l'accord de séparation a duré environ 15 mois. Outre les conseils juridiques, Mme Miglin a reçu d'abondants conseils financiers tout au long du processus de négociation tant en matière de planification fiscale que de prévisions de revenus.

Au procès, Mme Miglin a laissé entendre qu'elle n'était pas satisfaite de l'accord de séparation et qu'elle s'était sentie obligée de renoncer aux aliments en raison de la pression exercée par son époux. Elle traversait alors, dit-elle, une période de confusion et d'émotivité. Nous ne doutons pas que la séparation est presque inévitablement une période de bouleversements émotionnels et de confusion. Quoi qu'il en soit, la preuve en l'espèce permet amplement de conclure que toute vulnérabilité vécue par Mme Miglin a été largement compensée par la présence de conseillers juridiques indépendants et compétents qui ont veillé à ses intérêts durant une longue période, sans parler des services rendus par d'autres professionnels. Il est donc inutile de nous prononcer sur la question de savoir si le témoignage de Mme Miglin sur ses sentiments personnels aurait suffi à démontrer en l'occurrence l'existence d'une

Ms. Miglin's professional assistance obviously comes at the upper end of the range, and we would not wish to suggest that hers was the minimum required to assure fair negotiation.

Turning to the substance of the Separation Agreement, we also find nothing to demonstrate a significant departure from the overall objectives of the *Divorce Act*. At the time of separation both the Lodge and the matrimonial home had net values of approximately \$500,000. The Separation Agreement provided for Ms. Miglin to transfer to Mr. Miglin her one-half interest in the Lodge in exchange for the transfer to her of his one-half interest in the matrimonial home. Mr. Miglin agreed to assume sole responsibility for the mortgage on the house. We cannot agree with the trial judge's characterization of this arrangement as not an equal split. He made this assessment on the basis that the business was income-producing and the house was not. Valuation of an asset necessarily takes into account its characteristics, including its potential income, capital appreciation and risks. In the same way that a single asset should not be counted twice (*Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43), the factors that went into an asset's valuation should not be considered a second time. Presumably, viewed subjectively, in light of Mr. Miglin's and Ms. Miglin's respective abilities, interests and needs, the business was of greater interest to him and the matrimonial home more attractive to her. That is why they divided the assets as they did. There was no basis for the trial judge to conclude that one asset was worth more than another of identical value. In our view, the division in the Separation Agreement reflects the parties' needs and wishes and fairly distributed the assets acquired and created by them over the course of their marriage.

The Separation Agreement also provided that Ms. Miglin would receive child support in the amount of \$1,250 per month, per child, for an annual total of approximately \$60,000, taxable in her hands and tax-deductible to Mr. Miglin. The child

situation de vulnérabilité et, dans l'affirmative, si sa vulnérabilité a été exploitée. L'aide professionnelle donnée à M^{me} Miglin se situait manifestement dans le haut de la gamme, et nous ne voudrions pas laisser entendre qu'il s'agit là du minimum requis pour une juste négociation.

Quant au contenu de l'accord de séparation, rien n'indique non plus à notre avis une dérogation importante aux objectifs généraux de la *Loi sur le divorce*. Au moment de la séparation, l'hôtel et le foyer conjugal avaient tous deux une valeur nette d'environ 500 000 \$. L'accord de séparation prévoyait la cession par M^{me} Miglin à M. Miglin de son intérêt de moitié dans l'hôtel en contrepartie de la cession par celui de son intérêt de moitié dans le foyer conjugal. M. Miglin a accepté d'assumer seul la responsabilité de l'hypothèque grevant la maison. Nous ne pouvons accepter la description de cet arrangement par le juge de première instance, qui estime que ce n'est pas un partage égal parce que l'entreprise produisait un revenu et que la maison n'en produisait pas. L'évaluation d'un actif prend nécessairement en compte ses caractéristiques, y compris les revenus qu'il peut produire, la plus-value en capital et les risques. De même qu'il ne faut pas compter deux fois le même actif (*Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43), il ne faut pas considérer deux fois les facteurs pris en compte dans l'évaluation. D'un point de vue subjectif, on peut penser qu'en raison des aptitudes respectives de M. Miglin et de M^{me} Miglin, de leurs intérêts et de leurs besoins, l'entreprise présentait plus d'intérêt pour lui et que la maison familiale plus d'attrait pour elle. C'est pour cela qu'ils ont partagé les biens comme ils l'ont fait. Rien ne fondait la conclusion du juge de première instance qu'un actif valait plus qu'un autre actif de même valeur. À notre avis, le partage effectué dans l'accord de séparation reflète les besoins et la volonté des parties et répartit équitablement les actifs acquis et créés par elles au cours de leur mariage.

L'accord de séparation prévoyait de plus que M^{me} Miglin recevrait une pension alimentaire de 1 250 \$ par enfant, par mois, pour un montant total d'environ 60 000 \$ par an imposable entre ses mains et déductible pour M. Miglin. L'entente sur la

94

95

support arrangement was subject to both an annual cost of living increase and the caveat that it would be revisited, if necessary, once reasons for judgment were released from this Court in *Thibaudeau*, *supra*, or Parliament enacted legislation that altered the child support tax scheme. The record reveals that the quantum of child support was arrived at in full contemplation of Ms. Miglin's spousal support release. We also note that correspondence between counsel suggests that it was Ms. Miglin's preference to release Mr. Miglin from spousal support on condition that her economic needs were addressed through child support.

96 The Consulting Agreement, executed between the Lodge and Ms. Miglin, was for a term of five years, with an option to renew on the consent of both parties. Both the trial judge and the Court of Appeal found this arrangement to be "thinly veiled spousal support." If it was, there should be no pejorative sense to the term. If the commercial contract is construed as a form of spousal support, it simply means that the agreement contains a time-limited spousal support agreement with a renewal option, rather than a total waiver of spousal support. Either way, neither is intrinsically unfair nor contrary to the objectives of the Act. There is nothing inherently sinister about a release or a waiver any more than there is about a time-limited arrangement. Any support clause has to be assessed in the full context of the broader agreement, the overall circumstances of the parties, and the degree of compliance with the objectives of the Act. In our view, the Consulting Agreement reflects the parties' intentions to provide Ms. Miglin with a source of employment income for a limited time. That the parties chose such a method to provide the income to Ms. Miglin does not detract from the commercial nature of the contract. Moreover, the vehicle chosen is appropriate to the manner in which the parties structured their economic lives during the marriage.

97 It is true that Ms. Miglin stopped receiving her salary of \$80,500 from the Lodge. The obvious reason, though, is that she had also stopped working

pension alimentaire des enfants prévoyait une majoration annuelle au coût de la vie et qu'elle serait réexaminée, au besoin, après le dépôt des motifs du jugement de notre Cour dans *Thibaudeau*, précité, ou après modification législative du régime fiscal des pensions alimentaires aux enfants. Le dossier révèle que le montant de la pension alimentaire aux enfants a été fixé en pleine connaissance de la renonciation de M^{me} Miglin aux aliments à son profit. Nous observons également que la correspondance entre les avocats montre que la préférence de M^{me} Miglin était de libérer M. Miglin de toute obligation alimentaire envers elle à la condition qu'il subvienne à ses besoins économiques par l'entremise de la pension alimentaire versée aux enfants.

L'entente de consultation, conclue par l'hôtel et M^{me} Miglin, avait une durée de cinq ans avec option de renouvellement par consentement mutuel. Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont conclu qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée ». Même si c'était le cas, il ne faudrait pas lui attribuer un sens péjoratif. Si on conçoit le contrat commercial comme une forme de pension alimentaire, cela signifie simplement que l'accord comporte une entente alimentaire d'une durée déterminée avec option de renouvellement, plutôt qu'une renonciation complète aux aliments entre époux. Ni l'un ni l'autre cas n'est intrinsèquement inéquitable ou contraire aux objectifs de la Loi. Il n'y a rien de sinistre en soi dans une renonciation, pas plus que dans un arrangement limité dans le temps. Toute clause alimentaire doit être examinée dans l'ensemble du contexte de l'accord global, de la situation générale des parties et du degré de conformité avec les objectifs de la Loi. À notre avis, l'entente de consultation reflète l'intention des parties d'assurer à M^{me} Miglin une source de revenu d'emploi pendant un certain temps. Le fait que les parties aient choisi cette méthode pour garantir un revenu à M^{me} Miglin n'altère en rien le caractère commercial du contrat. De plus, le moyen que les parties ont choisi est adapté à la manière dont elles ont structuré leur vie économique pendant le mariage.

Il est vrai que M^{me} Miglin a cessé de recevoir son salaire de 80 500 \$ de l'hôtel. La raison évidente en est, toutefois, qu'elle a cessé de travailler

more or less full-time for the Lodge. During the marriage she had hired babysitters to permit her to work at the Lodge. After the separation she could hire babysitters so she could work for a new employer. Or, as in fact she chose, she was free not to seek other employment and to support herself and her children, during the five years of the Consulting Agreement, on the combined income of roughly \$75,000 consisting of \$60,000 in child support and \$15,000 from the Consulting Agreement. Her own financial analyst's tables indicated her choice not to work. Recall too that, since Mr. Miglin had assumed sole responsibility for the mortgage on the matrimonial home, Ms. Miglin's expenses included no rent or mortgage payments.

à plein temps ou presque pour l'hôtel. Pendant le mariage, elle avait engagé des gardiennes d'enfants afin de pouvoir travailler à l'hôtel. Après la séparation, elle pouvait engager des gardiennes d'enfants afin de pouvoir travailler pour un nouvel employeur. Ou encore, et c'est ce qu'elle a choisi, elle était libre de ne pas chercher d'autre emploi et de faire face à ses besoins et à ceux de ses enfants, pendant les cinq années de l'entente de consultation, avec un revenu total d'environ 75 000 \$, dont 60 000 \$ de pension alimentaire aux enfants et 15 000 \$ provenant de l'entente de consultation. Les tables financières de son propre analyste indiquent qu'elle a choisi de ne pas travailler. N'oublions pas non plus que puisque M. Miglin assumait toute la responsabilité de l'hypothèque grevant la maison familiale, M^{me} Miglin n'avait pas de frais de location ou d'hypothèque.

It is in the context of these arrangements that the final release and waiver of spousal support must be assessed. Overall, the Separation Agreement provided for a certain level of revenue to the wife, in the form of ongoing child support and the consulting fees for a five-year period, with a possibility of renewal. In this way, the Agreement sought to redress any disadvantages arising from the marriage and its breakup in part through the vehicle of the business which was, as it had been throughout the marriage, the parties' major source of income. At the same time, the Separation Agreement sought to facilitate the disentanglement of the parties' economic lives and promote their self-sufficiency. The Separation Agreement advances the 1985 Act's goals of finality and autonomy. During the marriage, Ms. Miglin continued her education (obtaining her B.A.), earned a salary and obtained work experience; a case was therefore not made out for compensatory support. It is unnecessary, therefore, to determine whether the Separation Agreement would still have complied substantially with the objectives of the Act on facts closer, say, to those in *Moge*.

C'est dans le contexte de ces arrangements qu'il faut examiner la renonciation définitive aux aliments entre époux. Globalement, l'accord de séparation assurait un certain niveau de revenu à l'épouse sous forme de pension alimentaire aux enfants et d'honoraires de consultation échelonnés sur une période de cinq ans renouvelable. L'accord visait ainsi à remédier à tout désavantage résultant du mariage et de son échec par l'entremise notamment de l'entreprise qui constituait, comme elle l'avait été pendant la durée du mariage, la principale source de revenu pour les parties. L'accord de séparation visait en même temps à désenchevêtrer la situation économique des parties et à favoriser leur indépendance. L'accord favorise les objectifs du règlement définitif et de l'autonomie que privilégie la Loi de 1985. Pendant le mariage, M^{me} Miglin a poursuivi ses études (pour obtenir son baccalauréat ès arts), touché un salaire et acquis une expérience de travail; il n'y avait donc pas lieu à pension alimentaire compensatoire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de décider si l'accord de séparation aurait encore été conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi si les faits du litige avaient davantage ressemblé à ceux, par exemple, de l'arrêt *Moge*.

Accordingly, we find the Separation Agreement at the time of its formation to have been in substantial compliance with the *Divorce Act*.

En conséquence, nous sommes d'avis qu'au moment de sa formation, l'accord de séparation était conforme pour l'essentiel à la *Loi sur le divorce*.

100 The Court of Appeal found that, at the time of the support application, the non-renewal of the Consulting Agreement and changes in the child-care arrangements constituted a material change sufficient to justify overriding the spousal support release. As we noted earlier, we do not accept the Court of Appeal's "material change" test as the appropriate basis for dispensing with an otherwise enforceable agreement. Still, with respect to the findings, we believe them to be in error.

101 With respect to the Consulting Agreement, we note that Ms. Miglin brought her application for corollary relief in June of 1998 — prior to the expiry of the five-year term of the contract. Moreover, the parties agree that Ms. Miglin performed the terms of her contract for a period but performed no work for the Lodge, contrary to the Consulting Agreement, for the last two years of the contract. She did, however, continue to receive payment under that contract until its expiry in December 1998. Needless to say, Mr. Miglin opted not to renew the Consulting Agreement at the end of its term. We fail to see how, at the time of application, the ongoing receipt of payment for services not being performed can constitute a change of any kind.

102 Regarding the purported changes to the child-care arrangements, the *ad hoc* parenting arrangements that developed during the period of amicable relations between the parties no doubt reflected the changing needs of the growing children. These changes are an ordinary fact of life. We note too that by the time of the trial, the eldest child was residing primarily with Mr. Miglin.

103 Moreover, even if we accept that the expiry of the Consulting Agreement can be construed as occurring at the time of Ms. Miglin's application, we do not consider its non-renewal to be sufficient to render continued reliance on the original agreement inappropriate. First, the contract stipulated that renewal required the consent of both parties. Second, the income projections and tax planning advice provided by Ms. Miglin's accountant at the

La Cour d'appel conclut qu'au moment de la demande d'aliments, le non-renouvellement de l'entente de consultation et la modification des arrangements relatifs au soin des enfants constituaient un changement suffisamment important pour justifier d'éarter la renonciation aux aliments entre époux. Nous avons déjà indiqué que nous n'acceptons pas le critère du « changement important » appliqué par la Cour d'appel pour écarter une entente par ailleurs exécutoire. Nous estimons aussi que les conclusions susmentionnées sont erronées.

Sur l'entente de consultation, nous constatons que M^{me} Miglin a déposé sa requête en mesures accessoires en juin 1998 — avant l'expiration du contrat de cinq ans. En outre, les parties conviennent que M^{me} Miglin s'est acquittée de ses obligations contractuelles pendant un certain temps mais que, contrairement à l'entente de consultation, elle n'a accompli aucune tâche pour l'hôtel au cours des deux dernières années du contrat. Elle a cependant continué d'être payée en vertu de ce contrat jusqu'à son expiration en décembre 1998. Il va sans dire que M. Miglin a choisi de ne pas renouveler l'entente de consultation une fois échue. Nous ne voyons pas en quoi, au moment de la demande, le maintien de paiements pour des services qui n'étaient pas fournis peut constituer un changement quelconque.

Sur les modifications alléguées aux arrangements relatifs aux enfants, les modalités souples de garde que les parties avaient adoptées à l'époque où elles entretenaient des relations amicales ont certainement évolué en fonction des besoins changeants d'enfants qui grandissent. Ces changements sont de simples réalités de la vie. Nous notons aussi qu'au moment du procès l'aînée des enfants résidait principalement chez M. Miglin.

De plus, même si nous acceptons l'interprétation permettant de considérer que l'expiration de l'entente de consultation coïncidait avec le dépôt de la demande de M^{me} Miglin, nous estimons que son non-renouvellement ne suffit pas pour déclarer inapproprié le maintien de l'accord initial. Premièrement, le contrat stipulait que les deux parties devaient consentir au renouvellement. Deuxièmement, les prévisions de revenus et les

time of negotiation carried that assumption and thus made her fully aware that she would be without that income in five years. Third, there is no evidence of any damaging long-term impact of the marriage on Ms. Miglin's employability or that at the time of negotiation she underestimated how long it would take to become self-sufficient. Ms. Miglin is an educated woman with employable skills who worked in the business throughout the marriage. Although she is no doubt responsible for the day-to-day care of the three children residing with her, she has previously demonstrated her willingness to engage childcare services. The parties dispute whether Ms. Miglin attempted to pursue any employment. What is clear from the correspondence between counsel during negotiation of the agreement, however, is that Ms. Miglin had no intention of working.

The only real changes we see are the variation of the child support award in accordance with the Guidelines and the fact that the eldest child is now residing primarily with Mr. Miglin. The quantum of child support established in the Agreement provided Ms. Miglin with a minimum amount of income in contemplation of her not working. Her lawyer, in a letter to Mr. Miglin's counsel, states: "She is clearly not going to be working. Taking care of the children is a full time job at this time. It does not change the nature of the spousal support release anyway . . ." Furthermore, the correspondence makes it clear that Ms. Miglin contemplated a reduction in income when the Consulting Agreement ended and was advised by her accountant to plan ahead for this drop in income. In our view, the change to the obligations regarding childcare did not take Ms. Miglin's current position outside the reasonable range of circumstances that the parties contemplated in making the Separation Agreement.

conseils de planification fiscale fournis par le comptable de M^{me} Miglin au moment de la négociation reposaient sur l'hypothèse du non-renouvellement, et M^{me} Miglin était donc pleinement consciente du fait qu'elle serait privée de ce revenu après cinq ans. Troisièmement, rien dans la preuve n'indique que le mariage a eu un impact préjudiciable à long terme sur la capacité de M^{me} Miglin de trouver un emploi ou qu'elle a sous-estimé, au moment de la négociation, le temps qu'il lui faudrait pour devenir autonome. M^{me} Miglin est une femme instruite et qualifiée, qui a travaillé dans l'entreprise pendant toute la durée du mariage. S'il est vrai qu'elle assume la responsabilité quotidienne des trois enfants qui résident chez elle, elle a montré auparavant qu'elle était disposée à avoir recours à des services de garde pour les enfants. Les parties ne s'entendent pas sur le point de savoir si M^{me} Miglin a tenté de trouver un emploi. Cependant, il ressort clairement de la correspondance entre les avocats au cours de la négociation de l'accord que M^{me} Miglin n'avait nullement l'intention de travailler.

104

Les seuls changements réels que nous constatons sont la modification du montant de la pension alimentaire aux enfants, en conformité avec les Lignes directrices, et le fait que l'aînée des enfants réside principalement aujourd'hui chez M. Miglin. Le montant de la pension alimentaire aux enfants fixé dans l'accord fournissait à M^{me} Miglin un minimum de revenus, au cas où elle ne travaillerait pas. Son avocat, dans une lettre adressée à l'avocate de M. Miglin, dit : [TRADUCTION] « Il est clair qu'elle ne travaillera pas. En ce moment, s'occuper des enfants est un travail à plein temps. Quoi qu'il en soit, cela ne change pas la nature de la renonciation aux aliments entre époux . . . ». De plus, la correspondance montre clairement que M^{me} Miglin s'attendait à une réduction de son revenu à l'échéance de l'entente de consultation et que son comptable lui avait conseillé de planifier à l'avance pour tenir compte de cette diminution de revenu. À notre avis, le changement survenu dans les obligations relatives au soin des enfants n'a pas placé la situation actuelle de M^{me} Miglin en dehors de la gamme des circonstances raisonnables envisagées par les parties lorsqu'elles ont négocié l'accord de séparation.

105 At the Court of Appeal, counsel for Ms. Miglin suggested that her financial position deteriorated after the breakdown of the marriage. The record demonstrates (and she concedes), however, that her net worth in fact increased by at least 20 percent. At the time of her support application, a financial statement dated June 2, 1998, filed as part of the record, valued her net worth at \$750,000 with essentially no debt. The statement shows that she held \$246,000 in RRSPs, \$83,000 in cash, and an unencumbered five-bedroom home valued at \$395,000. The only debt listed on the statement was an unsubstantial debt for a credit card. By the time of trial, one year later, she valued her home at \$400,000. There was no evidence that the terms of the agreement resulted in conditions under which Ms. Miglin could not assure her family's livelihood and had to deplete her assets, thus bringing her outside the range of circumstances in which she pictured herself at the time of executing the Separation Agreement.

106 The respondent's evidence and argument regarding her circumstances at the time of her support application fail to demonstrate that the agreement fairly negotiated and substantially compliant with the objectives of the 1985 Act at its formation should not continue to govern the parties' post-divorce obligations towards each other.

VI. Disposition and Costs

107 For the reasons discussed, we would reverse both the decision of the trial judge and that of the Court of Appeal with respect to the application for spousal support. In these circumstances, both courts erred in giving the parties' agreement insufficient weight. On this issue, therefore, the appeal is allowed. With respect to the reasonable apprehension of bias, we would affirm the decision of the Court of Appeal. Given the result, we do not find a cost award to be appropriate in this Court. The parties shall bear their own costs.

Devant la Cour d'appel, l'avocat de M^{me} Miglin a laissé entendre que sa situation financière s'était détériorée à la suite de l'échec du mariage. Le dossier révèle cependant — et M^{me} Miglin l'admet — que la valeur nette de son actif a en fait augmenté d'au moins 20 p. 100. Un état financier daté du 2 juin 1998 versé au dossier au moment de la demande d'aliments indique une valeur nette de son actif de 750 000 \$, pratiquement sans dette. Selon cet état financier, M^{me} Miglin possédait 246 000 \$ en REER, 83 000 \$ en liquidités, ainsi qu'une maison de cinq chambres à coucher, libre de toute hypothèque, évaluée à 395 000 \$. La seule dette mentionnée était une petite dette de carte de crédit. Au procès, un an plus tard, elle a évalué la valeur de sa maison à 400 000 \$. Aucune preuve n'indique que les modalités de l'accord ont créé une situation dans laquelle M^{me} Miglin ne pouvait assurer la subsistance de sa famille et était contrainte de dilapider ses biens, ce qui l'aurait placée hors de la gamme des circonstances dans lesquelles elle s'imaginait au moment de signer l'accord de séparation.

Par sa preuve et son argumentation concernant sa situation au moment de la demande d'aliments, l'intimée n'a pas réussi à démontrer que l'accord équitablement négocié et conforme pour l'essentiel, au moment de sa formation, aux objectifs de la Loi de 1985, devrait cesser de régir les obligations réciproques des parties postérieures au divorce.

VI. Dispositif et dépens

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'infirmer la décision du juge de première instance et celle de la Cour d'appel en ce qui a trait à la demande de pension alimentaire au profit de l'épouse. À cet égard, les deux cours ont commis une erreur en ne donnant pas suffisamment de poids à l'accord des parties. Sur ce point, le pourvoi est donc accueilli. Sur la crainte raisonnable de partialité, nous sommes d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel. Compte tenu de ce résultat, nous estimons qu'il n'y a pas lieu d'accorder de dépens devant notre Cour. Les parties supporteront leurs propres dépens.

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal concerns an application for corollary relief under s. 15.2 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (“1985 Act”), in the face of a spousal support agreement entered into by the parties at the time of their separation, but not incorporated into their divorce order. The Court must first determine whether the *Pelech* trilogy (*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) continues to govern the threshold for judicial intervention in the spousal support provisions of a final separation agreement. If not, what threshold should apply in light of the 1985 Act and the current jurisprudence?

I have had the benefit of reading the majority’s reasons but, with respect, I do not agree with them in the result or in principle. Given the nature of the disagreement, I find it necessary to provide my own overview of the background in this case and the decisions in the courts below.

Because I conclude that the trilogy no longer applies and because the 1985 Act itself clearly sets out the objectives of spousal support, I find that Parliament intended to permit courts to order corollary relief under s. 15.2 where the parties’ agreement does not reasonably realize the spousal support objectives indicated in the Act. Because the Miglin’s agreement does not reflect these objectives, and in fact explicitly disavows them, I would dismiss the appeal and allow Ms. Miglin to receive the relief to which she is entitled under s. 15.2.

This case also requires the Court to determine whether the comments and interventions of the trial judge give rise to a reasonable apprehension

Version française des motifs des juges LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

Le pourvoi a pour objet une requête en mesures accessoires fondée sur l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) (« Loi de 1985 »), en présence d’une entente alimentaire conclue par les parties, au moment de leur séparation, mais qui n’a pas été incorporée dans l’ordonnance de divorce. La Cour doit d’abord décider si la trilogie *Pelech* (*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) régit encore le critère préliminaire d’intervention des tribunaux à l’égard des stipulations relatives au soutien alimentaire contenues dans un accord de séparation définitif intervenu entre deux conjoints. Dans la négative, quel critère s’appliquera au regard de la Loi de 1985 et de la jurisprudence actuelle?

J’ai pris connaissance des motifs majoritaires. Avec respect pour l’avis contraire, je ne puis souscrire ni au résultat proposé ni aux principes qui le sous-tendent. La nature du désaccord m’impose de présenter ma propre analyse du contexte et l’historique judiciaire de la présente affaire.

Parce que je conclus que la trilogie ne s’applique plus et parce que la Loi de 1985 elle-même expose clairement les objectifs des aliments entre époux, j’estime que le législateur entendait autoriser les tribunaux à ordonner des mesures accessoires aux termes de l’art. 15.2 lorsque l’accord des parties ne permet pas raisonnablement d’atteindre les objectifs de la Loi au sujet du soutien alimentaire entre époux. Comme l’entente des Miglin ne reflète pas ces objectifs et, en fait, les désavoue expressément, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et d’accorder à M^{me} Miglin la pension alimentaire à laquelle elle a droit en application de l’art. 15.2.

La Cour doit également décider si les commentaires et les interventions du juge de première instance font naître une crainte raisonnable de

108

109

110

111

of bias. I concur with the majority's findings on this issue.

II. Background

112 Eric and Linda Miglin were married on February 17, 1979. They had four children: Samantha, born October 4, 1985; Alexandra, born October 31, 1988; Charlotte, born December 31, 1989; and Jonathan, born March 18, 1991. They separated after 14 years of marriage in 1993.

113 When the parties met in 1976, both were employed by the Toronto Dominion Bank. Mr. Miglin, then a newly minted Harvard M.B.A., was a management trainee. Ms. Miglin worked in an administrative role. Mr. Miglin left his position at the Bank to operate concession stores in Algonquin Provincial Park with his brother. In 1978, Mr. Miglin invited Ms. Miglin to work for his new business and she agreed, quitting her job at the Bank to work for him.

114 After marrying in 1979, the parties purchased a hotel business in Algonquin Park, Killarney Lodge Limited (the "Lodge") for \$1,015,000 in 1984. They became equal shareholders in the corporation which owned the Lodge. The Lodge business served as the family's primary source of income throughout the course of the marriage. As the trial judge outlined, by the date of the parties' separation in 1993, the parties' combined efforts had "pumped up" the business substantially; at the time of trial, the Lodge had yearly gross earnings of about \$1.5 million.

115 The parties' representations of their respective roles in the business diverge, but it is clear that Mr. Miglin was in charge of the overall management of the business, while Ms. Miglin was responsible for its administrative and housekeeping aspects. The trial judge found that Ms. Miglin and her husband had contributed equally to the success of their business. In addition, Ms. Miglin had earlier contributed significantly to the development of the outfitting business, Alquon Ventures Inc. ("Alquon"),

partialité. Je souscris à l'opinion et aux conclusions des juges majoritaires sur ce point.

II. Les faits

Eric et Linda Miglin se sont mariés le 17 février 1979. Ils ont eu quatre enfants : Samantha, née le 4 octobre 1985; Alexandra, née le 31 octobre 1988; Charlotte, née le 31 décembre 1989, et Jonathan, né le 18 mars 1991. Le couple s'est séparé en 1993 après 14 ans de mariage.

Les Miglin se sont rencontrés en 1976 quand ils se trouvaient tous deux à l'emploi de la Banque Toronto Dominion. M. Miglin, récemment titulaire d'une maîtrise en administration des affaires de l'Université Harvard, était stagiaire en gestion. Mme Miglin occupait un poste de nature administrative. M. Miglin a quitté son emploi à la banque pour se lancer, avec son frère, dans l'exploitation de concessions dans le parc provincial Algonquin. En 1978, acceptant l'invitation de M. Miglin de venir travailler dans sa nouvelle entreprise, Mme Miglin a laissé son travail à la banque.

Après leur mariage en 1979, ils ont acheté en 1984 une entreprise hôtelière dans le parc Algonquin, Killarney Lodge Limited (l'« hôtel »), pour la somme de 1 015 000 \$. Ils sont devenus actionnaires à parts égales de la société à laquelle appartenait l'hôtel. Pendant toute la durée du mariage, l'entreprise hôtelière était la principale source de revenu de la famille. Le juge de première instance souligne qu'à la date de la séparation, en 1993, les efforts combinés des parties avaient considérablement stimulé l'entreprise; à la date du procès, les recettes brutes de l'hôtel atteignaient environ 1,5 million de dollars par année.

Les parties ont offert des versions divergentes de leurs rôles respectifs dans l'entreprise, mais il ressort de la preuve que M. Miglin veillait à sa gestion générale, alors que les tâches administratives et matériels incombaient à Mme Miglin. Selon le juge de première instance, Mme Miglin et son époux ont tous deux contribué également à la réussite de leur entreprise. De plus, Mme Miglin avait auparavant fourni un apport considérable au développement de l'entreprise de pourvoirie détenue conjointement

co-owned by Mr. Miglin and his brother. At the time of separation, Ms. Miglin was earning a salary from the Lodge representing roughly half of the net profits of the business, approximately \$80,500 per annum.

Ms. Miglin was the primary caregiver of the four children throughout the marriage. While the children were very young, both parties lived and worked at the Lodge from May until October, hiring a babysitter to assist with childcare. At the end of the season, usually in November, Mr. Miglin would take a vacation alone. During the off-season, the parties resided in Toronto. Once the eldest child started school, the family would spend the summer months together at the Lodge but, when school started in September, Ms. Miglin would return to Toronto with the children. The family followed a similar pattern in the spring, with Mr. Miglin returning to Algonquin Park some months before Ms. Miglin and the children joined him there for the summer season.

In 1993, the parties separated. After protracted negotiations during which both parties were represented by independent legal counsel, they entered into three agreements: a Separation Agreement signed by Mr. Miglin on June 15, 1994 and by Ms. Miglin on June 17, 1994; a Parenting Plan signed by Mr. Miglin on June 15, 1994, and by Ms. Miglin on June 17, 1994; and a Consulting Agreement “made as of February 28, 1994” that was signed, but not dated, by both parties (with Mr. Miglin signing “per Killarney Lodge Limited”).

The Separation Agreement provided for a division of the parties’ property. At the time of the separation, the parties had three main assets: the jointly owned Lodge; the matrimonial home in Toronto; and the husband’s one-half interest in Alquon. Ms. Miglin transferred her one-half interest in the Lodge, which had been valued at the time of separation at \$250,000, in exchange for Mr. Miglin’s one-half interest in their matrimonial home, also valued at \$250,000 although, as the trial judge noted, a non-income producing asset. Mr. Miglin assumed sole responsibility for the mortgage on the matrimonial home. The Separation Agreement also provided that

par M. Miglin et son frère, Alquon Ventures Inc. (« Alquon »). À la date de la séparation, M^{me} Miglin recevait de l’hôtel un salaire correspondant à peu près à la moitié des bénéfices nets de l’entreprise, soit environ 80 500 \$ par an.

M^{me} Miglin s’est occupée principalement des quatre enfants pendant le mariage. Lorsque les enfants étaient en bas âge, les parties vivaient et travaillaient à l’hôtel de mai à octobre, avec l’assistance d’une gardienne pour le soin des enfants. À la fin de la saison, habituellement en novembre, M. Miglin prenait des vacances seul. Durant la basse saison, les parties résidaient à Toronto. Quand l’aînée des enfants a commencé à fréquenter l’école, la famille passait l’été à l’hôtel mais, à la rentrée des classes en septembre, M^{me} Miglin retournait à Toronto avec les enfants. La famille se séparait de la même façon au printemps, M. Miglin retournant au parc Algonquin quelques mois avant que M^{me} Miglin et les enfants viennent l’y rejoindre pour la saison estivale.

Les parties se sont séparées en 1993. Au terme des longues négociations au cours desquelles elles étaient représentées par des conseillers juridiques indépendants, les parties ont signé trois ententes : un accord de séparation signé par M. Miglin le 15 juin 1994 et par M^{me} Miglin le 17 juin 1994, un plan parental signé par M. Miglin le 15 juin 1994 et par M^{me} Miglin le 17 juin 1994, et une entente de consultation [TRADUCTION] « établie le 28 février 1994 » signée sans date par les deux parties (M. Miglin signant « pour Killarney Lodge Limited »).

L’accord de séparation prévoyait le partage des biens des parties. À la séparation, les conjoints possédaient trois biens principaux : l’hôtel détenu conjointement, le foyer conjugal à Toronto et l’intérêt de moitié de l’époux dans Alquon. M^{me} Miglin cédait son intérêt de moitié dans l’hôtel, évalué au moment de la séparation à 250 000 \$, en contrepartie de l’intérêt de moitié de M. Miglin dans le foyer conjugal, évalué aussi à 250 000 \$, mais que le juge de première instance a décrit comme un bien non productif de revenu. M. Miglin assumait la responsabilité exclusive de l’hypothèque grevant le domicile conjugal. L’accord de séparation prévoyait en

116

117

118

Ms. Miglin release any claim to Alquon, to which no value was assigned under the Agreement.

119 The Separation Agreement provided for child support in the amount of \$1,250 per month per child (totalling \$5,000), so long as the children's principal residence continued to be with Ms. Miglin. The child support payments were subject to an annual cost of living increase, which is standard for child support.

120 While providing for child support, the Separation Agreement contained the following spousal support release:

a. The Husband and the Wife each agree that neither shall be obliged to make any payment or payments in the nature of support, or any similar payment, whether periodic or by way of lump sum, directly or indirectly, to or for the benefit of the other. Without restricting the generality of the foregoing, the Husband and the Wife further agree that neither of them shall maintain, commence or prosecute or cause to be maintained, commenced or prosecuted any action against the other of them for support or interim support pursuant to the Family Law Act, the Succession Law Reform Act or any comparable Provincial legislation in force from time to time, or the Divorce Act, or any successor or similar legislation whereby a spouse or former spouse is given a cause of action against his or her spouse or the spouse's estate for relief in the nature of support.

b. The Wife specifically abandons any claims she has or may have against the Husband for her own support. The Wife acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to her by her solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Husband's death shall the Wife seek support for herself, regardless of the circumstances.

c. The Husband specifically abandons any claims he has or may have against the Wife for his own support. The Husband acknowledges that the implications of not claiming support in this Agreement have been explained to him by his solicitor. At no time now or in the future, including any future divorce proceedings, or upon the Wife's death shall the Husband seek support for himself, regardless of the circumstances.

outre la renonciation de M^{me} Miglin à toute créance qu'elle pourrait faire valoir contre Alquon, sans qu'aucune valeur ne lui soit assignée dans l'accord.

L'accord de séparation établissait une pension alimentaire de 1 250 \$ par mois par enfant (pour un total de 5 000 \$), tant qu'ils demeuraient principalement chez M^{me} Miglin. Une majoration annuelle était prévue pour le coût de la vie selon la pratique en matière de pension alimentaire pour les enfants.

S'il prévoyait une pension alimentaire pour les enfants, l'accord de séparation comportait toutefois une renonciation aux aliments entre conjoints :

[TRADUCTION] a. L'époux et l'épouse conviennent que ni l'un ni l'autre ne sera tenu à aucun paiement de pension alimentaire ou de la nature d'une pension alimentaire, sous forme de paiements échelonnés ou de somme forfaitaire, directement ou indirectement, à l'autre époux ou au bénéfice de celui-ci. Sans restreindre la portée générale de ce qui précède, l'époux et l'épouse conviennent en outre que ni l'un ni l'autre ne pourra intenter ou poursuivre ou faire intenter ou poursuivre une action contre l'autre en vue d'obtenir une pension alimentaire ou une pension provisoire conformément à la Loi sur le droit de la famille, la Loi portant réforme du droit des successions, ou autre texte législatif provincial comparable, ou la Loi sur le divorce, ou toute autre loi semblable ou la remplaçant, qui accorderait au conjoint ou à l'ancien conjoint une cause d'action contre son conjoint ou sa succession en vue d'une réparation sous forme d'aliments.

b. L'épouse renonce expressément à tout droit qu'elle a ou pourrait avoir contre l'époux pour ses aliments. L'épouse reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son époux, l'épouse ne cherchera à obtenir une pension pour elle-même, indépendamment des circonstances.

c. L'époux renonce expressément à tout droit qu'il a ou pourrait avoir contre l'épouse pour ses aliments. L'époux reconnaît que son avocat lui a expliqué les conséquences de sa renonciation à une pension dans la présente entente. À aucun moment, maintenant ou à l'avenir, y compris dans toute procédure de divorce future, ou à la mort de son épouse, l'époux ne cherchera à obtenir une pension pour lui-même, indépendamment des circonstances.

d. The parties are aware that this is a final Agreement and intended to be a final break between them. No further claims will be made against either party by the other arising from the marriage or upon the dissolution thereof, including any claims under Section 15 of the Divorce Act or upon the death of one of them. Both parties are aware of the possibilities of fluctuation in their respective incomes and assets, are cognizant of the possible increases and decreases in the cost of living and are aware that radical, material, profound or catastrophic changes may affect either of them. Each party is prepared to accept the terms of this Agreement as a full and final settlement and waive all further claims against the other, except a claim to enforce the terms of this Agreement or for dissolution of their marriage. The parties specifically agree and acknowledge that there is no causal connection between the present or any future economic need of either party and their marriage. No pattern of economic dependency has been established in their marriage.

Although Ms. Miglin received no spousal support under the Separation Agreement, the concurrent Consulting Agreement provided her with \$15,000 in annual income from the Lodge ostensibly for services such as updating and revising mailing lists, writing newsletters, confirming reservations, helping with advertising and promotion, and advancing the Lodge's image at trade shows. The Consulting Agreement provided for five years of consulting fees for Ms. Miglin for the period from 1994 to 1998, with the possibility of renewal. The consulting payments were subject to an annual cost of living increase, which is unusual for this type of payment. Ms. Miglin performed some work for the Lodge in the first two years after the Consulting Agreement was signed, but this had stopped apparently without objection by the third year of the five-year Agreement. Ms. Miglin nonetheless continued to receive the agreed upon amounts until Mr. Miglin failed to renew the Consulting Agreement in December of 1998, a decision that coincided with a deterioration in the parties' post-separation relationship.

d. Les parties sont conscientes que la présente est une convention définitive visant à constituer une rupture définitive entre elles. Aucune des parties ne fera valoir contre l'autre d'autres créances résultant du mariage ou de sa dissolution, y compris toute créance visée à l'article 15 de la Loi sur le divorce ou à la suite du décès de l'une des parties. Les parties reconnaissent que leurs revenus respectifs et la valeur de leurs biens respectifs peuvent fluctuer; elles savent que le coût de la vie peut augmenter ou diminuer, sont conscientes de la possibilité d'être touchées par des changements radicaux, importants, profonds ou catastrophiques. Les parties sont disposées à accepter les modalités de la présente convention, qu'elles reconnaissent comme réglant intégralement et définitivement leurs affaires, et renoncent à toute autre créance qu'elles pourraient faire valoir contre l'autre, sauf en ce qui concerne l'application des modalités de la présente convention ou la dissolution de leur mariage. Les parties conviennent et reconnaissent expressément qu'il n'existe aucun lien de causalité entre les besoins économiques présents ou futurs de chacun et leur mariage. Leur mariage n'a pas engendré de situation de dépendance économique.

Aux termes de l'accord de séparation, M^{me} Miglin n'obtenait pas de pension alimentaire mais l'entente de consultation lui assurait un revenu annuel de 15 000 \$ provenant de l'hôtel, en contrepartie apparemment de services comme la mise à jour et la révision de listes de distribution, la rédaction de bulletins d'information, la confirmation de réservations, l'aide en matière de publicité et la promotion de l'hôtel dans des foires commerciales. L'entente de consultation prévoyait le versement à M^{me} Miglin de ces honoraires de consultation pendant cinq ans, de 1994 à 1998 avec une option de renouvellement. Les honoraires devaient être majorés en fonction de l'augmentation annuelle du coût de la vie, ce qui est inhabituel pour ce type de paiement. M^{me} Miglin a accompli certaines tâches au profit de l'hôtel pendant les deux premières années, mais a arrêté de le faire au cours de la troisième année de l'entente de cinq ans, sans que cela ne suscite apparemment aucune objection. M^{me} Miglin a néanmoins continué à recevoir les montants convenus jusqu'à ce que M. Miglin décide en décembre 1998 de ne pas renouveler l'entente de consultation, décision qui coïncide avec la détérioration de la relation des parties après la séparation.

122 The Parenting Plan, which was incorporated into the Separation Agreement, set out the parties' parenting responsibilities. The parties were to share responsibility for raising the children, but the children's principal residence was to be with Ms. Miglin. The Plan contemplated that Ms. Miglin would essentially be the children's sole caregiver during the four "shoulder months" of the year when the children were in school in Toronto while Mr. Miglin was at the Lodge. During the remainder of the year, Ms. Miglin was the children's primary caregiver, though Mr. Miglin had extensive access to the children. The trial judge noted that, over time, the parties deviated from the Parenting Plan, making their own *ad hoc* arrangements for the welfare of the four children. Under these *ad hoc* arrangements, Ms. Miglin remained the children's primary caregiver.

123 The trial judge found that Mr. Miglin and Ms. Miglin appeared to be able to arrange their affairs and the affairs of their children in a reasonable fashion under their three agreements until about 1997. The Miglins' divorce was finalized on January 23, 1997. The divorce order made no provision for corollary relief either in the form of child support or spousal support payments.

124 Several months after the divorce, Ms. Miglin sold the matrimonial home in downtown Toronto. She used the proceeds to repay debts she had incurred post-separation, and she purchased a new home in Thornhill for herself and the children. Her personal reasons for relocating included her growing interest in, and study of, Orthodox Judaism; she converted to Judaism in the spring of 1999.

125 Although Mr. Miglin had shared a cooperative post-separation relationship with Ms. Miglin, he changed his behaviour as a result of Ms. Miglin's relocation to Thornhill and her conversion to Judaism, both of which, as the Court of Appeal noted, he objected to. The trial judge described this change in Mr. Miglin, whom he characterized as a "strong-willed, intelligent and manipulative individual", as a dramatic one ((1999), 3 R.F.L.

Incorporé dans l'accord de séparation, le plan parental énonçait les responsabilités des parents. Ils devaient se partager la responsabilité d'élever les enfants, mais la résidence principale des enfants devait être établie chez M^{me} Miglin. Selon le plan, M^{me} Miglin assumait, pour l'essentiel, l'entièvre charge des enfants pendant les quatre mois de l'année où les enfants fréquentaient l'école à Toronto alors que M. Miglin se trouvait à l'hôtel. Le reste de l'année, M^{me} Miglin s'occupait principalement du soin des enfants, mais M. Miglin jouissait d'un large droit de visite. Le juge de première instance a noté que les parties s'étaient écartées graduellement du plan parental, prenant ponctuellement les dispositions qu'elles jugeaient appropriées pour le bien-être des quatre enfants. Selon ces accords ponctuels, M^{me} Miglin continuait de s'occuper principalement des enfants.

Le juge de première instance a conclu que, jusqu'à 1997 environ, M. Miglin et M^{me} Miglin paraissaient capables d'aménager raisonnablement leurs affaires et celles de leurs enfants aux termes des trois ententes. Leur divorce a été prononcé le 23 janvier 1997. L'ordonnance de divorce ne prévoyait aucune mesure accessoire sous forme d'aliments aux enfants ou entre époux.

Plusieurs mois après le divorce, M^{me} Miglin a vendu le foyer conjugal situé au centre-ville de Toronto. Avec le produit de la vente, elle a remboursé des dettes qu'elle avait contractées après la séparation, et elle a acheté une nouvelle maison à Thornhill pour elle-même et les enfants. Les raisons personnelles de son déménagement tenaient notamment à son intérêt grandissant pour le judaïsme orthodoxe et l'étude de cette religion; elle s'y est convertie au printemps 1999.

Bien qu'il ait conservé des relations de coopération avec M^{me} Miglin après leur séparation, M. Miglin a changé d'attitude par suite du déménagement de M^{me} Miglin à Thornhill et de sa conversion au judaïsme, deux décisions auxquelles il s'opposait comme le souligne la Cour d'appel. Le juge de première instance qualifie de dramatique le changement d'attitude de M. Miglin, qu'il décrit comme un [TRADUCTION] « individu déterminé, intelligent et

(5th) 106, at para. 10). He observed at paras. 14 and 16-18:

... he became aggressive, dominating, and often acted in an outlandish fashion towards her and her children. After the Fall closing of the hotel at the end of the 1997 season, the Respondent appears to have made up his mind to go to school with his children. Almost every day saw him seated behind one of them in their public school classroom, listening with them to their lessons, and, no doubt, reviewing and discussing the significance of what they were receiving from their teachers. He became involved in the parent/teacher association. It appears to me that his focus on his children became obsessive. Ultimately, he was ordered by a Superior Court judge not to go to school with them. That order was subsequently rescinded.

manipulateur » ((1999), 3 R.F.L. (5th) 106, par. 10). Il fait les observations suivantes, aux par. 14 et 16-18 :

[TRADUCTION] ... il est devenu agressif, dominateur, et il a souvent agi de façon excentrique envers elle et ses enfants. Après la fermeture de l'hôtel à l'automne à la fin de la saison de 1997, l'intimé semble avoir décidé de fréquenter l'école avec ses enfants. Presque chaque jour, il s'asseyait derrière l'un d'eux dans la classe de l'école publique, écoutant les leçons avec eux et, sans doute, analysant et discutant du sens de ce qui leur était enseigné. Il s'est impliqué dans l'association des parents d'élèves. Il me semble qu'il est devenu obsédé par ses enfants. Finalement, un juge de la Cour supérieure lui a ordonné de ne plus aller à l'école avec eux. Cette ordonnance a été plus tard annulée.

When the Petitioner decided to move from the matrimonial home in Toronto and strike out on her own in Thornhill, the respondent became noticeably upset. His attitude towards his wife, her need for support and her custody of the children changed abruptly. The Petitioner's move made it clear he was no longer in control. As a result of that rapid change of spirit, the Respondent caused the hotel not to extend the consulting agreement. Shortly after the Petitioner's move to Thornhill, the husband began a campaign to involve himself in all aspects of the children's lives, particularly their schooling. His obsessive involvement with his children was oppressive to them. They were disturbed by his continued presence in school. The Respondent attempted to pre-empt the applicant's time with the children. He demanded, whenever possible, full time involvement with the children to the exclusion of their mother. In my opinion, he was unreasonable in his demands. He intensified the tension between himself and the petitioner to the point where the applicant became almost unable to meet her obligations to her young family and to her private life.

As a result of the increasing pressure applied by the Respondent, the children became harder and harder to manage, and in the end, the eldest child, left her mother to live with her father in Toronto. . . .

The Petitioner claims that the circumstances surrounding her life and the lives of her children were altered dramatically with the change of attitude of the Respondent after her move to Thornhill. . . . His escalated interference in the day to day lives of the children caused them great stress. He confronted his former wife on every occasion; he was determined to make her life unhappy.

L'intimé a été fortement contrarié quand la requérante a décidé de déménager de Toronto pour s'établir à Thornhill. Son attitude envers elle, son besoin de soutien alimentaire et la garde des enfants a changé brusquement. La mesure prise par la requérante montrait clairement que M. Miglin avait perdu le contrôle. À la suite de ce brusque changement d'attitude, l'intimé a fait en sorte que l'hôtel ne prolonge pas l'entente de consultation. Peu de temps après le déménagement de la requérante à Thornhill, l'époux a systématiquement cherché à s'impliquer dans tous les aspects de la vie des enfants, surtout leur éducation. Son ingérence obsessive auprès de ses enfants les étouffait. Sa présence continue à l'école les dérangeait. L'intimé a tenté de monopoliser le temps que la demanderesse consacrait à ses enfants. Il exigeait, lorsque c'était possible, de passer tout son temps avec ses enfants, à l'exclusion de leur mère. À mon avis, ses exigences n'étaient pas raisonnables. Il a augmenté la tension entre lui et la requérante au point où elle est devenue presqu'incapable de satisfaire à ses obligations envers sa jeune famille et sa vie privée.

À la suite de la pression croissante imposée par l'intimé, les enfants sont devenus de plus en plus difficiles à contrôler et, finalement, l'aînée des enfants a quitté sa mère pour vivre avec son père à Toronto

La requérante prétend que sa vie, comme celle des enfants, a radicalement changé depuis que l'intimé a changé d'attitude à la suite de son déménagement à Thornhill. [. . .] Son intervention de plus en plus grande dans la vie quotidienne de ses enfants leur infligeait un stress considérable. Il avait avec son ex-épouse des affrontements presque continuels; il était déterminé à lui rendre la vie dure.

126 In June 1998, Ms. Miglin brought proceedings pursuant to s. 15.2 of the 1985 Act for sole custody, spousal support, and child support in accordance with the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175. In December 1998, Mr. Miglin terminated all payments under the Consulting Agreement and refused to renew it.

127 At the time of the trial, Mr. Miglin was 50 years old. He held an M.B.A. from Harvard University. He owned a home in downtown Toronto. He was the sole owner of the Lodge and co-owner of the successful Alquon outfitting business, each of which the trial judge found was generating an annual gross income of approximately \$1.5 million. His annual income was determined at trial to be approximately \$200,000.

128 At the time of the trial, Ms. Miglin was 47 years old. She held a Bachelor of Arts in English Literature from the University of Toronto, which she had earned during the early years of the marriage. She owned a home in Thornhill and had investments in RRSPs, made in part with monies borrowed from friends and received from the sale of the matrimonial home. She continued to assume a majority of the childcare responsibilities in the post-separation period, as she had during the marriage, and at the time of the trial she was a full-time mother and homemaker. She was receiving support for her children in the amount of \$67, 200 per annum. Ms. Miglin had not worked outside of the family business since 1978 and she had not worked outside of the home, with the exception of the consulting work for the Lodge, since the parties separated in 1993. With the cessation of the payment of monies under the Consulting Agreement, she had no independent source of income beyond a minimal amount of investment income. After the separation, it appears that Ms. Miglin did not actively seek employment, as she felt that most of her time was taken up dealing with childcare and with the problems arising from the breakdown of the marriage.

En juin 1998, M^{me} Miglin a engagé des procédures, conformément à l'art. 15.2 de la Loi de 1985 pour obtenir la garde exclusive des enfants, des aliments à son profit et des aliments aux enfants selon les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175. En décembre 1998, M. Miglin a mis fin aux paiements prévus dans l'entente de consultation et a refusé de renouveler cette dernière.

Au moment du procès, M. Miglin était âgé de 50 ans. Il détenait une maîtrise en administration des affaires de l'Université Harvard. Il possédait une maison au centre-ville de Toronto. Unique propriétaire de l'hôtel, il se trouvait aussi copropriétaire de la florissante pourvoirie Alquon, chacune de ces entreprises produisant, selon le juge de première instance, un revenu annuel brut d'environ 1,5 million de dollars. Au procès, on a établi le revenu annuel de M. Miglin à environ 200 000 \$.

Au moment du procès, M^{me} Miglin était âgée de 47 ans. Elle avait un baccalauréat en littérature anglaise de l'Université de Toronto, qu'elle avait terminé durant les premières années du mariage. Elle était propriétaire d'une maison à Thornhill et avait investi dans des REER grâce en partie à des emprunts consentis par des amis et au produit de la vente du foyer conjugal. Après la séparation, elle a continué à assumer la responsabilité principale du soin des enfants, comme pendant le mariage. Au moment du procès, elle se consacrait entièrement à son rôle de mère et de femme au foyer. Elle recevait une pension alimentaire de 67 200 \$ par an pour ses enfants. M^{me} Miglin n'a pas travaillé à l'extérieur de l'entreprise familiale depuis 1978. À l'exception du travail de consultation pour l'hôtel, elle n'a pas travaillé à l'extérieur de la maison depuis la séparation en 1993. Après la cessation des paiements prévus dans l'entente de consultation, M^{me} Miglin n'avait plus aucune source indépendante de revenu sauf de petits revenus de placement. M^{me} Miglin ne semble pas avoir recherché activement un emploi après la séparation, estimant devoir consacrer l'essentiel de son temps au soin des enfants et aux problèmes résultant de la rupture du mariage.

The trial judge awarded Ms. Miglin \$4,400 per month in spousal support for a period of five years and \$3,000 in monthly support for the children, all but the eldest of whose principal residence would continue to be with her. The Court of Appeal dismissed Mr. Miglin's appeal, but granted Ms. Miglin's cross-appeal, eliminating the five-year term from the award of spousal support. Child support was reduced by agreement of the parties, based upon a more accurate determination of Mr. Miglin's income as \$186,130 per annum. Mr. Miglin now appeals from the decision of the Court of Appeal with regard to Ms. Miglin's entitlement to spousal support, arguing that she waived her right to any support by signing the Separation Agreement.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

On the issue of custody and access, Tobias J. noted that, at the completion of trial, the parties had agreed to joint custody of the children. Tobias J. held that, while both parents were to have generous access to all four children, the principal residence of the three younger children would be with Ms. Miglin, while the eldest child would live with Mr. Miglin. He rejected as "patently not in the best interests of the children" (para. 11) a Parenting Plan that Mr. Miglin proposed under which the children would live with him in Toronto every other week and, during those periods, be driven daily by him to their school in Thornhill.

Tobias J. also expressed concern over what he found to be Mr. Miglin's aggressive and dominating attitude towards Ms. Miglin and the children after Ms. Miglin moved the family to Thornhill. He found that Mr. Miglin's obsessive involvement with all aspects of the children's lives, and particularly their schooling, during this period was oppressive to them. His order included restrictions on Mr. Miglin's attendance at the children's school, as Mr. Miglin had adopted the habit of sitting in on his children's classes.

Le juge de première instance a accordé à M^{me} Miglin une pension alimentaire de 4 400 \$ par mois pour une période de cinq ans et une pension alimentaire de 3 000 \$ par mois pour les enfants qui, à l'exception de l'aînée, continueront de résider principalement chez elle. La Cour d'appel a rejeté l'appel de M. Miglin, mais a fait droit à l'appel incident de M^{me} Miglin et éliminé la limite de cinq ans à sa pension alimentaire. Le revenu annuel de M. Miglin ayant été établi plus exactement à 186 130 \$, les parties ont convenu de réduire la pension alimentaire au profit des enfants. M. Miglin se pourvoit contre le jugement de la Cour d'appel relativement au droit de M^{me} Miglin à des aliments, en faisant valoir qu'elle y a renoncé lorsqu'elle a signé l'accord de séparation.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (1999), 3 R.F.L. (5th) 106

À propos de la garde et du droit de visite des enfants, le juge Tobias note qu'au terme du procès les parties ont convenu de s'en partager la garde. Le juge Tobias ordonne que la résidence principale des trois plus jeunes d'entre eux soit établie chez M^{me} Miglin et celle de l'aînée chez M. Miglin, mais accorde des droits de visite généreux à chacun des parents. Estimant [TRADUCTION] « qu'il n'est évidemment pas dans l'intérêt supérieur des enfants » (par. 11), le juge rejette le plan parental proposé par M. Miglin, qui prévoyait que les enfants vivraient avec lui à Toronto toutes les deux semaines, pendant lesquelles il les conduirait chaque jour à leur école de Thornhill.

Le juge Tobias se dit préoccupé aussi par ce qu'il considère comme l'attitude agressive et dominante de M. Miglin envers M^{me} Miglin et les enfants à la suite de leur déménagement à Thornhill. Il conclut que M. Miglin étouffe ses enfants par son ingérence obsessive dans tous les aspects de leur vie au cours de cette période, et tout particulièrement leur éducation. Son ordonnance inclut des restrictions à la présence de M. Miglin à l'école des enfants où il avait pris l'habitude d'assister à leurs cours.

129

130

131

132 On the issue of spousal support, Tobias J. did not accept that Ms. Miglin had actually waived her entitlement to support. He pointed to the Consulting Agreement, describing the payments under the Agreement as “thinly disguised spousal support” (para. 27): “[c]learly, this type of consulting agreement was a convenient vehicle [for Mr. Miglin] to provide spousal support to his wife without paying it out of his own pocket. These payments as expenses of the hotel likely improved the incidence of taxation of the Respondent and his corporation” (para. 15).

133 Tobias J. held that the alleged threshold test of “a radical unforeseen change in circumstances” (para. 18) that is causally connected to the marriage did not apply to applications for corollary relief under s. 15 of the 1985 Act, such as that of Ms. Miglin. Rather, in determining whether the provisions of an informed separation agreement bind the parties at the time of the application, the court’s role under s. 15 is to scrutinize the separation agreement to decide whether it provides support to the dependent spouse in a fashion consistent with the social policies and objectives set out in s. 15(7) (now s. 15.2(6)). Where an agreement contains an element of unfairness to one of the spouses which is inconsistent with the objectives of s. 15(7), the court need not enforce it, and can enter a support order that diverges from the agreement in order to ensure that the objectives in s. 15(7) are met.

134 Tobias J. found such unfairness on the facts of the case (at para. 27):

In my opinion, the separation agreement, of which the parenting plan and the consulting agreement form a part, treats the applicant unfairly because it provides for the transfer of the one-half interest of the applicant in the hotel corporation for the sum of \$250,000.00 and proposes to replace her annual salary of \$80,200.00 with the consultation contract which provided \$15,000.00 per annum plus a cost of living index. In my opinion, the payments under the consulting contract are thinly disguised spousal support payments, which amount to less than twenty-five percent of the annual salary earned by the Applicant as an owner of a one-half interest in the hotel corporation before separation. The separation

Passant à la discussion de la pension alimentaire à l’épouse, le juge Tobias rejette le moyen selon lequel M^{me} Miglin aurait réellement renoncé à son droit aux aliments. Il se reporte à l’entente de consultation dont il décrit les paiements comme étant une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée » (par. 27) : « [m]anifestement, ce type d’entente de consultation était un moyen pratique [pour M. Miglin] de verser des aliments à son épouse sans devoir les payer de sa poche. Le fait de traiter ces paiements comme des dépenses de l’hôtel avait vraisemblablement des incidences fiscales avantageuses pour l’intimé et sa société » (par. 15).

Le juge Tobias statue que la condition préliminaire du [TRADUCTION] « changement radical et imprévu de circonstances » (par. 18) ayant un lien de causalité avec le mariage ne s’applique pas aux requêtes en mesures accessoires fondées sur l’art. 15 de la Loi de 1985, comme celle de M^{me} Miglin. Pour déterminer si, au moment du dépôt de la requête, les parties restent liées par les clauses d’un accord de séparation conclu en toute connaissance de cause, le tribunal doit examiner l’accord en fonction de l’art. 15 afin de vérifier si la pension alimentaire versée à l’époux dépendant respecte les politiques et objectifs sociaux énoncés au par. 15(7) (maintenant par. 15.2(6)). Si l’accord comporte un élément injuste à l’égard d’un des époux, et contraire aux objectifs du par. 15(7), le tribunal n’est pas tenu de l’entériner et peut rendre une ordonnance alimentaire qui s’écarte des termes de la convention, afin d’assurer le respect des objectifs du par. 15(7).

Le juge Tobias conclut que les faits révèlent une telle injustice (au par. 27) :

[TRADUCTION] À mon avis, l’accord de séparation, dont font partie le plan parental et l’entente de consultation, est injuste à l’endroit de la demanderesse car il prévoit la cession de l’intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, que détient la demanderesse dans l’entreprise hôtelière et envisage de remplacer son salaire annuel de 80 200 \$ par le contrat de consultation de 15 000 \$ par année, indexé sur le coût de la vie. À mon sens, les paiements prévus dans le contrat de consultation constituent une pension alimentaire à peine déguisée équivalant à moins de vingt-cinq pour cent du salaire annuel que la demanderesse tirait de son intérêt de moitié dans l’entreprise hôtelière avant la séparation. L’accord de séparation prévoit la

agreement provides that the Respondent convey to the applicant his one-half interest of \$250,000.00 in the matrimonial home, a non-producing income asset, for the one-half interest of the applicant in the hotel corporation having the same value, \$250,000.00. It is interesting to note that within approximately three years following the evaluation of \$500,000.00 obtained by the parties after separation, the hotel corporation was producing an annual gross profit of close to \$1,000,000.00. The total purchase price paid by the parties for the hotel operation in 1981 was that same amount, \$1,000,000.00. In my opinion, the provisions of the separation agreement suffer from a fundamental inequality of matrimonial asset distribution.

In Tobias J.'s view, in these circumstances the releases and waiver contained in the Separation Agreement were not a bar to a claim for relief under s. 15. Given that the provisions of the Separation and Consulting Agreements failed to conform to the objectives enunciated in s. 15(7), the court was obliged to undertake a review under s. 15(5) (now s. 15.2(4)) of the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse, including the length of time the spouses cohabitated and the functions performed by the spouses during the cohabitation. The court was required to assess these factors in light of the economic consequences for both parties of the marriage and its breakdown in order to determine whether support was warranted and, if so, in what amount.

Applying s. 15 to the matter at bar, Tobias J. determined that Mr. Miglin, according to his last income tax return, had an annual income of \$172,370. In addition, Mr. Miglin received \$30,000 per annum from his common-law spouse for her share of the rent of the couple's home in Toronto, for a total annual income of approximately \$200,000. Although describing Mr. Miglin's evidence that he did not receive substantial income from the Alquon outfitting business as "equivocal and evasive" (para. 31), Tobias J. was ultimately unable to quantify the amount of Mr. Miglin's income from this source. While he ventured the opinion that Mr. Miglin's annual income from this business exceeded \$100,000, he concluded that there was insufficient evidence upon which to make a conclusive finding on this point.

cession par le défendeur de son intérêt de moitié, évalué à 250 000 \$, dans le foyer conjugal, un bien non productif de revenu, en contrepartie de l'intérêt de moitié de même valeur que détient la demanderesse dans l'entreprise hôtelière. Fait intéressant à noter, près de trois ans après l'évaluation de 500 000 \$ que les parties ont obtenue à la suite de la séparation, l'entreprise hôtelière produisait un bénéfice brut annuel de près de 1 000 000 \$. Les parties avaient déboursé ce même montant en 1981 pour l'achat de l'hôtel. À mon avis, les clauses de l'accord de séparation portent la marque d'une inégalité fondamentale dans la répartition des biens matrimoniaux.

135

Dans ces circonstances, selon le juge Tobias, les renonciations contenues dans l'accord de séparation ne rendent pas irrecevable la requête en vertu de l'art. 15. Puisque les clauses des ententes de séparation et de consultation ne sont pas conformes aux objectifs énoncés au par. 15(7), le tribunal doit entreprendre, en vertu du par. 15(5) (maintenant par. 15.2(4)), l'examen des ressources, des besoins et de la situation de chaque époux, y compris la durée de la cohabitation des époux et les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci. Le tribunal apprécie ces facteurs en tenant compte des conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux parties afin de décider si l'octroi d'aliments se justifie et pour en fixer le montant, le cas échéant.

136

Appliquant alors l'art. 15 aux faits de l'espèce, le juge Tobias conclut que, d'après sa dernière déclaration fiscale, le revenu annuel de M. Miglin atteint 172 370 \$. En outre, M. Miglin reçoit 30 000 \$ par an de sa conjointe de fait pour sa part du loyer de la maison du couple à Toronto. Le revenu total de l'appelant équivaut donc à environ 200 000 \$ par an. Quoiqu'il considère [TRADUCTION] « équivoque et évasif » le témoignage de M. Miglin selon lequel il ne reçoit pas un montant considérable de l'entreprise de pourvoirie Alquon (par. 31), le juge Tobias ne réussit pas en définitive à quantifier le montant du revenu que M. Miglin tire de cette source. Bien qu'il ait avancé l'hypothèse que celui-ci dépasse 100 000 \$ par an, le juge estime toutefois que la preuve ne lui permet pas de se prononcer de façon concluante sur ce point.

137 Tobias J. held that, once the payments due under the Consulting Agreement ended, Ms. Miglin had no income and that she continued to have no income at the time of the trial. He noted that Mr. Miglin was fully aware at the time of negotiating the Separation Agreement that Ms. Miglin would be involved in the full-time care of the parties' four children and that, as a result, there was little possibility that she could become economically self-sufficient until the children matured. Notwithstanding the language in the Separation Agreement, it was beyond doubt that a pattern of economic dependency had been established in the marriage and that it continued to affect Ms. Miglin.

138 As indicated above, Tobias J. found that Ms. Miglin was entitled to spousal support of \$4,400 per month for a period of five years. Based upon Mr. Miglin's annual income, and the *Federal Child Support Guidelines*, he awarded Ms. Miglin child support of \$3,000 per month.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 53 O.R. (3d) 641

139 Abella J.A. declined to interfere with the trial judge's conclusion, which she found to be reasonably supported on the evidence, that Mr. Miglin's proposal that the children spend every other week with him was patently not in the children's best interests. She approved the agreed-upon joint custody plan, and upheld the trial judge's order with regard to the children's principal residences. Abella J.A. also lifted the trial judge's order restricting Mr. Miglin's attendance at the children's school. She found that, since it was no longer Mr. Miglin's practice to sit in on his children's classes, which had caused the children significant discomfort, the order was no longer necessary.

140 As indicated above, Abella J.A. varied the quantum of child support to \$2,767 per month in accordance with the parties' concession that there had been an error in the calculation of Mr. Miglin's income at trial.

Le juge Tobias constate qu'au moment du procès, et depuis la cessation des paiements prévus dans l'entente de consultation, M^{me} Miglin ne dispose d'aucun revenu. Il fait remarquer que, lors de la négociation de l'accord de séparation, M. Miglin savait fort bien que M^{me} Miglin s'occuperaient à plein temps de leurs quatre enfants et qu'en conséquence, il lui serait difficilement possible de parvenir à l'autonomie financière avant que les enfants grandissent. Abstraction faite du libellé de l'accord de séparation, il ne fait aucun doute qu'une situation de dépendance économique s'est établie dans le mariage et que M^{me} Miglin continue à en subir les conséquences.

Le juge Tobias statue donc que M^{me} Miglin a droit à des aliments s'élevant à 4 400 \$ par mois pendant cinq ans. Se fondant sur le revenu annuel de M. Miglin et sur les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, il accorde à M^{me} Miglin des aliments de 3 000 \$ par mois au profit des enfants.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 53 O.R. (3d) 641

La juge Abella refuse de modifier la conclusion du juge de première instance, qu'elle estime raisonnablement étayée par la preuve, selon laquelle la proposition de M. Miglin que les enfants passent une semaine sur deux avec lui ne respecte manifestement pas le meilleur intérêt des enfants. Elle approuve le plan relatif à la garde partagée des enfants dont les parties ont convenu. Elle confirme aussi l'ordonnance du juge de première instance quant aux résidences principales de chacun des enfants. La juge Abella supprime également les restrictions imposées par le juge de première instance à la présence de M. Miglin à l'école des enfants. À son avis, cette partie du jugement n'a plus de raison d'être, puisque M. Miglin a abandonné cette habitude d'assister aux cours de ses enfants, qui mettait ceux-ci très mal à l'aise.

La juge Abella réduit à 2 767 \$ par mois le montant de la pension alimentaire aux enfants. En effet, les parties concèdent qu'une erreur s'est glissée au procès dans le calcul du revenu de M. Miglin.

On the issue of spousal support, Abella J.A. agreed with Tobias J.'s characterization of the Consulting Agreement as "thinly disguised spousal support". She noted that, since the payments under the Consulting Agreement were found by the trial judge to be support payments, the parties must have anticipated the possibility that such support would still be required beyond the initial five years, since they negotiated a flexible renewal clause of indeterminate duration.

On the question of Ms. Miglin's entitlement to support, Abella J.A. rejected Mr. Miglin's argument that the release of spousal support in the Separation Agreement triggered the application of the *Pelech* trilogy. Abella J.A. held that the *Pelech* trilogy's threshold for the variation of final agreements, decided under the provisions of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 ("1968 Act"), did not have any application under the substantially amended support provisions in the 1985 Act (at para. 60):

In my view, based on the new language in the 1985 *Divorce Act*, and the revised approach to support developed by the Supreme Court of Canada in accordance with those statutory changes, it is difficult to justify the continued application of the trilogy which emanated from a completely different statutory scheme. The language in s. 15 of the 1985 *Divorce Act* is so dramatic a departure from the linguistic and conceptual minimalism of s. 11 of the former *Divorce Act* that statutory interpretations emanating from the old legislation, such as the trilogy, cannot, it seems to me, continue to apply.

Abella J.A. stressed as the major difference between the 1968 Act and the 1985 Act the fact that, while the former Act did not set out support objectives, the latter Act established a "comprehensive scheme" for support. Given this key difference, Abella J.A. held that it was crucial to examine the 1985 scheme, rather than resorting to the trilogy, for guidance on how agreements are now to be treated.

Abella J.A. noted that, in contrast to s. 11 of the 1968 Act, which made no explicit reference to

141

Sur la question de la pension alimentaire au conjoint, la juge Abella est d'accord avec le juge Tobias que l'entente de consultation est une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée ». Elle fait remarquer que, puisque le juge de première instance a conclu que les paiements prévus dans l'entente de consultation étaient en réalité une pension alimentaire, les parties ont dû prévoir que cette pension pourrait demeurer nécessaire, même après les cinq premières années puisqu'elles ont négocié une clause flexible de renouvellement d'une durée indéterminée.

142

Au sujet du droit de M^{me} Miglin à une pension alimentaire, la juge Abella rejette l'argument de M. Miglin selon lequel la renonciation de son épouse aux aliments dans l'accord de séparation déclenche l'application de la trilogie *Pelech*. La juge Abella décide plutôt que le seuil établi par la trilogie *Pelech* pour la modification d'accords définitifs, sous le régime de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8 (« Loi de 1968 »), ne s'applique pas aux dispositions considérablement modifiées de la Loi de 1985 en matière d'aliments (au par. 60) :

143

[TRADUCTION] À mon sens, compte tenu du nouveau libellé de la *Loi sur le divorce* de 1985 et du nouveau regard porté par la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire conformément aux modifications législatives, il est difficile de justifier l'application continue de la trilogie qui a émané d'un cadre législatif complètement différent. Le libellé de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce* de 1985 s'écarte de façon si frappante du minimalisme linguistique et conceptuel de l'art. 11 de l'ancienne *Loi sur le divorce* que les interprétations procédant de la vieille loi, comme la trilogie, ne peuvent, il me semble, continuer de s'appliquer.

La juge Abella souligne que la principale différence entre la Loi de 1968 et la Loi de 1985 tient au fait que l'ancienne loi n'exposait pas les objectifs de la pension alimentaire, alors que la nouvelle loi établit un [TRADUCTION] « cadre détaillé » à cet égard. Compte tenu de cette différence fondamentale, elle juge crucial d'étudier le régime établi en 1985, plutôt que la trilogie, pour déterminer comment traiter les ententes de séparation aujourd'hui.

144

La juge Abella note que, contrairement à l'art. 11 de la Loi de 1968 qui ne mentionne

separation agreements, s. 15.2(4) of the 1985 Act provides that agreements are one of several factors for courts to consider in awarding support. Abella J.A. recognized that s. 15.2(4), which is animated by the objectives for ordering spousal support outlined in s. 15.2(6), does not give an agreement primacy, nor does the 1985 Act provide explicit direction as to how a court is to factor an agreement into the assessment of whether or how much support should be awarded.

145 Though noting the absence of any legislative requirement to defer to separation agreements in the 1985 Act, Abella J.A. justified according some measure of deference to parties' arrangements on the basis that court orders and agreements are referred to together in s. 15.2(4)(c). In Abella J.A.'s view, both court orders and private agreements represent a kind of economic certainty around which parties have arranged their affairs and with which courts should not lightly interfere. For support on this point, she cited s. 17(4.1) of the 1985 Act which stipulates that a court order for spousal support may only be varied if there has been a change in circumstances, defined by this Court in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 688, as a material change which, if known at the time, would likely have resulted in different terms.

146 Abella J.A. reasoned that if a court order could be varied by meeting a threshold of material change, it was difficult to conceive of why a separation agreement should be subjected to a different or higher threshold before a court could review what amount of support, if any, was justified. While court orders could be "presumed to be in reasonable compliance with the objectives of the Act by virtue of their having received judicial screening or scrutiny", parties' own agreements could be "deemed to be in reasonable compliance only with the negotiated wishes of the parties" (para. 73). Abella J.A. thus held that there was no basis in the current Act for imposing a threshold as stringent as the one

pas expressément les accords de séparation, le par. 15.2(4) de la Loi de 1985 reconnaît les ententes comme l'un des facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte dans toute décision relative à l'octroi d'aliments au profit d'un époux. Toutefois, selon la juge Abella, orienté dans son application par les objectifs du soutien alimentaire entre époux énoncés au par. 15.2(6), le par. 15.2(4) n'accorde pas un rôle prépondérant aux ententes. La Loi de 1985 ne donne aucune indication explicite sur la façon dont le tribunal prend l'entente en compte pour décider s'il y a lieu d'accorder des aliments et, le cas échéant, fixer leur montant.

Bien qu'elle note que rien dans la Loi de 1985 n'exige de s'en tenir aux ententes de séparation, la juge Abella estime justifié de leur accorder une certaine considération, puisque l'al. 15.2(4)c) renvoie en même temps aux ordonnances judiciaires et aux ententes. Selon elle, les ordonnances judiciaires et les ententes privées établissent toutes deux un degré de certitude économique, en fonction duquel les parties ont ordonné leurs affaires et que les tribunaux ne devraient pas modifier à la légère. Elle cite à l'appui de cette proposition le par. 17(4.1) de la Loi de 1985. Celui-ci dispose qu'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux ne peut être modifiée que dans l'hypothèse d'un changement de situation, selon la définition que notre Cour en a donné dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688, comme un changement important qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes.

Suivant le raisonnement de la juge Abella, si une ordonnance judiciaire est susceptible de modification lorsque le seuil du changement important est atteint, on comprend difficilement pourquoi un seuil différent ou plus élevé serait exigé pour autoriser le tribunal à examiner la justification d'un soutien alimentaire ou, le cas échéant, le montant de celui-ci. Si on peut présumer que les ordonnances judiciaires sont [TRADUCTION] « raisonnablement conformes aux objectifs de la Loi puisqu'elles ont reçu un minutieux examen judiciaire », les ententes que les parties ont elles-mêmes conclues pourraient être « présumées raisonnablement conformes seulement aux souhaits négociés des parties » (par. 73). La juge

pronounced in the trilogy for overriding separation agreements.

Abella J.A. stressed that it had been open to Parliament when it amended the *Divorce Act* in 1985 to limit the vulnerability of agreements to judicial review and variation by requiring deference to their terms. In the absence of any such statutory direction, the court should look for guidance to the overall scheme of the support provisions in the 1985 Act, which establish economic equity as the overriding objective. In this regard, Abella J.A. expanded her analysis of s. 15.2 to include a review of the recent jurisprudence of this Court, including *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, and *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420. In her view, this jurisprudence reinforced the conclusion she had reached on a plain reading of s. 15.2 of the 1985 Act: “there has been so significant a change in the legislative directions for awarding spousal support in the 1985 *Divorce Act*, that judicial interpretations founded on the old language cannot survive, let alone prevail” (para. 76).

Abella J.A. emphasized that the stringent threshold for variation under the trilogy was rooted not only in a belief in reinforcing the rights of parties to arrange their affairs with finality, but also in the “clean break” theory of spousal support, and the concept of the state as the ultimate provider. She found these principles to be inconsistent with the philosophies of spousal support that this Court has outlined in its recent jurisprudence. As L’Heureux-Dubé J. stressed in *Moge*, in applications for corollary relief, courts must be attentive to all four of the objectives in s. 15.2. Within this legislative framework, self-sufficiency, the primary support objective prevailing at the time of the trilogy, can no longer be prioritized at the expense of equally important goals.

Abella conclut donc que rien dans la Loi actuelle ne justifie un seuil d’intervention aussi rigoureux que celui de la trilogie, pour écarter une entente de séparation.

¹⁴⁷

La juge Abella fait observer que, lors des modifications de la *Loi sur le divorce* en 1985, le législateur aurait pu limiter la vulnérabilité des ententes face au contrôle et à l’intervention judiciaires en exigeant que leurs termes soient respectés. En l’absence d’une volonté législative de ce type, le tribunal devrait se laisser guider par le régime global établi par les dispositions alimentaires de la Loi de 1985, dont l’équité économique constitue l’objectif primordial. À cet égard, la juge Abella élargit son analyse de l’art. 15.2 pour passer en revue la jurisprudence récente de notre Cour, notamment *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, et *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420. À son avis, cette jurisprudence renforce la conclusion à laquelle elle est arrivée à la simple lecture de l’art. 15.2 de la Loi de 1985 : [TRADUCTION] « la *Loi sur le divorce* de 1985 comporte une modification si importante des directives applicables à l’octroi des aliments à l’autre époux que les interprétations judiciaires fondées sur l’ancien libellé ne peuvent se maintenir, et encore moins l’emporter sur les plus récentes » (par. 76).

¹⁴⁸

La juge Abella rappelle avec insistance que le seuil rigoureux établi par la trilogie pour la modification d’une entente tire son origine non seulement de l’idée d’un renforcement nécessaire du droit des parties d’ordonner leurs affaires de manière définitive, mais également de la théorie de la « rupture nette » en matière de soutien alimentaire entre époux ainsi que de la reconnaissance de la fonction de l’État comme débiteur ultime de l’obligation alimentaire. Elle juge ces principes incompatibles avec les théories fondamentales sur la nature des obligations alimentaires entre conjoints que la Cour a exposées dans sa jurisprudence récente. La juge L’Heureux-Dubé souligne dans l’arrêt *Moge* que les tribunaux saisis de requêtes en mesures accessoires doivent prendre en considération les quatre objectifs de l’art. 15.2. Sous ce régime législatif, l’indépendance économique, dont la trilogie faisait l’objectif primordial des aliments, ne peut plus désormais prévaloir au détriment d’objectifs tout aussi importants.

149 In addition to discussing *Moge* and *Bracklow*, Abella J.A. referenced in some detail the minority judgment of L'Heureux-Dubé J. in *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370. Abella J.A. agreed in principle with L'Heureux-Dubé J.'s finding that, while parties should continue to be encouraged to resolve their disputes by agreement under the 1985 Act, the question of whether their autonomous decision-making capacity will be insulated from judicial scrutiny and thus whether their agreement will be final depends on the degree to which the terms of the agreement take into account the Act's objectives, even where the agreement was consensual and the parties were fully informed.

150 Abella J.A. concluded that the threshold for variation of a spousal support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2 is whether there has been a material change in the parties' circumstances since the agreement was made. In other words, she imported the test from s. 17 into s. 15.2 so as to ensure that an agreement would be accorded some deference, but would not preclude attention to the other considerations enumerated in s. 15.2. She held that where the material change threshold is met, the court should determine what amount of spousal support, if any, is justified having regard to the statutory principles set out in s. 15.2 of the 1985 Act and refined in the leading cases from this Court.

151 On the facts, Abella J.A. held that two factors combined to represent a material change in circumstances. First, the extent of Ms. Miglin's childcare responsibilities was greater than had been anticipated in the Parenting Agreement. This had a negative impact on her range of employment options and thus affected her ongoing need for support. Second, the support Ms. Miglin had received through the vehicle of the Consulting Agreement had been terminated by Mr. Miglin despite her ongoing need. Having concluded that these factors represented a material change which, if known at the time, would likely have resulted in an agreement for ongoing spousal support, Abella J.A. turned to the question

En plus des arrêts *Moge* et *Bracklow*, la juge Abella renvoie abondamment aux motifs minoritaires de la juge L'Heureux-Dubé dans *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370. La juge Abella accepte, en principe, la conclusion de la juge L'Heureux-Dubé au sujet des ententes de séparation. D'après celle-ci, il faut certes continuer d'encourager les parties à résoudre leurs différends au moyen d'ententes sous le régime de la Loi de 1985. La question de déterminer si leur capacité de décision autonome restera à l'abri de toute révision judiciaire, et donc si leur entente acquerra un caractère définitif, dépend toutefois du degré de conformité de ses stipulations aux objectifs de la Loi, non du caractère consensuel de l'entente ni du fait qu'elle ait été conclue en toute connaissance de cause.

La juge Abella conclut que, dans une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, l'intervention judiciaire à l'égard d'une entente alimentaire entre conjoints exige au préalable la démonstration d'un changement important dans la situation des parties depuis la conclusion de l'accord. Autrement dit, elle introduit le critère de l'art. 17 dans l'art. 15.2, pour garantir une certaine déférence à l'entente, sans toutefois oublier les autres facteurs qu'énonce l'art. 15.2. Une fois remplie la condition préliminaire du changement important, le tribunal doit fixer, le cas échéant, le montant de la pension au niveau que justifient les principes exposés à l'art. 15.2 de la Loi de 1985, tels que précisés dans les arrêts de principe de notre Cour.

Analysant ensuite les faits du litige, la juge Abella estime que la combinaison de deux facteurs distincts constitue un changement important. D'abord, les responsabilités de M^{me} Miglin dans le soin des enfants étaient devenues plus lourdes que ce qui avait été prévu dans le plan parental. Cette situation a nui à ses possibilités d'emploi et a prolongé son besoin de prestations alimentaires. Ensuite, M. Miglin a mis fin aux paiements alimentaires que M^{me} Miglin recevait par le truchement de l'entente de consultation, alors qu'elle en avait encore besoin. Puisque ces facteurs représentent, à son avis, un changement important qui, s'il avait été connu à l'époque, aurait vraisemblablement donné

of whether, and to what extent, support should be ordered.

Abella J.A. held that the Consulting Agreement, which the trial judge had found to be the true agreement for spousal support, fell short of meeting the 1985 Act's objectives in s. 15.2(6) (at para. 100):

... it took insufficient account, both in quantum and duration, of how fundamentally Ms. Miglin's role during the 15-year marriage had created a financial dependency on Mr. Miglin and impaired her capacity to become economically self-sufficient. Only Ms. Miglin experienced economic disadvantage or hardship arising from the marriage and its dissolution, yet the long-term financial consequences of her childcare responsibilities were not equitably acknowledged in the economic arrangements made by the parties.

Abella J.A. upheld the quantum of support awarded by the trial judge, concluding that it was not unreasonable in the circumstances. Abella J.A. removed, however, the trial judge's imposition of a five-year time limit on support, as she held that it was not easy to anticipate when and to what extent the disadvantageous impact of Ms. Miglin's childcare responsibilities on her earning capacities would be attenuated. The five-year limitation was thus "unhelpfully speculative" (para. 102).

In this fashion, Abella J.A., like the trial judge, used her authority under s. 15.2 to award corollary relief to Ms. Miglin in light of the deficiencies identified in the Separation Agreement and the Consulting Agreement.

In addition, Abella J.A. concluded that the trial judge's interventions did not raise a reasonable apprehension of bias.

IV. Analysis

A. *Issues*

The initial question to be addressed in this case is identical to that which confronted this Court in

lieu à la conclusion d'une entente alimentaire prolongée, la juge Abella se tourne vers la question de la pension alimentaire et de son montant.

La juge Abella statue alors que l'entente de consultation, que le juge de première instance considérait comme la véritable entente alimentaire au profit de l'épouse, ne respecte pas les objectifs énoncés au par. 15.2(6) de la Loi de 1985 (au par. 100) :

[TRADUCTION] ... elle ne tenait pas suffisamment compte, tant pour le montant versé que pour sa durée, de la mesure fondamentale dans laquelle le rôle assumé par M^{me} Miglin au cours des 15 années de son mariage l'avait rendue financièrement dépendante de M. Miglin et avait nui à sa capacité de devenir économiquement autonome. Seule M^{me} Miglin a éprouvé un désavantage ou des difficultés économiques en raison du mariage et de sa dissolution, et cependant les dispositions financières prises par les parties ne reflétaient pas équitablement les conséquences financières à long terme des responsabilités de M^{me} Miglin à l'égard de sa prise en charge des enfants.

Puisqu'il n'apparaît pas déraisonnable dans les circonstances, la juge Abella confirme le montant de la pension accordée par le juge de première instance, mais supprime la limite de cinq ans imposée à la durée de celle-ci. À son avis, il n'est pas facile de prévoir quand et dans quelle mesure l'incidence défavorable des responsabilités parentales de M^{me} Miglin sur sa capacité de gain s'atténueront. L'imposition d'une limite de cinq ans tenait de [TRADUCTION] « la conjecture » (par. 102).

De cette manière, la juge Abella, comme le juge de première instance, exerce les pouvoirs que lui confère l'art. 15.2 pour accorder des mesures accessoires à M^{me} Miglin, en raison des faiblesses relevées dans l'accord de séparation et l'entente de consultation.

En outre, la juge Abella conclut que les interventions du juge de première instance ne soulèvent aucune crainte raisonnable de partialité.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

La question initiale dans le pourvoi est identique à celle dont la Cour était saisie dans la trilogie

152

153

154

155

156

the *Pelech* trilogy: “Should the parties be held to the terms of their contract or should the court intervene to remedy the inequities now alleged by one of the parties to be flowing from the bargain previously entered into freely and on full knowledge and with the advice of counsel?” (p. 806) If the Court does intervene, should the threshold for this intervention continue to be that established in the trilogy, or is a different approach required under the 1985 Act and in light of the current jurisprudence?

(1) The Trilogy’s Key Precepts

¹⁵⁷ The trilogy stands for the proposition that in order to vary the terms of a valid separation agreement whereby the parties have purported to settle finally the issue of spousal support, an applicant must show a radical change in circumstances that is causally connected to the marriage. This strict threshold test for judicial intervention was intended to foster finality in the affairs of former spouses. It reflected what Wilson J. termed the “overriding policy consideration” of encouraging people “to take responsibility for their own lives and their own decisions” (*Pelech, supra*, at p. 850).

¹⁵⁸ It is important to stress, as Professor M. Shaffer and D. S. Melamed do, that the trilogy’s privileging of finality was rooted in both practical and theoretical concerns: “Separation Agreements Post-*Moge, Willick and L.G. v. G.B.: A New Trilogy?*” (1999), 16 *Can. J. Fam. L.* 51. Practically speaking (at p. 53):

Wilson J. clearly saw separation agreements as a desirable way of settling the spouses’ affairs. In her view, separation agreements allowed parties to take responsibility for their lives by deciding how they — rather than the courts — would settle their affairs; they also provided parties with the freedom to sever the financial ties between them and to get on with their lives. To encourage people to enter into settlement agreements, Wilson J. held that the law should take the parties at their word. Adopting a deferential approach to agreements would, in Wilson J.’s opinion, create an incentive for people to settle rather than to go to court since they would have the

Pelech : « Les parties devraient-elles s’en tenir aux conditions de leur contrat ou le tribunal devrait-il intervenir pour remédier aux inéquités qui, selon ce qu’allègue maintenant l’une des parties, découleraient de l’entente déjà conclue librement, en parfaite connaissance de cause et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques? » (p. 806) Si le tribunal doit effectivement intervenir, le seuil d’intervention doit-il rester celui que la trilogie a établi, ou faut-il adopter une nouvelle démarche en vertu de la Loi de 1985 et de la jurisprudence actuelle?

(1) Les préceptes fondamentaux de la trilogie

Selon la trilogie, pour obtenir la modification des stipulations d’un accord de séparation valide par lequel les époux entendaient régler de manière définitive la question du soutien alimentaire, le requérant doit démontrer un changement radical de circonstances, ayant un lien de causalité avec le mariage. Cette condition préliminaire stricte à l’intervention des tribunaux visait à promouvoir le règlement définitif des affaires des anciens conjoints. Elle reflète ce que la juge Wilson a appelé le « souci d’ordre public prédominant », qui consiste à encourager les gens « à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions » (*Pelech*, précité, p. 850).

Il importe de souligner, avec la professeure M. Shaffer et D. S. Melamed, que l’importance attribuée dans la trilogie au règlement définitif se fonde autant sur des considérations pratiques que théoriques (« Separation Agreements Post-*Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy?* » (1999), 16 *Rev. can. d. fam.* 51), c’est-à-dire concrètement (à la p. 53) :

[TRADUCTION] La juge Wilson pensait clairement que les ententes de séparation étaient pour les époux un bon moyen de régler leurs affaires. Selon elle, les ententes de séparation permettent aux parties d’assumer la responsabilité de leur propre vie en décidant — plutôt que les tribunaux — comment régler leurs affaires; elles leur donnent également la liberté de rompre leurs liens financiers et de refaire leur vie. Pour les encourager à conclure des ententes, dit la juge Wilson, la loi doit prendre les parties au mot. À son avis une attitude de déférence à l’égard des ententes inciterait les parties à régler leurs affaires plutôt qu’à engager des procédures judiciaires,

certainty of knowing that their desires as expressed in the agreement would be respected.

More theoretically, Wilson J.'s insistence on finality reflected her stance on both "individual autonomy and gender equality" (at p. 53):

In Wilson J.'s view, holding parties to their agreements manifested respect for people's ability to make important personal decisions; in contrast, overriding agreements too lightly based simply on the court's notion of fairness was "paternalistic." In a similar vein, Wilson J. opined that permitting the court to override settlements on the basis of systemic gender inequality would "ultimately reinforce the very bias" that the court would be seeking to counteract.

The trilogy's emphasis on the promotion of individual responsibility and finality in the affairs of former spouses both reflected and promoted what is customarily labelled the "clean break" model of support, which had been strongly advocated in Lamer J.'s dissent in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401. This model, premised on an understanding of marriage as an equal partnership between autonomous individuals, views the primary goal of a support order as facilitating the economic self-sufficiency of the dependent former spouse as quickly as possible after the divorce. This allows the parties "to make new lives for themselves" without carrying forward any "ongoing contingent liability" for each other's misfortunes after the marriage (*Pelech*, at p. 851). The clean break theory of spousal support is of necessity buttressed by another theoretical assumption, that of the state as the ultimate provider, as Abella J.A. noted (para. 77).

The trilogy's approach to spousal support has generated extensive literature, much of which, as Abella J.A. observed, is critical of its "restrictive impact on the ability to redress the disadvantageous economic consequences of a separation" (para. 54). Academics have critiqued both the practical results of the trilogy's strict threshold — the enforcement of agreements that are unfair to one party, typically the wife — and the theoretical assumptions

puisqu'elles seraient certaines que leurs volontés exprimées dans l'entente seraient respectées.

Sur un plan plus théorique, l'importance que la juge Wilson attache au règlement définitif reflète sa position sur l'autonomie individuelle et sur l'égalité des sexes (à la p. 53) :

[TRADUCTION] Selon la juge Wilson, tenir les parties à leurs ententes témoigne d'un respect pour leur capacité de prendre d'importantes décisions personnelles; en revanche, il est « paternaliste » d'écartier trop à la légère des ententes sur la seule base de la conception que le tribunal se fait de l'équité. Dans la même veine, la juge Wilson estime que permettre au tribunal de passer outre aux conventions au nom de l'égalité systémique fondée sur le sexe finira par « renforcer l'inéquité même » qu'il cherche à combattre.

159

L'importance donnée, dans la trilogie, à la promotion de la responsabilité individuelle et au règlement définitif des affaires des ex-époux reflétait et renforçait ce qu'on appelle communément le modèle de la « rupture nette » en matière d'obligation alimentaire, qu'avait préconisé vigoureusement le juge Lamer, dissident dans *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401. La prémissse de ce modèle considère le mariage comme une association à parts égales d'individus autonomes. En conséquence, l'ordonnance alimentaire vise avant tout à faciliter l'indépendance économique de l'ancien époux dépendant, dans les meilleurs délais, après le divorce. Les parties peuvent ainsi « refaire leur vie » et prendre de nouveaux engagements sans avoir à assumer après le mariage une « responsabilité contingente permanente » pour les infortunes de l'autre (*Pelech*, p. 851). Comme le souligne la juge Abella, la théorie de la rupture nette, en matière d'aliments entre époux, s'appuie nécessairement sur un autre postulat, d'après lequel l'État reste le débiteur de dernier recours de l'obligation d'entretien du conjoint dépendant (par. 77).

160

La démarche préconisée par la trilogie en matière d'aliments entre époux a provoqué le développement d'une littérature abondante dont la majeure partie critique [TRADUCTION] « les restrictions qu'elle met à la capacité de remédier aux conséquences économiques désavantageuses de la séparation », comme le fait observer la juge Abella (par. 54). Des universitaires ont commenté négativement tant les conséquences pratiques du critère préliminaire strict de la

on which this threshold is premised. Wilson J.'s insistence on the "sanctity of spousal contracts" and her "supposed promotion of equal autonomy" did not stand uncontested even in their origins, with La Forest J. challenging Wilson J.'s approach in dissent in *Richardson, supra* (see J. W. Durnford and S. J. Toope, "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 *Can. Tax J.* 1. As Durnford and Toope outline at p. 18:

... La Forest J. questioned the model of rational choice implicit in the majority reasons in *Pelech* and *Richardson*. He noted that divorce is one of the most stressful occasions in any person's life and that many people do "very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel." Agreements should not be treated as sacrosanct in this emotionally fraught context. [Footnotes omitted.]

(See also *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, at para. 35 (*per* L'Heureux-Dubé J.).)

161 Academic criticism went further still, with some commentators suggesting that the trilogy's insistence on the formal equality and autonomy of spouses may efface substantive gender inequalities and fail to recognize the complex patterns of economic dependence that may develop during a marriage (see, for example, M. J. Bailey, "Pelech, Caron, and Richardson" (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615; N. Bala, "Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: 'A Deal is a Deal'" (1988), 13 *Queen's L.J.* 1; the Honourable Madame Justice B. McLachlin, "Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages?" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 131).

162 The criticism of the support theories and objectives underpinning the trilogy points to the same conclusion that I find flows inevitably from two developments in the law subsequent to this Court's decisions in *Pelech* and its companion cases, namely that the high threshold for judicial scrutiny articulated in the trilogy is no longer good law. These

trilogie — la confirmation d'ententes inéquitables à l'égard d'une partie, le plus souvent l'épouse — que ses fondements théoriques. L'accent mis par la juge Wilson sur [TRADUCTION] « le caractère sacré des contrats entre conjoints » et « la promotion de l'égalité dans l'autonomie » n'a pas fait l'unanimité, même au premier jour, puisque le juge La Forest conteste alors la validité de cette approche, dans sa dissidence dans l'arrêt *Richardson*, précité (voir J. W. Durnford et S. J. Toope, « Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation » (1994), 42 *Rev. fisc. can.* 1). Ces auteurs soulignent (à la p. 18) :

[TRADUCTION] ... le juge La Forest a contesté le modèle du choix rationnel qui sous-tend implicitement les motifs des juges majoritaires dans les arrêts *Pelech* et *Richardson*. Le divorce, a-t-il souligné, est l'un des moments les plus traumatisants de la vie et il porte bien des gens à faire « des choses contraires au bon sens et qui sont loin d'être le fait d'adultes raisonnables, même lorsqu'ils ont recours à un conseiller juridique. » Dans ce contexte chargé d'émotion, les conventions ne devraient pas être considérées comme des textes sacro-saints. [Notes omises.]

(Voir aussi *G. (L.) c. B. (G.)*, par. 35, la juge L'Heureux-Dubé.)

Portant leurs critiques plus loin, certains universitaires ont ajouté que l'accent mis sur l'égalité formelle et l'autonomie des conjoints par la trilogie pouvait occulter des inégalités réelles entre les sexes et ne reconnaissait pas la diversité des modèles complexes de dépendance économique que le mariage peut créer (voir, par exemple, M. J. Bailey, « Pelech, Caron, and Richardson » (1989-90), 3 *R.j.f.d.* 615; N. Bala, « Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy : "A Deal is a Deal" » (1988), 13 *Queen's L.J.* 1; l'honorable juge B. McLachlin, « Spousal Support: Is it Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? » (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 131).

Les critiques des théories et des objectifs qui sous-tendent la trilogie sur la question du soutien alimentaire mènent à la conclusion même qui, à mon avis, découle inévitablement de deux changements dans l'état du droit après l'arrêt *Pelech* et les arrêts connexes : le seuil élevé que préconisait la trilogie pour l'intervention judiciaire ne représente plus une

developments, each of which I will discuss in some detail, are: (1) the 1985 amendments to the *Divorce Act* and (2) the more contextual approach to spousal support that characterizes this Court's recent jurisprudence. In light of these developments, it is no longer appropriate to require an applicant to demonstrate a radical change in circumstances that is causally connected to the marriage before a court may intervene in a "final" support agreement. Instead, a more flexible and contextual approach must be applied, as well as a broader view of causation in the context of the untangling of marital relationships.

(2) The Parties' Agreements

Prior to exploring why the trilogy no longer applies given the revised statute and the contemporary jurisprudence, a preliminary question must be addressed: Ms. Miglin's argument that, given the particular facts at issue, it is possible for this Court to decide this appeal without determining whether the trilogy is still good law. Ms. Miglin applied for corollary relief pursuant to s. 15.2 of the 1985 Act before the expiry of the Consulting Agreement, which the courts below described as "thinly disguised spousal support". As a result, Ms. Miglin submits this is really a case "about the jurisdiction of the Court to award spousal support in the face of an existing spousal support agreement, not about an award of spousal support in the face of a full and final release". Ms. Miglin stresses that the Consulting Agreement, while time-limited, contained a renewal clause and in her view is thus properly construed not as a final agreement but rather as an agreement anticipating a review, variation or continuation of support. In Ms. Miglin's submission, then, the facts do not engage the trilogy, which was intended to apply only to "final agreement[s] entered into [by] the parties in order to settle the economic consequences of their divorce" (*Moge, supra*, at p. 839; see also *Pelech, supra*, at p. 849).

règle de droit valable. Ces changements, que j'examinerai en détail, sont : (1) les modifications apportées en 1985 à la *Loi sur le divorce* et (2) la démarche plus contextuelle en matière d'aliments entre conjoints qui caractérise la jurisprudence récente de notre Cour. Compte tenu de ces changements, on ne doit plus exiger que le requérant fasse la preuve d'un changement radical de circonstances, découlant du mariage avant qu'un tribunal puisse intervenir pour modifier une entente alimentaire « définitive ». Au contraire, une démarche plus souple et plus contextuelle s'impose ainsi qu'une conception plus large de la causalité dans le contexte du dénouement des relations conjugales.

(2) Les ententes des parties

Avant d'examiner pourquoi la trilogie ne s'applique plus, en raison de la nouvelle loi et de la jurisprudence récente, je dois aborder une question préliminaire : l'argument avancé par M^{me} Miglin selon lequel, vu les faits particuliers de l'espèce, la Cour peut trancher le présent pourvoi, sans se prononcer sur la validité actuelle de la trilogie. M^{me} Miglin a déposé une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2 de la Loi de 1985 avant l'expiration de l'entente de consultation, décrite dans les jugements antérieurs comme une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée ». M^{me} Miglin prétend donc qu'il s'agit en réalité de la question [TRADUCTION] « de la compétence de la Cour d'attribuer des aliments à un époux en présence d'une entente alimentaire existante, et non de l'octroi d'aliments à l'époux en présence d'une renonciation totale et définitive ». M^{me} Miglin insiste sur le fait que, bien que limitée dans le temps, l'entente de consultation contenait une clause de renouvellement. À son avis, la présence de cette stipulation enlevait à l'entente son caractère définitif. Celle-ci devait être considérée comme un accord dont les termes prévoyaient le réexamen, la modification ou le maintien du soutien alimentaire. M^{me} Miglin plaide donc que les faits du pourvoi ne font pas intervenir la trilogie qui s'applique seulement à une « convention définitive par laquelle les parties auraient réglé les conséquences économiques de leur divorce » (*Moge, précité*, p. 839; voir aussi *Pelech, précité*, p. 849).

164 Even if Ms. Miglin is correct in her characterization of the Consulting Agreement, this argument adopts an unjustifiably narrow view of the parties' agreements. As I will outline in more detail below, the determination of an application for corollary relief under s. 15.2 in the face of an antecedent agreement between the parties requires an evaluation of the entirety of the parties' negotiated arrangement. In this case, the financial "package" that the parties negotiated consisted of both the Separation Agreement and the Consulting Agreement. The framework Separation Agreement contains a waiver of spousal support. At the same time, the Consulting Agreement referenced therein and attached as Schedule E thereto, whether or not it is properly understood as "thinly veiled spousal support", provides evidence of the parties' awareness and acknowledgment that Ms. Miglin would require a post-separation income. As Abella J.A. noted, the fact that it contained an open-ended renewal clause suggests that the parties understood that her need might continue past a five-year period.

165 The peculiar nature of the parties' agreements militates against adopting Ms. Miglin's approach of considering only the Consulting Agreement, to the exclusion of the Separation Agreement, as a way of avoiding the question of the trilogy's continued applicability. This Court must be attentive to the entirety of the parties' negotiated settlement, including the apparent inconsistencies therein, namely, the coexistence of a support waiver based on a declaration of future self-sufficiency with a *de facto* support provision based on an acknowledgement of future need. With this backdrop in mind, I must now turn to the issue of whether the trilogy's threshold test for judicial intervention in final support agreements remains good law.

(3) The State of the Law: the Courts Below

166 The courts below each addressed the question of whether the trilogy applies on the facts of this case. Although he did not specifically reference the trilogy, the trial judge held that the threshold test of a

À supposer même que M^{me} Miglin ait raison de qualifier l'entente de consultation de cette manière, son argument repose sur une conception indûment étroite des ententes des parties. Comme je l'exposerais plus en détail, une requête en mesures accessoires aux termes de l'art. 15.2, en présence d'une entente antérieure liant les parties, exige l'examen de l'arrangement négocié dans son intégralité. En l'espèce, l'« entente » financière négociée par les parties comprenait l'accord de séparation et l'entente de consultation. L'accord de séparation, qui en établit le cadre, contient une renonciation de l'épouse à ses droits alimentaires. Par ailleurs, l'entente de consultation à laquelle l'accord renvoie et qui y est jointe en annexe E, qu'elle soit considérée à juste titre ou non comme une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée », témoigne du fait que les parties savaient et reconnaissaient que M^{me} Miglin aurait besoin d'un revenu après la séparation. Comme la juge Abella le souligne, l'insertion d'une clause non-limitative de renouvellement permet de penser que les parties comprenaient que ce besoin pouvait se prolonger au-delà de cinq ans.

La nature particulière des ententes des parties milite contre la démarche préconisée par M^{me} Miglin, qui consiste à n'examiner que l'entente de consultation, à l'exclusion de l'accord de séparation, de manière à éviter la question de l'applicabilité actuelle de la trilogie. La Cour doit considérer l'ensemble du règlement négocié, y compris ses incohérences apparentes, c'est-à-dire la coexistence d'une renonciation à des aliments fondée sur une déclaration d'autonomie future et d'une disposition alimentaire de facto fondée sur la reconnaissance d'un besoin futur. C'est sur cette toile de fond que j'aborde la question de la validité du critère préliminaire imposé par la trilogie à l'intervention des tribunaux pour modifier des ententes alimentaires définitives.

(3) L'état du droit : les juridictions inférieures

Les juridictions inférieures traitent de la question de l'application de la trilogie aux faits du pourvoi. Sans mentionner spécifiquement la trilogie, le juge de première instance statue que le

radical change causally connected to the marriage did not apply under s. 15 of the 1985 Act. Instead, in his estimation, s. 15 requires the court to determine whether the separation agreement provides support to the dependent spouse in a fashion consistent with the social policies and objectives set out in s. 15(7) (now s. 15.2(6)). In reaching this conclusion, the trial judge declined to follow *Santosuoso v. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (Div. Ct.), a case that I will review in more detail below.

The Court of Appeal took a broader approach, characterizing the main issue in this case as “whether the threshold established in the *Pelech* trilogy survives [the] amendments and continues to apply under the new 1985 *Divorce Act*” (para. 2). After a comprehensive review of the 1985 Act and this Court’s jurisprudence on spousal support, Abella J.A. answered this question in the negative, holding that the appropriate threshold test under s. 15.2 is whether there has been a material change in the parties’ circumstances since the time the Agreement was made.

The differences between the approaches of the trial judge and the Court of Appeal reflect a much broader confusion among lower courts generally as to whether the trilogy’s “radical change” and “causal connection” threshold test for judicial intervention in final spousal support agreements continues to be a valid one and, if not, what threshold test now applies. This confusion underscores the importance of approaching the question of the trilogy’s continued viability directly and definitively. This is a step which to date this Court has not taken, despite reconceptualizing the nature and purpose of spousal support based on the 1985 Act in cases such as *Moge and Bracklow* (the exception is the minority judgment of L’Heureux-Dubé J. in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, which I will discuss in more detail later in these reasons). This area of the law cannot remain in this state of turmoil. Guidance is needed if trial courts are to be able to evaluate, and family law practitioners are to be able to draft, support

critère préliminaire du changement radical ayant un lien de causalité avec le mariage ne s’applique pas sous le régime de l’art. 15 de la Loi de 1985. Selon lui, l’art. 15 exige plutôt que le tribunal détermine si l’accord de séparation accorde un soutien alimentaire au conjoint dépendant, d’une façon compatible avec les politiques et objectifs sociaux énoncés au par. 15(7) (maintenant par. 15.2(6)). Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance refuse de suivre la décision *Santosuoso c. Santosuoso* (1997), 32 O.R. (3d) 143 (C. div.), à laquelle je reviendrai plus loin.

Adoptant une démarche plus globale, la Cour d’appel décrit la principale question comme celle de savoir [TRADUCTION] « si le seuil établi dans la trilogie *Pelech* survit [aux] modifications et continue à s’appliquer dans le contexte de la *Loi sur le divorce de 1985* » (par. 2). Après un examen exhaustif de la Loi de 1985 et de la jurisprudence de la Cour sur les aliments entre époux, la juge Abella répond par la négative et statue que le critère préliminaire sous le régime de l’art. 15.2 consiste en la survenance d’un changement important dans la situation des parties, depuis la conclusion de l’entente.

167

Les divergences entre les démarches du juge de première instance et de la Cour d’appel traduisent l’état de confusion générale, dans l’ensemble des tribunaux, sur le maintien de la validité du critère préliminaire du « changement radical » et du « lien de causalité », établi dans la trilogie, pour justifier l’intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires définitives entre conjoints. Dans la négative, il faut alors rechercher quel critère s’applique aujourd’hui. La présence de cette confusion souligne l’importance de régler directement et définitivement la question de la viabilité continue de la trilogie. C’est une étape que la Cour n’a pas franchie jusqu’à maintenant, bien qu’elle ait reconceptualisé la nature et l’objet des aliments entre époux au regard de la Loi de 1985 dans des arrêts tels *Moge* et *Bracklow* (l’exception étant les motifs minoritaires de la juge L’Heureux-Dubé dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, dont je parle plus loin). L’incertitude ne saurait persister dans ce domaine du droit. Il faut donner des orientations qui permettront de faire

168

agreements with any degree of coherence and consistency.

169 Shaffer and Melamed, in their article “Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B.: A New Trilogy?”, *supra*, provide an overview of the range of judicial views on the treatment of final settlement agreements, followed by a detailed appendix outlining the holdings in 75 cases across the common-law provinces. The Alberta Court of Queen’s Bench in *Wilkinson v. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258, at pp. 270-71, groups the various approaches to the trilogy that Shaffer and Melamed identify into four main categories (see also J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), at pp. 215-16):

1. cases in which courts strictly apply the *Pelech* standard, requiring a radical change causally connected to the marriage before intervening in settlement agreements;
2. cases in which courts purport to apply the *Pelech* standard, but in fact apply a standard that is less stringent;
3. cases in which courts explicitly reject the trilogy standard in favour of some other variation standard, for instance applying a lower threshold such as material or substantial change or endorsing the minority opinion in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, and determining whether to intervene in an agreement by having regard to the extent to which it meets the objectives in s. 15.2 of the *Divorce Act*; and
4. cases in which courts have shown an increased willingness to adopt a broad definition of change, defining for instance as a “change” the parties’ failed expectations where the dependent spouse does not achieve the predicted economic self-sufficiency.

The consequence of this wide variation in approaches is that similarly situated individuals seeking corollary relief pursuant to s. 15.2 in the face of antecedent agreements are subjected to vastly different treatment by courts.

apparaître un certain degré de cohérence et d’uniformité dans l’évaluation des ententes alimentaires par les tribunaux, ainsi que dans la rédaction de ces conventions par les praticiens du droit de la famille.

Dans leur article « Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy? », *loc. cit.*, Shaffer et Melamed donnent un aperçu de la diversité des opinions judiciaires sur le traitement des ententes définitives, que suit une annexe détaillée regroupant 75 décisions rendues dans les provinces de common law. Dans *Wilkinson c. Wilkinson* (1998), 43 R.F.L. (4th) 258, p. 270-271, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta classe les diverses interprétations de la trilogie relevées par Shaffer et Melamed sous quatre grandes catégories (voir aussi J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), p. 215-216) :

1. les décisions qui appliquent rigoureusement la norme de l’arrêt *Pelech*, exigeant la preuve d’un changement radical ayant un lien de causalité avec le mariage comme condition préalable à leur intervention;
2. les décisions disant appliquer la norme énoncée de l’arrêt *Pelech*, mais qui appliquent en réalité une norme moins stricte;
3. les décisions qui rejettent explicitement la norme énoncée dans la trilogie en faveur d’une autre norme de modification, par exemple en appliquant un seuil moins élevé comme celui du changement important, ou, adoptant l’opinion minoritaire dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, en faisant reposer la décision d’intervenir sur le degré de conformité de l’entente aux objectifs exposés à l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*;
4. les décisions indiquant l’acceptation d’une définition large du « changement », en le définissant par exemple comme la non-réalisation des attentes des parties lorsque l’époux dépendant n’acquiert pas l’indépendance économique anticipée.

Cette grande diversité des approches judiciaires entraîne une disparité importante dans le traitement par les tribunaux du cas de personnes pourtant placées dans des situations similaires, lorsqu’elles demandent des mesures accessoires en vertu de l’art. 15.2, malgré l’existence d’ententes antérieures.

To the extent that Shaffer and Melamed are able to identify a trend in this area of the law, they note that “the trilogy has been abandoned in an astonishing number of cases” (p. 61), although this has not been uniform across the country. I would add to this my sense that, even where courts do apply the trilogy they are increasingly unlikely to do so unselfconsciously, particularly when they reach the conclusion that the trilogy’s strict threshold test is not met on the facts. In *Wilkinson*, for instance, even though the court treated the case as an application for a variation of a time-limited support order under s. 17(10) (a provision that, in contrast to s. 15.2, does codify a change-based causal connection threshold test) and emphasized contract law principles, it applied *Pelech* only after providing a thorough review of the conflicting judicial approaches to the question of the continued validity of the trilogy.

A similar trend was observed in Quebec by academic comment. It appears that, soon after the trilogy, Quebec courts began to adopt a broader and more flexible view of the diversity of the models of marriage, of the grounds for support and of causation issues. At the same time, Quebec courts seem to have felt constrained in the development of new and more flexible approaches to the application of the 1985 Act by lingering doubts about the status of the trilogy and its precedential value particularly since *Moge*, *supra*, especially when they had to review separation agreements (see, for example, D. Goubau, “La situation depuis la trilogie *Pelech*”, in *Droit de la famille québécois* (looseleaf), vol. 2, at pp. 6019-25; D. Goubau, “Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada” (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 279; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561 (C.A.); *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.); *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.); *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066 (C.A.); *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34 (C.A.); *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735 (C.A.); and *D.V. v. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309 (C.A.)).

Dans la mesure où les auteurs Shaffer et Melamed réussissent à identifier une tendance dans ce domaine du droit, c’est pour noter que [TRADUCTION] « la trilogie a été écartée dans un nombre étonnant de décisions » (p. 61), quoique la tendance ne soit pas uniforme dans tout le pays. J’ajouterais qu’il est probable que même lorsque les tribunaux appliquent la trilogie, ils ne le font qu’avec une réticence croissante, surtout lorsqu’ils arrivent à la conclusion que les faits ne satisfont pas au critère préliminaire strict de la trilogie. Dans *Wilkinson*, par exemple, bien que le tribunal ait traité le litige comme une demande de modification d’une ordonnance alimentaire limitée dans le temps en vertu du par. 17(10) (disposition qui, contrairement à l’art. 15.2, codifie le critère préliminaire du changement ayant un lien causal avec le mariage), et ait mis l’accent sur les principes du droit des contrats, il n’a appliqué l’arrêt *Pelech* qu’après un examen approfondi des divergences d’interprétation des tribunaux sur la validité actuelle de la trilogie.

170

La doctrine constate la même tendance au Québec. Il apparaît que, peu après la trilogie, les tribunaux québécois ont commencé à adopter une conception élargie et plus souple des divers modèles de mariage, des raisons justifiant les pensions alimentaires et des questions de causalité. Dans le même temps, les doutes subsistant sur le statut de la trilogie et sa valeur de précédent, depuis l’arrêt *Moge*, ont semblé limiter, dans les tribunaux québécois, le développement de nouvelles approches plus souples de l’application de la Loi de 1985, tout particulièrement lorsqu’il s’agissait d’examiner des conventions de séparation (voir par exemple D. Goubau, « La situation depuis la trilogie *Pelech* », dans *Droit de la famille québécois* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 6019-6025; D. Goubau, « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada » (1993), 72 *R. du B. can.* 279; *Droit de la famille — 1404*, [1991] R.J.Q. 1561 (C.A.); *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.); *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.); *Droit de la famille — 2249*, [1995] R.J.Q. 2066 (C.A.); *Droit de la famille — 2325*, [1996] R.J.Q. 34 (C.A.); *Droit de la famille — 2537*, [1996] R.D.F. 735 (C.A.); *D.V. c. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309 (C.A.)).

171

172 It is interesting to note in this regard that Mr. Miglin himself, perhaps in recognition of these trends, has essentially abandoned the argument that he appears to have advanced in the courts below — that the Separation Agreement indeed triggered the application of the trilogy and that he was insulated from a claim for spousal support because there was no radical and unforeseen change in circumstances causally connected to the marriage. In his pleadings before this Court, he stated that “in view of the legitimate controversy the trilogy invoked, its application is no longer tenable”, although he was careful to observe that it nonetheless remained open to this Court to affirm the trilogy.

173 In my view, the lower court cases of particular interest in this context are those in which the court either purports to apply the trilogy but in fact applies a standard that is less stringent, or applies the trilogy standard only reluctantly. These types of cases, and the commentary that they have generated, provide an indication of what makes courts wary of applying the trilogy and thus what is truly at stake in the debate over whether the trilogy should be rejected or reaffirmed.

174 Two cases are instructive here by way of example. First is the much discussed decision of the Ontario Divisional Court in *Santosuoso, supra*. In *Santosuoso*, the parties had entered into a Separation Agreement after a 23-year traditional marriage, in which spousal support was to terminate after two years. The Agreement contained a full waiver and release of all further support even in the face of a catastrophic change in circumstances. After the time-limited support terminated under the Agreement, the wife applied for spousal support pursuant to s. 15 of the Act. She argued that, at the time the Agreement was negotiated, the parties had expected that she would become economically self-sufficient, but that these expectations were not realized. At the time she applied for corollary relief, she had not successfully completed upgrading courses or secured full-time employment. She was working 60 hours a week at low-paying jobs, earning

On remarque avec intérêt, à cet égard, que M. Miglin lui-même, prenant peut-être acte de ces tendances, a essentiellement renoncé à l’argument qu’il avançait apparemment dans les instances antérieures, selon lequel l’entente de séparation déclencheait l’application de la trilogie et rendait donc irrecevable la demande d’aliments de son ex-conjointe puisqu’aucun changement de circonstances radical et imprévu ayant un lien de causalité avec le mariage n’était survenu. Devant notre Cour, M. Miglin a déclaré que [TRADUCTION] « compte tenu de la controverse légitime que soulève la trilogie, son application n’est désormais plus défendable », mais en prenant le soin de souligner qu’il était néanmoins loisible à la Cour de confirmer la validité de la trilogie.

À mon avis, les décisions de juridictions inférieures les plus intéressantes dans ce contexte sont de deux ordres. Bien que déclarant appliquer la trilogie, les unes, en réalité, mettent en œuvre une norme moins stricte. Les autres appliquent encore la norme énoncée dans la trilogie, mais non sans réticence. Ces types de décisions, tout comme les commentaires qu’elles ont suscités, expliquent l’hésitation des tribunaux à appliquer la trilogie et témoignent ainsi de l’enjeu réel du débat sur le maintien ou le rejet de la trilogie.

Deux décisions sont particulièrement révélatrices à cet égard. La première, la décision *Santosuoso*, précitée, de la Cour divisionnaire de l’Ontario, a suscité bon nombre de commentaires. Dans cette affaire, après 23 années de mariage traditionnel, les parties ont conclu un accord de séparation prévoyant que le versement d’aliments à l’épouse cesserait après deux ans. L’accord comportait une renonciation totale à toute créance alimentaire future, même au cas de changement catastrophique. Après l’arrivée du terme extinctif de la pension alimentaire qu’avait prévu l’accord de séparation, l’épouse a demandé des aliments en vertu de l’art. 15 de la Loi. Elle a soutenu qu’au moment de la négociation de l’accord, les parties croyaient qu’elle parviendrait à l’indépendance économique, mais que ces attentes ne s’étaient pas réalisées. Au moment du dépôt de sa requête en mesures accessoires, elle n’avait pas réussi ses cours de

\$1,700 monthly. The Divisional Court found that Ms. Santosuoso had suffered a radical, unforeseen change in circumstances that was related to a pattern of economic dependency created in the marriage, concluding, at p. 156, that:

It was not within the contemplation or expectation or reasonable anticipation of *both parties* to the agreement that the applicant would be working almost 60 hours a week at low-level wages to earn \$1,700 a month in 1996. Further, an underpinning of the agreement was that the wife would achieve what can be fairly characterized as a modest and realistic goal for financial independence having regard to her circumstances. [Emphasis in original.]

Critics of the decision have suggested that the court in *Santosuoso*, although paying lip service to the trilogy, applied a considerably less stringent threshold for variation: see, for example, S. M. Grant, "The End of Finality" (1997), 27 R.F.L. (4th) 252. According to Shaffer and Melamed, *supra*, at p. 66:

It is hard to buy the court's conclusion that Mrs. Santosuoso's circumstances were truly a radical and unforeseen change as contemplated by the trilogy. One might argue that a more plausible interpretation of what was going on in the case was a refusal of the court to defer to the contract *not* because it fell within the exception carved out by the trilogy, but because it did not accord with the court's sense of fairness. As a result, some commentators have decried the decision in *Santosuoso* as heralding the end to the finality of separation agreements. [Emphasis in original.]

(See also N. Bala and K. Chapman, "Separation Agreements & Contract Law: From the Trilogy to *Miglin*", in *Child & Spousal Support Revisited* (2002), tab 1, at pp. 1-26 and 1-27.)

The tension identified here between finality and fairness also surfaces, albeit in a different manner, in *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118. In *Leopold*, the Ontario Superior Court of Justice refused to vary a time-limited support agreement containing a full and final release where the husband sought renewed support. The parties had been

perfectionnement et n'avait pas non plus trouvé d'emploi à plein temps. Elle travaillait 60 heures par semaine dans des emplois peu rémunérés grâce auxquels elle gagnait 1 700 \$ par mois. La Cour divisionnaire a conclu qu'un changement radical et imprévu, lié à un régime de dépendance économique engendré par le mariage, était survenu dans la situation de M^{me} Santosuoso (à la p. 156) :

[TRADUCTION] *Les parties* à la convention n'avaient pas envisagé ou raisonnablement anticipé que la requérante travaillerait près de 60 heures par semaine à des emplois peu rémunérants pour toucher 1 700 \$ par mois en 1996. De plus, la convention visait fondamentalement à permettre à l'épouse d'atteindre ce qu'on pourrait appeler objectivement un niveau modeste et réaliste d'indépendance financière, compte tenu de sa situation. [En italique dans l'original.]

Selon les critiques de cette décision, la cour, tout en prétendant souscrire en principe à la trilogie, a appliqué un critère d'intervention considérablement moins exigeant : voir par exemple S. M. Grant, « The End of Finality » (1997), 27 R.F.L. (4th) 252. Selon Shaffer et Melamed, *loc. cit.*, p. 66 :

175

[TRADUCTION] Il est difficile d'accepter la conclusion de la cour que la situation de M^{me} Santosuoso constituait véritablement un changement radical et imprévu au sens de la trilogie. On peut soutenir qu'une explication plus plausible de ce qui s'est passé est que la cour a refusé de s'en tenir au contrat *non pas* parce qu'il relevait de l'exception établie par la trilogie, mais bien parce qu'il n'était pas conforme à ce que la cour estimait équitable. En conséquence, certains commentateurs ont dénoncé la décision *Santosuoso* en ce qu'elle annonçait la fin du caractère définitif des conventions de séparation. [En italique dans l'original.]

(Voir aussi N. Bala et K. Chapman, « Separation Agreements & Contract Law : From the Trilogy to *Miglin* », in *Child & Spousal Support Revisited* (2002), tab 1, p. 1-26 et 1-27.)

La tension décrite ici entre la recherche d'un règlement définitif et l'équité fait également surface, quoique de façon différente, dans *Leopold c. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 118. La Cour supérieure de justice de l'Ontario, alors saisie d'une demande de renouvellement de la pension alimentaire de l'époux, a refusé de modifier une entente

176

married for seven years and had two surviving children. At the time of the marriage, the husband was earning \$20,000 per year and had a small net worth of \$1,400, while the wife was the beneficiary of a significant family trust. At separation, the wife's various interests were valued in excess of \$4 million. The husband's employability was circumscribed throughout the marriage by health problems which continued after separation. When the parties separated, they entered into agreements whereby the husband received an equalization payment of \$205,000 and spousal support in the amount of \$1,700 per month for 42 months. After the time-limited support had expired, the husband applied for spousal support under s. 15.2 of the 1985 Act. He cited two factors that in his view should trigger renewed support: the fact that his business plans had not been successful and that the parties' eldest child, who had behavioural and health problems, had begun to live with him. Wilson J. applied *Pelech* and denied support, finding that these events did not constitute a radical, unforeseen change in circumstances causally connected to the marriage.

¹⁷⁷ Although she applied *Pelech*, Wilson J. also sought to strike a balance between the “important competing objectives of certainty and fairness” (*Leopold, supra*, at para. 98). To this end, she devoted considerable effort in her reasons to outlining a less restrictive definition of common-law unconscionability that would fit the unique dynamics of family law, although she ultimately concluded that the agreement in question did not meet even this more relaxed standard. From Wilson J.’s perspective, an unconscionable agreement in the family law context is an agreement that is outside of the range of what is objectively fair at the time it is entered into. As she outlined at paras. 141 and 143-44:

... in the family law context, the parameters of a strict test of unconscionability begin to blur. I conclude that the traditional dual test defining what is unconscionable requiring both inequality and improvidence rooted in the common law ignores the special nature of marital

alimentaire de durée limitée, assortie d'une renonciation totale et définitive. Mariées pendant sept ans, les parties avaient deux enfants encore vivants. Lorsqu'ils se sont mariés, l'époux gagnait 20 000 \$ par an et disposait d'un petit actif de 1 400 \$, alors que l'épouse était bénéficiaire d'une importante fiducie familiale. Lors de la séparation, les divers actifs de l'épouse étaient évalués à plus de 4 millions de dollars. L'employabilité de l'époux avait été limitée pendant tout le mariage par des problèmes de santé qui ont persisté après la séparation. Au moment de la séparation, les parties ont signé des ententes donnant à l'époux un paiement d'égalisation de 205 000 \$ et une pension alimentaire de 1 700 \$ par mois pendant 42 mois. À l'expiration du terme fixé pour la pension alimentaire, l'époux a réclamé des aliments en vertu de l'art. 15.2 de la Loi de 1985. Selon ses prétentions deux facteurs justifiaient la prolongation de la pension alimentaire : l'échec de ses plans d'entreprise et la situation de son enfant aîné, qui, victime de problèmes de comportement et de santé, avait commencé à vivre chez lui. La juge Wilson a appliqué l'arrêt *Pelech* et refusé de lui accorder des aliments. Elle a décidé que ces événements n'équivalaient pas à un changement de circonstances radical et imprévu ayant un lien de causalité avec le mariage.

Bien qu'elle ait appliqué l'arrêt *Pelech*, la juge Wilson tentait également de réaliser un équilibre entre les [TRADUCTION] « importants objectifs concurrents de certitude et d'équité » (*Leopold*, précité, par. 98). Elle a pris grand soin, à cette fin, de donner une définition moins restrictive de la notion d’entente abusive en common law, pour la rendre plus compatible avec la dynamique particulière du droit de la famille. Néanmoins, elle décidait que l’entente en cause ne satisfaisait même pas à cette norme moins exigeante. Selon la juge Wilson, une entente abusive dans le contexte du droit de la famille s’entend d’un accord qui déborde le cadre des dispositions objectivement équitables au moment de sa conclusion (aux par. 141 et 143-144) :

[TRADUCTION] ... dans le contexte du droit de la famille, les paramètres du critère strict du caractère abusif sont plus flous. Je conclus que le critère traditionnel à deux volets servant à définir ce qui est abusif, par la preuve à la fois d'une inégalité et d'une imprévoyance, et provenant

relationships. A rigid application of the inequality requirement ignores the reality that these are not commercial contracts negotiated for commercial gain in emotionally neutral circumstances.

de la common law, fait abstraction de la nature particulière des relations maritales. L'application rigide de l'exigence de l'inégalité ne tient pas compte du fait qu'il ne s'agit pas de contrats commerciaux négociés à des fins commerciales dans un contexte émotivement neutre.

I agree with the suggestion of McLeod in his annotation to *B. (G.)*, *supra*, at p. 216 that a court should only intervene if the terms of the settlement are outside the generous ambit within which reasonable disagreement is possible.

I conclude, therefore, that an unconscionable agreement is one that is clearly outside the range of what is objectively fair when it was made, taking into account the facts and circumstances of the parties. If it is clearly outside the range within which rational people may disagree, then inevitably the statutory objectives of the 1985 Divorce Act will not have been met. [Emphasis added.]

Although she rejected the routine imposition of “judicial concepts of fairness” in the face of existing agreements, Wilson J. suggested that this revised and more flexible notion of unconscionability should serve as a caveat to the trilogy’s strict threshold test (paras. 142 and 146(4)). In her view, this is appropriate in part because, in the trilogy itself, the threshold test for judicial intervention in a final agreement was subject to the reservation that the agreement not be “unconscionable in the substantive law sense” (see *Richardson, supra*, at p. 872).

The role that Wilson J. crafts for unconscionability in *Leopold* in fact represents a significant shift from the role accorded to the stricter common-law doctrine by Wilson J. in the trilogy. As J. G. McLeod comments in the Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 120, at pp. 124-25:

Wilson J. wanted to reduce the threshold to override the support provisions of a final support agreement but had a difficult time implementing such a test on the current state of the law. Her description of many wives’ circumstances at the time of marriage breakdown and during negotiations accurately reflects the problems facing a lawyer representing a dependent client. She was

Je souscris à ce que propose M. McLeod dans ses notes relatives à l’arrêt *B. (G.)*, précité, p. 216, à savoir que le tribunal ne devrait intervenir que si les clauses du règlement débordent le cadre généreux à l’intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible.

Je conclus donc que l’entente abusive est celle qui déborde clairement le cadre de ce qui est objectivement juste au moment de sa conclusion, eu égard aux faits et à la situation des parties. Si elle déborde clairement le cadre à l’intérieur duquel un désaccord entre personnes rationnelles est possible, alors les objectifs prévus dans la Loi sur le divorce de 1985 n’auront évidemment pas été remplis. [Je souligne.]

Bien qu’elle ait rejeté l’hypothèse d’une application routinière des « concepts judiciaires d’équité » aux ententes de séparation existantes, la juge Wilson affirme que cette notion révisée et plus souple de l’abus devrait constituer une réserve apportée au critère préliminaire strict de la trilogie (par. 142 et 146(4)). Selon elle, cette démarche se justifie en partie parce que, dans la trilogie même, le critère préliminaire d’intervention des tribunaux dans une entente définitive reste assujetti à la condition que la convention ne soit pas « lésionnaire au sens du droit positif » (voir *Richardson*, précité, p. 872).

Le rôle que la juge Wilson reconnaît à la notion d’entente abusive dans *Leopold* s’écarte considérablement de celui qu’accordait la trilogie à la doctrine de common law plus stricte. Dans une note sur l’affaire *Leopold*, on retrouve ce commentaire de J. G. McLeod (Annotation to *Leopold v. Leopold* (2000), 12 R.F.L. (5th) 120, p. 124-125) :

[TRADUCTION] La juge Wilson voulait réduire le seuil permettant au tribunal de passer outre aux dispositions alimentaires d’une convention définitive, mais elle a eu de la difficulté à le mettre en œuvre dans l’état actuel du droit. La façon dont elle a décrit la situation de nombreuses épouses au moment de la rupture du mariage et lors des négociations traduit précisément les problèmes

probably correct when she stated that traditional rules of law were inadequate to ensure that fair support bargains are reached. If courts cannot control the validity rules to ensure that only fair bargains are upheld, they may be able to accomplish the same end by expanding the range of cases where a court can override the support provisions of a valid agreement.

When Wilson J. raised the concept of unconscionability as a limiting factor on upholding settlement agreements in the trilogy, she was referring to a flaw in the formation of a contract, not to a test to override a domestic contract. In *Leopold*, Wilson J. seems to treat “unconscionability” as a potential threshold test to override a valid support agreement. [Emphasis added.]

180 I will further explore the doctrine of unconscionability, as well as the relative merits of Wilson J.’s approach, later in these reasons. I find *Leopold* of interest at this stage of the analysis because it provides a clear example of the trend noted in *Wilkinson, supra*, at para. 49: “[i]n essence, the courts are looking for ways to circumvent the strict standard imposed by *Pelech* in order to ensure a fair result”. The impetus to do so — to tip the balance away from finality and towards fairness where these goals appear incompatible on the facts of a given case — is in keeping with the significant shift that has taken place in both the statutory framework and the family law jurisprudence of this Court since the trilogy was decided more than 15 years ago.

181 It is also in keeping with a broader and more realistic understanding of the operation of contractual relationships that has emerged in both academic literature and case law in recent years, discrediting earlier, more abstract or formalistic notions of contract law (see Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-13 to 1-20). A legal scholar, Professor J.-G. Belley, for instance, has concluded from his extensive field-work that parties use commercial contracts primarily as a framework for ongoing cooperation, rather than as a conflict resolution tool for allocating gains and losses in the event of a litigated dispute between the parties (see *Le contrat entre droit, économie et*

auxquels font face les avocats qui représentent des clients dépendants. C’est probablement à juste titre qu’elle a indiqué que les règles de droit traditionnelles ne permettaient pas d’assurer la conclusion d’ententes alimentaires justes. Si les tribunaux ne peuvent contrôler les règles de validité pour assurer que seules les conventions alimentaires équitables sont maintenues, ils peuvent arriver au même résultat en élargissant l’éventail des situations dans lesquelles ils peuvent passer outre aux dispositions d’une entente valide.

Lorsque la juge Wilson a invoqué le concept de la lésion en tant que facteur limitatif des conventions dans la trilogie, elle se référait à un vice de formation du contrat, et non pas à un critère permettant d’écartier un contrat familial. Dans *Leopold*, la juge Wilson semble interpréter le « caractère lésionnaire » comme un critère préliminaire qui pourrait permettre au tribunal d’écartier une entente alimentaire valide. [Je souligne.]

Plus loin dans mes motifs, j’examine de manière plus approfondie le principe de la lésion et les mérites de l’approche de la juge Wilson. La décision *Leopold* me paraît digne d’intérêt à ce stade de l’analyse car elle illustre clairement la tendance dégagée dans *Wilkinson*, précité, par. 49 : [TRADUCTION] « [e]ssentiellement, les tribunaux cherchent à contourner la norme stricte imposée par *Pelech* afin d’arriver à un résultat équitable ». Le fondement de cette orientation — insister moins sur la recherche du règlement définitif mais davantage sur l’équité lorsque ces objectifs paraissent incompatibles au vu des faits du litige — témoigne éloquemment de l’importance des changements survenus dans le régime législatif et dans la jurisprudence de la Cour, en droit de la famille, pendant les 15 ans écoulés depuis la trilogie.

Cette tendance va également dans le sens d’une interprétation plus large et plus réaliste, dans la doctrine et la jurisprudence récentes, du fonctionnement des rapports contractuels, qui critique les anciennes notions plus abstraites ou formalistes du droit des contrats (voir Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-13 à 1-20). Par exemple, le professeur J.-G. Belley conclut de ses importants travaux sur le terrain que les parties se servent principalement des contrats commerciaux pour encadrer une coopération continue, plutôt que comme outil de résolution de conflits visant à répartir les pertes et les bénéfices en cas de litige (voir *Le contrat entre droit, économie et*

société: *Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean* (1998)). As Belley outlines, over the long term, commercial contracts are voluntarily adjusted by the parties, because the parties prioritize preserving their contractual relationship (see also L. M. Friedman, *American Law in the 20th Century* (2002), at p. 385). They thus work towards mutual accommodation, rather than resorting to judicial intervention to resolve conflicts when they arise. The emphasis is placed on adapting and maintaining the relationship, rather than on one party or the other triumphing in a court battle. The contract structures and facilitates continuous cooperation between the parties. In other words, in practice parties prefer to keep their commercial contracts flexible and adaptable, rather than seeking rigid enforcement through judicial institutions.

It is thus important to recognize that, while separation agreements are indeed unique as I will discuss in more detail below, even in commercial law settings contracts are not designed to be, nor are they understood as, unalterable. We must resist the temptation to reify or mythologize the “sanctity” or “finality” of contract, particularly in the field of family law, which primarily concerns the management of human relationships at some of their most sensitive points. That Parliament has resisted this temptation in the family law context is evident in the fact that, in the 1985 Act, separation agreements are recognized as but one of the factors to be taken into account in applications for corollary relief under s. 15.2. It is to a discussion of this statutory framework, as well as the contemporary spousal support jurisprudence of this Court, that I now turn.

(4) The Current Statutory and Jurisprudential Context

Both the 1985 Act itself and this Court’s recent family law jurisprudence dictate that a case-by-case evaluation of fairness and compatibility with the statutory objectives — not an axiomatic insistence on finality — must guide courts in applications for

société : *Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean* (1998)). Belley souligne qu’à long terme, les parties adaptent volontairement les contrats commerciaux, parce que leur priorité est le maintien de leur relation contractuelle (voir aussi L. M. Friedman, *American Law in the 20th Century* (2002), p. 385). Elles s’emploient donc à trouver un terrain d’entente mutuelle plutôt que de recourir aux tribunaux pour résoudre les conflits qui surviennent. On privilégie l’adaptation et le maintien de la relation, plutôt que le triomphe d’une partie sur l’autre dans des affrontements judiciaires. Le contrat structure et facilite la coopération continue entre les parties. Autrement dit, les parties préfèrent en pratique que leurs contrats commerciaux demeurent flexibles et adaptables, au lieu d’en rechercher l’application rigide auprès des institutions judiciaires.

Il importe donc de reconnaître que, bien que la nature des ententes de séparation reste tout à fait particulière, comme je le discuterai plus loin, même dans le contexte du droit commercial, les conventions ne sont pas conçues comme immuables, ni traitées comme telles. Nous devons résister à la tentation de réifier ou d’ériger en mythe le « caractère sacré » ou le « caractère définitif » du contrat, surtout dans le contexte du droit de la famille qui intéresse essentiellement la gestion des relations humaines à leurs points les plus névralgiques. Le fait que, dans la Loi de 1985, les ententes de séparation aient été reconnues comme un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération dans les requêtes en mesures accessoires fondées sur l’art. 15.2, révèle clairement que, dans le cadre du droit de la famille, le législateur a résisté à cette tentation. Je passe maintenant à l’analyse de ce cadre législatif et de la jurisprudence contemporaine de la Cour en matière d’aliments entre époux.

(4) Le contexte législatif et jurisprudentiel actuel

La Loi de 1985 et la jurisprudence récente de la Cour en droit de la famille exigent que, dans les requêtes en mesures accessoires en vertu de l’art. 15.2, les tribunaux évaluent cas par cas les solutions équitables et conformes aux objectifs de la loi,

182

183

corollary relief under s. 15.2, even in the face of an existing separation agreement.

(i) *The Statute*

184 As McLachlin J. (as she then was) stated in *Moge*, spousal support is, “first and last, a [matter] of statutory interpretation. . . [I]n the end the judge must return to what Parliament has said on the subject” (p. 877). What Parliament had to say in the 1968 Act, under which the trilogy was decided, differs markedly from what it had to say in the 1985 Act.

185 Under the 1968 statutory framework, the “means and needs” test was the exclusive criterion for support. The 1968 Act provided that:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the husband,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the husband and the children of the marriage; and

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having

plutôt que d’insister de manière axiomatique sur le caractère définitif, des ententes de séparation antérieures.

(i) *La Loi*

Dans l’arrêt *Moge*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) écrit au sujet des obligations alimentaires entre conjoints « qu’il s’agit, avant tout, d’une question d’interprétation législative [et qu’] en fin de compte, le juge doit se reporter à ce que le législateur a dit à ce sujet » (p. 877). L’énoncé législatif contenu dans la Loi de 1968, qui régissait les arrêts de la trilogie, diffère sensiblement de celui que l’on retrouve dans la Loi de 1985.

Dans le cadre législatif de 1968, le critère des « ressources et des besoins » était le critère exclusif de l’obligation alimentaire. La Loi de 1968 disposait :

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s’il l’estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l’état et des facultés de chacune d’elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir :

a) une ordonnance enjoignant au mari d’assurer l’obtention ou d’effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l’entretien

- (i) de l’épouse,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) de l’épouse et des enfants du mariage;

b) une ordonnance enjoignant à l’épouse d’assurer l’obtention ou d’effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l’entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l’administration et à l’éducation des enfants du mariage.

(2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l’occasion ou révoquée par le tribunal qui l’a rendue s’il l’estime juste et approprié

regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

The 1968 Act was silent on the question of support objectives. However, as L'Heureux-Dubé J. outlined in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, “[w]hat was not spelled out in the 1968 Act was quickly made up by the courts”, which adopted the clean break theory of support, assuming that the “economic self-sufficiency of either spouse could and should be achieved as soon as possible after the divorce” (para. 22). As I noted above, the trilogy, in establishing a strict threshold test for judicial intervention in separation agreements, both reflected and promoted this approach.

In 1985, Parliament replaced what Abella J.A. termed the “linguistic and conceptual minimalism” of s. 11 of the former *Divorce Act* with a “comprehensive scheme for support” (paras. 60-61). For ease of reference, I reproduce the relevant spousal support provisions of the 1985 Act here:

15.2 (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse.

(4) In making an order under subsection (1) 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.

compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

La Loi de 1968 restait muette sur la question des objectifs de la pension alimentaire. Cependant, comme la juge L'Heureux-Dubé le souligne dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, « [c]e que la loi de 1968 n'explicitait pas, la jurisprudence allait rapidement y suppléer » par l'adoption de la théorie de la rupture nette en matière d'aliments, suivant la présomption que « l'indépendance économique [des] conjoints pouvait et devait s'acquérir dans les meilleurs délais après le divorce » (par. 22). On a vu que la trilogie reflète et favorise cette démarche par l'imposition d'un critère préliminaire strict à l'intervention des tribunaux dans les ententes de séparation.

186

En 1985, le législateur a remplacé ce que la juge Abella appelle le [TRADUCTION] « minimalisme linguistique et conceptuel » de l'art. 11 de l'ancienne *Loi sur le divorce* par un « cadre détaillé relativement à la pension alimentaire » (par. 60-61). Par souci de commodité, je reproduis les dispositions de la Loi de 1985 pertinentes à la question du soutien alimentaire entre époux :

187

15.2 (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

(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.

(6) An order made under subsection (1) or an interim order under subsection (2) that provides for the support of a spouse should

- (a) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;
- (b) apportion between the 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 spouses arising from the breakdown of the marriage; and
- (d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

188 While I express no opinion on whether the trilogy's stringent threshold test was truly organic to the 1968 Act, a plain reading of the 1985 Act reveals that neither the trilogy's strict threshold, nor the values upon which it is grounded, have survived. The creation of a fundamentally different statutory environment is evidenced by two aspects of the 1985 Act that were entirely absent from the earlier Act and that are inconsistent with the trilogy: (1) the articulation in s. 15.2(6) of four specific spousal support objectives and (2) the inclusion of separation agreements in s. 15.2(4) as one of the factors relevant to the exercise of judicial discretion in an application for corollary relief.

189 These provisions require courts to engage in a more nuanced analysis than that required under the 1968 Act when considering a question of support and the basis for it. The starting point for this analysis, whether or not an agreement is in issue, is the objectives for spousal support articulated in s. 15.2(6): recognizing the economic advantages or disadvantages arising from the marriage or its breakdown; apportioning the financial consequences of childcare; relieving economic hardship arising from the breakdown of the marriage; and promoting, in so far as practicable, the economic self-sufficiency of the spouses within a reasonable period of time. The structure of s. 15.2(6) dictates, as this Court has repeatedly emphasized, that "[n]o

(6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise :

- a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les 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 d'eux dans un délai raisonnable.

Je ne me prononce pas sur la question de savoir si le critère préliminaire strict de la trilogie était véritablement une composante organique de la Loi de 1968, mais il est clair, à la simple lecture de la Loi de 1985, que ni le critère préliminaire strict de la trilogie, ni les valeurs qui le fondent, n'ont survécu. L'inclusion dans la Loi de 1985 de deux éléments incompatibles avec la trilogie et qui n'existaient pas dans la loi antérieure témoigne de la mise en place d'un régime législatif fondamentalement différent : (1) l'énumération, au par. 15.2(6), de quatre objectifs spécifiques à la pension alimentaire et (2) l'inclusion des ententes de séparation, au par. 15.2(4), parmi les facteurs pertinents dans l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire en matière de mesures accessoires.

Ces dispositions obligent les tribunaux à entreprendre une analyse plus nuancée que celle que leur imposait la Loi de 1968 sur la question des aliments et de leur justification. Qu'une entente soit en cause ou non, l'analyse débute avec les objectifs énoncés au par. 15.2(6) en matière d'aliments entre époux : prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec; répartir les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants; remédier à toute difficulté économique que cause l'échec du mariage; favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique des époux dans un délai raisonnable. La Cour a souligné à maintes reprises que la structure du par. 15.2(6)

single objective is paramount; all must be borne in mind” (*Moge, supra*, at p. 852; *Bracklow, supra*, at para. 35). The statute does not support the position that a final agreement relieves the court of the obligation to apply all four of the objectives of spousal support in an application for corollary relief under s. 15.2. The effect of the trilogy’s strict threshold for judicial intervention is the “almost automatic” adoption of the terms of an agreement. This prevents the court from being attentive to, and in many cases defeats, one or more of Parliament’s specified objectives (see the comments of Misener L.J.S.C. in *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (Ont. H.C.), at p. 286). The trilogy’s requirement of a radical and unforeseen change in circumstances that is causally connected to the marriage is thus fundamentally incompatible with the requirements of s. 15.2(6) of the governing statute.

More broadly, s. 15.2(6) significantly qualifies the role of one of the key philosophies underlying the trilogy’s strict threshold: that parties should be required to achieve self-sufficiency quickly and permanently in order to facilitate a clean break. While self-sufficiency is referenced in s. 15.2(6), it is only one of four objectives. The very language of the 1985 Act precludes courts from granting self-sufficiency the pre-eminence it is accorded in the trilogy. This is particularly so given that self-sufficiency is the only qualified objective in s. 15.2(6) (“in so far as practicable”), which means that continuing need is an ongoing concern and not one that in the opinion of Parliament ends at the time of the separation or is always to be determined at that time. The court, in other words, must be closely attuned to what may be ongoing difficulties flowing from the breakup of the marriage relationship. Moreover, under s. 15.2, even where economic self-sufficiency has been attained, this will not necessarily dispose of a support application (see *Moge, supra*, at p. 852). In determining the right to, and the quantum and duration of spousal support, the court must also have regard, for instance, to the objectives of recognizing the economic advantages

signifie qu’« [a]ucun objectif en particulier n’est prédominant; il faut tous les avoir à l’esprit » (*Moge*, précité, p. 852; *Bracklow*, précité, par. 35). La loi n’étaye pas l’interprétation selon laquelle l’existence d’une entente définitive dégage le tribunal de l’obligation d’appliquer les quatre objectifs des aliments entre conjoints dans une requête en mesures accessoires fondée sur l’art. 15.2. L’effet du critère préliminaire strict auquel la trilogie assujettit l’intervention des tribunaux est d’enterrer presque automatiquement les modalités des ententes. Il empêche donc le tribunal de considérer les objectifs spécifiquement prévus par le législateur, et dans bien des cas il leur fait échec (voir les commentaires du juge Misener dans *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (H.C. Ont.), p. 286). Par conséquent, l’exigence qu’impose la trilogie d’un changement radical et imprévu, rattaché au mariage par un rapport de causalité est fondamentalement incompatible avec les prescriptions du par. 15.2(6) de la loi actuelle.

De façon plus large, le par. 15.2(6) limite considérablement le rôle d’une des idées essentielles qui inspirent le critère préliminaire strict de la trilogie, la conception voulant que les parties soient tenues de parvenir à l’indépendance économique rapidement et définitivement, afin de faciliter une rupture nette entre elles. Même si le par. 15.2(6) fait état de l’indépendance économique, cette dernière ne représente qu’un de ses quatre objectifs. Le libellé même de la Loi de 1985 interdit aux tribunaux d’accorder à l’indépendance économique la prédominance dont elle jouit dans la trilogie. Cela est d’autant plus vrai que l’indépendance économique est le seul objectif du par. 15.2(6) auquel est apportée une précision (« dans la mesure du possible »). Cet ajout signifie que la persistance des besoins du conjoint demeure une préoccupation durable, selon le législateur, et non pas un problème qui prend fin à la séparation ou auquel on doit toujours apporter une solution définitive au moment de celle-ci. Autrement dit, le tribunal doit rester sensible aux difficultés qui résultent de l’échec du mariage et qui persistent. De plus, suivant l’art. 15.2, même l’accession à l’indépendance économique n’est pas nécessairement déterminante dans une demande d’aliments (voir *Moge*, précité, p. 852). Lorsqu’il statue sur le droit d’un conjoint

or disadvantages arising from the marriage or its breakdown and apportioning the financial burden of childcare.

191 The fact that the 1985 Act mandates a flexible and contextual approach to spousal support is underscored by the Act's treatment of support agreements themselves. The 1985 Act, in contrast to the 1968 Act, makes specific reference to agreements, including them in s. 15.2(4) among the factors a court must consider in determining whether to order spousal support. In this sense, as McLachlin J. noted in *Bracklow, supra*, in the 1985 Act “[c]ontractual support obligations, while not new, were given new emphasis” (para. 18). The extent of this emphasis, however, is limited by the structure of s. 15.2(4) itself. While agreements are enumerated as one factor to be taken into account in spousal support applications, they are not to be accorded primacy. Given this statutory framework, it is inappropriate to continue to apply the trilogy's radical change and causal connection test, the effect of which is to render the agreement the decisive factor in all but the most exceptional circumstances.

192 In *Richardson, supra*, La Forest J. argued against allowing separation agreements the kind of compelling weight the majority in effect accorded them by limiting judges' discretion to vary agreements to those cases where radical or catastrophic changes have occurred since the agreement was made. He stated, at pp. 883-84:

Even if I thought that the adoption of such a judicial policy would have the desired effect, I do not think we are given the power to do this at the expense of those whom Parliament sought to protect by giving jurisdiction to a judge to order what he or she thinks is “fit and just” having regard to the factors spelled out in the legislation. Parliament's policy, as Chouinard J. noted, is one of “intentional flexibility” aimed at meeting the variegated

à des aliments et fixe leur montant et leur durée, le tribunal doit aussi considérer, par exemple, l'impact des avantages et des inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec ainsi que la répartition des conséquences économiques du soin des enfants.

Les dispositions de la Loi de 1985 sur les ententes alimentaires elle-mêmes démontrent bien que la Loi préconise une démarche souple et contextuelle en matière d'aliments entre conjoints. Contrairement à la Loi de 1968, la Loi de 1985 renvoie spécifiquement aux ententes en les incluant au par. 15.2(4) parmi les facteurs pertinents quand le tribunal décide s'il rendra une ordonnance alimentaire au profit d'un conjoint. En ce sens, comme la juge McLachlin le fait remarquer dans *Bracklow*, précité, « [l]es obligations alimentaires contractuelles, sans être inédites, se voyaient accorder une importance nouvelle » (par. 18) sous le régime de la Loi de 1985. La structure même du par. 15.2(4) apporte toutefois une limite à cette importance. Les ententes figurent dans l'énumération des facteurs à considérer dans les demandes d'aliments entre époux, mais le texte de la législation ne leur reconnaît pas un caractère prédominant. Vu ce cadre législatif, il n'est pas approprié de continuer à appliquer le critère de la trilogy exigeant un changement radical ayant un lien de causalité avec le mariage, qui fait de l'entente le facteur décisif dans tous les cas, sauf les plus exceptionnels.

Dans l'arrêt *Richardson*, précité, le juge La Forest conteste l'attribution par la majorité d'une influence déterminante aux conventions de séparation en limitant le pouvoir discrétionnaire des juges de les modifier aux seuls cas où des changements radicaux ou catastrophiques se sont produits depuis leur conclusion. Il affirme (aux p. 883-884) :

Même si je croyais que l'adoption d'une telle politique judiciaire aurait l'effet souhaité, je ne crois pas que nous ayons le pouvoir de le faire aux dépens de ceux que le Parlement a voulu protéger en donnant au juge le pouvoir d'ordonner ce qu'il estime «juste et approprié», compte tenu des facteurs énoncés dans la Loi. La politique du législateur fédéral, comme le juge Chouinard l'a noté, en est une de «souplesse voulue»

situations a trial judge must face in divorce matters. I am confident that trial judges are in a better situation to respond to this policy than appeal court judges; trial judges hear the matter first hand. Parliament obviously took this view in vesting the discretion in them. Theirs is the task of making the decision, weighing the factors prescribed by the Act. Courts of appeal undoubtedly have a role within the limits previously described, in seeing that trial judges properly exercise their discretion by adequately weighing the factors they are required to consider, but the search for precision must be confined within the intentionally flexible policy adopted by Parliament. There is no flexibility in a judicially created policy that requires a judge to exercise his or her discretion to do what is fit and just in accordance with the provisions of a separation agreement unless radical changes have occurred since the agreement was made. Under such a policy, the judge's discretion simply becomes no more than one to vary a separation agreement when subsequent radical circumstances have occurred. This, in my view, amounts to rewriting the Act. This we have no right to do. [Emphasis added.]

La Forest J. did not carry the day with this view in *Richardson*, but his words have enhanced meaning under the 1985 statutory framework. While the 1968 Act was silent on the matter, the 1985 Act specifically entrenches a flexible approach to agreements by defining them as but one factor to consider on an application for support. A plain reading of the statute does not support the view that an agreement can either be unduly privileged over the other factors enumerated in s. 15.2(4), or considered independently from the court's broader analysis of the support objectives codified in s. 15.2(6). There is thus a fundamental disconnect between the current statutory framework and the trilogy's approach in treating an agreement as a "virtually binding force unless radical changes have since occurred" (*Richardson*, p. 884).

qui vise à répondre aux diverses situations auxquelles le juge de première instance doit faire face en matière de divorce. Je suis assuré que le juge de première instance est mieux placé pour donner suite à cette politique que les juges des tribunaux d'appel; le juge de première instance est directement saisi de l'affaire. Le législateur, de toute évidence, était de cet avis quand il l'a investi de ce pouvoir discrétionnaire. Il a pour tâche de rendre une décision en soupesant les facteurs prescrits par la Loi. Les tribunaux d'appel ont sans aucun doute le rôle, dans les limites déjà décrites, de s'assurer que le juge de première instance exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire, en soupesant adéquatement les facteurs dont il est obligé de tenir compte; mais cette recherche de précision doit respecter la politique de souplesse voulue adoptée par le législateur. Il n'y a aucune souplesse dans une politique créée par les tribunaux, qui oblige le juge à exercer son pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, en conformité avec les dispositions d'une convention de séparation, à moins que des changements radicaux ne se soient produits depuis que la convention a été conclue. En vertu d'une telle politique, le pouvoir discrétionnaire du juge devient simplement le pouvoir de modifier une convention de séparation lorsqu'un changement de circonstances radical est survenu ultérieurement. Cela équivaut, à mon avis, à récrire la Loi, ce que nous n'avons pas le droit de faire. [Je souligne.]

L'opinion du juge La Forest n'a pas prévalu dans *Richardson*, mais ses propos ont une résonnance encore plus importante sous le régime législatif de 1985. Alors que la Loi de 1968 était muette sur la question, la Loi de 1985 consacre expressément la validité d'une approche souple lorsqu'elle définit les ententes comme un facteur parmi d'autres que le tribunal doit peser dans l'examen d'une demande de pension alimentaire. À sa simple lecture, la Loi actuelle n'établit pas la thèse selon laquelle une entente puisse primer indûment sur les autres facteurs énumérés au par. 15.2(4), soit être appréciée indépendamment de l'analyse générale par le tribunal des objectifs de la pension alimentaire codifiés au par. 15.2(6). Le cadre législatif actuel s'écarte donc fondamentalement de la démarche préconisée par la trilogie, suivant laquelle l'entente possède une « force virtuellement obligatoire sauf si des changements radicaux sont survenus depuis [sa] conclusion » (*Richardson*, p. 884).

194 As I will discuss in more detail later in these reasons, what flows naturally from the language of the 1985 Act is an approach that requires the court to evaluate the parties' agreement at the time of the application for corollary relief to see if it meets the objectives for spousal support enumerated in s. 15.2(6). The degree to which the agreement realizes these objectives in light of all of the parties' circumstances at the time of the application will be the determining factor in according it finality.

(ii) *The Case Law*

195 The conclusion I have reached based on a plain reading of the 1985 Act — that neither the trilogy's strict threshold test for judicial intervention in a support agreement nor the underlying values on which it is based have survived — is fully supported by the recent jurisprudence of this Court. The contemporary framework cases on spousal support, *Moge* and *Bracklow*, do not directly address the continued validity of the trilogy's threshold test for judicial intervention in the spousal support provisions of a final agreement. However, both espouse a contextual approach to spousal support that is fundamentally inconsistent with the emphasis on absolute autonomy, formal equality, and deemed self-sufficiency that grounded the trilogy's privileging of finality, even at the expense of fairness. This contextual approach reflects the varied models of marriage and is sensitive to the difficulties inherent in unbundling a marital relationship. It is also grounded in a broader notion of causation which seeks to fully address the consequences of the marriage as time and circumstances unfold in respect of the need for support.

196 At the heart of L'Heureux-Dubé J.'s analysis of the rationales for spousal support in *Moge* is the statutory imperative that I outlined above: in determining the entitlement to and the quantum of support, the Court's starting point must be all four of the objectives outlined in s. 15.2(6) of the 1985 Act.

Comme je le préciserai plus loin, l'approche découlant naturellement du libellé de la Loi de 1985 veut que le tribunal examine l'entente des parties au moment de la requête en mesures accessoires pour vérifier si elle est conforme aux objectifs des aliments entre époux énumérés au par. 15.2(6). Le degré de conformité de l'entente avec les objectifs, eu égard à la situation des parties au moment où la requête est présentée, détermine son « caractère définitif ».

(ii) *La jurisprudence*

La jurisprudence récente de notre Cour appuie pleinement la conclusion à laquelle j'arrive à la simple lecture de la Loi de 1985 — que ni le critère préliminaire strict auquel la trilogie assujettit l'intervention des tribunaux à l'égard d'une entente alimentaire, ni les valeurs qui le sous-tendent n'ont survécu. Les arrêts de référence actuels en matière d'obligation alimentaire entre conjoints, soit *Moge* et *Bracklow*, n'abordent pas directement la question du maintien de la validité du critère préliminaire imposé par la trilogie à l'intervention des tribunaux dans les dispositions alimentaires entre conjoints dans une entente définitive. Cependant, ils préconisent tous deux, en la matière, une démarche contextuelle, fondamentalement incompatible avec la primauté accordée par la trilogie à l'autonomie absolue, à l'égalité formelle et à l'indépendance économique présumée, pour privilégier la recherche du règlement définitif au détriment de celle de la solution équitable. La démarche contextuelle reflète les divers modèles de mariage et elle s'adapte aux exigences du règlement des difficultés inhérentes à la dissolution d'une relation maritale. Elle se fonde également sur un concept plus large de la causalité qui vise à prendre pleinement en compte les conséquences du mariage avec le temps, et l'évolution des circonstances, à l'égard de la nécessité des aliments.

L'orientation législative dont je fais état plus haut se situe au cœur de l'analyse faite par la juge L'Heureux-Dubé des objectifs de l'obligation alimentaire entre époux dans *Moge* : lorsqu'il statue sur le droit aux aliments et sur leur montant, le tribunal entreprend d'abord un examen de chacun des

Citing *Payne on Divorce* (2nd ed. 1988), at p. 101, L'Heureux-Dubé J. noted that the diversity of these objectives reflects Parliament's recognition that the “economic variables of marriage breakdown and divorce do not lend themselves to the application of any single objective” (*Moge, supra*, at p. 851 (emphasis added by L'Heureux-Dubé J.)). More particularly, she noted that there is no statutory basis for granting pre-eminence to the objective of self-sufficiency. Instead, taken together, the 1985 Act's spousal support objectives demand a broader approach. These objectives, each of which is predicated on the philosophy of marriage as a socio-economic partnership, “can be viewed as an attempt to achieve an equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown” (*Moge*, at p. 866).

In *Moge*, L'Heureux-Dubé J. stressed not only statutory language (i.e., the diversity of support objectives) but also social policy in concluding that Parliament in the 1985 Act intended to move away from deemed self-sufficiency and towards what has come to be known as the compensatory model of spousal support. In relation to the social context in which support orders are made, she stated, at pp. 853 and 857:

In Canada, the feminization of poverty is an entrenched social phenomenon. . . .

It would be perverse in the extreme to assume that Parliament's intention in enacting the Act was to financially penalize women in this country. And, while it would undeniably be simplistic to identify the deemed self-sufficiency model of spousal support as the sole cause of the female decline into poverty, based on the review of the jurisprudence and statistical data set out in these reasons, it is clear that the model has disenfranchised many women in the court room and countless others who may simply have decided not to request support in anticipation of their remote chances of success. The theory, therefore, at a minimum, is contributing to the problem.

The “ethos of deemed self-sufficiency”, which allows for the creation of a clean break between

quatre objectifs définis au par. 15.2(6) de la Loi de 1985. Citant *Payne on Divorce* (2^e éd. 1988), p. 101, la juge L'Heureux-Dubé fait remarquer que la diversité de ces objectifs traduit la reconnaissance par le législateur du fait que « les variables économiques liées à l'échec du mariage et au divorce ne se prêtent pas à l'application d'un seul objectif » (*Moge*, précité, p. 851 (soulignement ajouté par la juge L'Heureux-Dubé)). Elle souligne plus particulièrement que la loi ne justifie pas la reconnaissance d'une primauté à l'objectif d'indépendance économique. Considérés ensemble, les objectifs de la Loi de 1985 en matière d'aliments entre époux invitent plutôt à l'emploi d'une approche plus large. Tous fondés sur une philosophie du mariage comme association socio-économique, ces objectifs « peuvent être considérés comme une tentative de parvenir à un partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec » (*Moge*, p. 866).

Rappelant non seulement le libellé de la loi, c.-à-d. la diversité des objectifs des aliments, mais aussi les questions de politique sociale en jeu, la juge L'Heureux-Dubé conclut dans *Moge* que, par la Loi de 1985, le législateur avait l'intention de s'éloigner de l'indépendance économique présumée pour se rapprocher de ce qu'on appelle aujourd'hui le modèle compensatoire des aliments entre époux. Sur le contexte social des ordonnances alimentaires, elle ajoute cette remarque (aux p. 853 et 857) :

Au Canada, la féminisation de la pauvreté est un phénomène social bien établi. . . .

Il serait insensé de prétendre que le législateur, en adoptant la Loi, avait l'intention de désavantager financièrement les femmes au Canada. Il serait indéniablement simpliste de soutenir que la pension alimentaire entre époux fondée sur le modèle de l'indépendance économique présumée est la seule cause d'appauvrissement des femmes; mais, il demeure que, selon la jurisprudence et les données statistiques que je viens de mentionner, il est évident que ce modèle a privé de leurs droits non seulement un grand nombre de femmes, devant les tribunaux, mais aussi un nombre incalculable de femmes qui ont peut-être simplement renoncé à demander des aliments devant le peu d'espoir d'obtenir gain de cause. En conséquence, la théorie contribue, à tout le moins, au problème.

L'« éthique de l'indépendance économique présumée », qui permet une rupture nette, que

spouses whether or not the conditions of self-sufficiency for the dependent spouse have *in fact* been met, fails to recognize the lived reality of many women both during a marriage and after its breakdown (*Moge*, at p. 853; see also Bailey, *supra*, at p. 633). As L'Heureux-Dubé J. explained, the disadvantages flowing from marriage and its breakdown tend to fall disproportionately on women because of the roles that they frequently assume during the relationship (particularly, but not exclusively, in longer term marriages or marriages involving children). Disadvantages such as time out of the work force or foregoing educational and training opportunities may irreparably and permanently affect women's prospects for self-sufficiency and render short-term, "sink or swim" support inadequate.

l'époux dépendant ait acquis ou non dans les faits une indépendance économique, oublie la réalité de la vie d'un bon nombre de femmes, durant le mariage ou à la suite de son échec (*Moge*, p. 853; voir aussi Bailey, *loc. cit.*, p. 633). Comme la juge L'Heureux-Dubé l'explique, les femmes subissent disproportionnellement les inconvénients qui découlent du mariage et de son échec en raison des rôles qu'elles assument fréquemment dans le mariage (tout particulièrement, mais non exclusivement, dans les mariages de longue durée ou avec enfants). Ainsi, l'absence du marché du travail ou la renonciation aux possibilités d'études ou de formation durant le mariage peuvent compromettre de façon permanente et irrémédiable les chances des femmes de devenir économiquement indépendantes et rendre inadéquates les pensions alimentaires à court terme, qui condamnent le récipiendaire au naufrage s'il ne réussit pas à se débrouiller très rapidement, pour devenir effectivement autonome.

¹⁹⁹ L'Heureux-Dubé J.'s emphasis on social context in *Moge* contrasts sharply with Wilson J.'s reluctance in the trilogy to acknowledge systemic gender inequality in establishing the threshold for judicial intervention in spousal support agreements. L'Heureux-Dubé J.'s approach, though not formulated specifically in relation to spousal support agreements, is more in keeping with La Forest J.'s dissent in *Richardson*, in which he insisted that it was "not paternalism, but realism" (p. 877) to recognize continuing disparities along gender lines in spouses' bargaining power and ability to become economically self-sufficient following marriage breakdown. L'Heureux-Dubé J. noted in *Moge*, that while "there will be the occasional marriage where both spouses . . . either mak[e] no economic sacrifices for the other or, more likely, mak[e] them equally", such cases "would appear to be rare". In these "utopian scenario[s]", the former spouses may be able to make a clean break and proceed with their respective lives, but in a majority of cases the marriage will have involved economic sacrifices by one spouse, typically the wife, and corresponding economic benefits to the other (pp. 864-65). The logic of compensatory support

L'accent mis sur le contexte social par la juge L'Heureux-Dubé dans *Moge* contraste vivement avec la réticence de la juge Wilson à reconnaître, dans la trilogie, l'existence d'une inégalité systémique entre les sexes lorsqu'elle établit le critère préliminaire de l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre conjoints. L'approche prônée par la juge L'Heureux-Dubé, même si elle ne vise pas spécifiquement les ententes alimentaires entre conjoints, s'accorde mieux avec la dissidence du juge La Forest dans *Richardson*. Dans cet arrêt, le juge La Forest soulignait que ce n'est pas du « paternalisme, mais plutôt du réalisme » (p. 877) de reconnaître que des disparités persistent entre époux et épouses dans leur pouvoir de négociation et dans leur capacité de devenir économiquement indépendants après l'échec du mariage. La juge L'Heureux-Dubé note, dans *Moge*, qu'il peut exister « à l'occasion un mariage où les deux conjoints [ne font] aucun sacrifice économique au profit de l'autre ou, ce qui est plus probable, [font] l'un et l'autre des sacrifices équivalents », mais que de tels cas « semblent rares ». Dans cette « vision utopique », les anciens conjoints peuvent réaliser une rupture nette et poursuivre ainsi leur chemin mais, dans la plupart des cas, toutefois, le mariage aura

requires that these respective roles be reflected in the spousal support arrangement (at p. 864):

The doctrine of equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown upon its dissolution which, in my view, the Act promotes, seeks to recognize and account for both the economic disadvantages incurred by the spouse who makes such sacrifices and the economic advantages conferred upon the other spouse. Significantly, it recognizes that work within the home has undeniable value and transforms the notion of equality from the rhetorical status to which it was relegated under a deemed self-sufficiency model, to a substantive imperative.

The fundamental incompatibility between the trilogy and *Moge* lies, in large part, in this shift away from an insistence on formal equality towards a recognition of the substantive equality of the spouses in the marriage and at the time of the separation. Having regard to Parliament's goal of equitably apportioning the economic consequences of the marriage and its breakdown requires courts, in awarding spousal support, to address in a realistic and practical manner the consequences of the parties' relationship and its breakup.

Moge's movement away from the "clean break" model is also reflected in L'Heureux-Dubé J.'s recognition that the objectives of support enumerated in the 1985 Act encompass non-compensatory, as well as compensatory, considerations (p. 865). This idea emerges as the central theme of *Bracklow*. In *Bracklow*, McLachlin J. reasoned that, even in the absence of a contractual or compensatory foundation, spouses may have support obligations where their former partners have need and they have the capacity to pay. In reaching this conclusion, McLachlin J. found that the direction in s. 15.2(4) that the judge consider the "condition, means, needs and other circumstances of each spouse" invites "an inquiry that goes beyond compensation to the actual situation of the parties at the time of the application" (para. 40). Similarly, two of the objectives in

exigé des sacrifices économiques de la part d'un conjoint — habituellement l'épouse — et accordé des bénéfices économiques correspondants à l'autre conjoint (p. 864-865). La logique de la pension alimentaire compensatoire veut que l'entente relative au soutien alimentaire reflète leurs rôles respectifs durant le mariage (à la p. 864) :

Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec au moment de la rupture que vise, selon moi, la Loi cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre. Il reconnaît, et c'est significatif, la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que rhétoriquement dans le modèle de l'indépendance économique présumée.

L'incompatibilité fondamentale entre la trilogie et l'arrêt *Moge* tient dans une large mesure à ce que ce dernier, au lieu de mettre l'accent sur l'égalité formelle, privilégie la reconnaissance de l'égalité matérielle des époux pendant le mariage et au moment de la séparation. Pour réaliser l'objectif du législateur de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec, les tribunaux qui statuent sur le soutien alimentaire entre époux doivent examiner de façon réaliste et concrète les conséquences de la relation des conjoints et de la rupture de celle-ci.

La distance prise dans l'arrêt *Moge*, par rapport au modèle de la « rupture nette » se traduit également dans la constatation par la juge L'Heureux-Dubé que les objectifs des pensions alimentaires, selon la Loi de 1985, comportent des facteurs tant compensatoires que non compensatoires (p. 865). Cette idée devient le thème central de l'arrêt *Bracklow*. Dans cet arrêt, la juge McLachlin explique que, même en l'absence de fondement contractuel ou compensatoire, les époux peuvent conserver des obligations alimentaires s'ils ont la capacité de payer et que leurs ex-partenaires se trouvent dans le besoin. La juge McLachlin conclut d'abord que la volonté législative exprimée par le par. 15.2(4), soit la prise en compte par le juge « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux », incite « à aller plus loin que la

200

201

s. 15.2(6) — relieving economic hardship arising from the breakdown of the marriage and promoting economic self-sufficiency to the extent practicable — are sufficiently broad to encompass non-compensatory support (paras. 41-42).

202 At the root of *Bracklow* is the recognition that marriage may create a complex web of interdependencies that are not always appropriately addressed by the clean break model of marriage and support, which stresses the parties' independence. An alternate model, which in McLachlin J.'s view is reflected in ss. 15.2(4) and 15.2(6) of the statute, is that of "mutual obligation", which takes a somewhat broader view of the expectations and obligations that flow from marriage. As this Court recently stated in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83: "people who marry can be said to freely accept mutual rights and obligations" (*per* Bastarache J., at para. 55). The mutual obligation model conceptualizes marriage as an "economic partnership . . . built upon a premise (albeit rebuttable) of mutual support" and recognizes that it is artificial to assume "that all separating couples can move cleanly from the mutual support status of marriage to the absolute independence status of single life" (*Bracklow*, at paras. 32 and 31). As McLachlin J. stated, "it is . . . important to recognize that sometimes the goals of actual independence are impeded by patterns of marital dependence, that too often self-sufficiency at the time of marriage termination is an impossible aspiration" (para. 32). Where this is the case, and where compensatory support is not indicated, a party with the ability to pay may have an obligation based in the marriage relationship itself to continue to meet or contribute to the needs of a former spouse after the break. Realizing the goal of dealing equitably with the economic consequences of marriage breakdown in certain circumstances may require no less.

question de l'indemnisation pour examiner la situation réelle des parties au moment de la demande » (par. 40). De manière analogue, deux des objectifs du par. 15.2(6) — remédier à toute difficulté économique que cause l'échec du mariage et favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique — sont suffisamment larges pour englober la pension alimentaire non compensatoire (par. 41-42).

La base de l'arrêt *Bracklow* se retrouve dans la reconnaissance que le mariage peut créer un réseau complexe d'interdépendances que le modèle de la rupture nette en matière de soutien alimentaire ne prend pas toujours adéquatement en compte, en raison du primat qu'il accorde à l'indépendance des parties. Un autre modèle qui se dégage, selon la juge McLachlin, des par. 15.2(4) et (6) de la loi, celui de l'"obligation mutuelle", se fonde sur une conception plus large des attentes et des obligations découlant du mariage. Comme la Cour le souligne dans l'arrêt récent *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, « on peut dire des personnes qui se marient qu'elles ont librement accepté des droits et obligations réciproques » (le juge Bastarache, par. 55). Suivant le modèle de l'obligation mutuelle, le mariage constitue une « association économique qui repose sur la prémissse (bien que réfutable) de l'obligation alimentaire mutuelle » et il est irréaliste « de supposer que tous les couples qui se séparent pourront facilement passer de l'obligation alimentaire mutuelle du mariage à l'indépendance absolue du célibat » (*Bracklow*, par. 32 et 31). Comme l'affirme la juge McLachlin, « il est [...] important de reconnaître que les objectifs d'indépendance réelle sont parfois entravés par des formes de dépendance maritale, que trop souvent l'indépendance économique à la fin du mariage est une utopie » (par. 32). Lorsque c'est le cas et qu'il n'y a pas lieu à pension alimentaire compensatoire, une partie capable de payer, peut devoir assumer une obligation de continuer à subvenir aux besoins de son ancien conjoint ou d'y contribuer après la rupture, qui se fonde sur la relation de mariage elle-même. Dans certaines circonstances, il arrive que la réalisation de l'objectif de règlement équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage ne commande rien de moins.

McLachlin J.'s contextual approach to the marital relationship in *Bracklow* stands in vivid contrast to Wilson J.'s more narrow approach in the trilogy. By way of example, McLachlin J.'s conclusion that in certain circumstances a potentially lifelong support obligation — there are, as she says, "no magical cut-off dates" (para. 57) — may arise out of the marriage relationship conflicts with Wilson J.'s view in *Pelech* that "to burden the respondent with [Mrs. Pelech's] care fifteen years after their marriage has ended for no other reason than that they were once husband and wife seems to me to create a fiction of marital responsibility at the expense of individual responsibility" (*Pelech, supra*, at p. 852). Similar discord flows from McLachlin J.'s finding that the former spouse, rather than the state, is in many circumstances the appropriate ultimate provider of non-compensatory support where a needy partner cannot attain post-marital self-sufficiency. By contrast, Wilson J. held that where a former spouse seeking corollary relief in the face of an existing agreement cannot establish that he or she has "suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage . . . the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state" (*Pelech*, at pp. 851-52). For McLachlin J., the approach is broad and contextual: "the desirability of freedom to move on to new relationships is merely one of several objectives that might guide the judge" (*Bracklow*, at para. 57). For Wilson J., the clean break is paramount: "[The parties] made the decision to marry and they made the decision to terminate their marriage. Their decisions should be respected. They should thereafter be free to make new lives for themselves without an ongoing contingent liability for future misfortunes which may befall the other" (*Pelech*, at p. 851).

Bracklow, like *Moge*, thus emphasizes a more holistic and fact-based approach to spousal support, in keeping with the diversity of factors and objectives in the 1985 Act. The recognition in *Moge* and

203

L'analyse contextuelle de la relation maritale faite par la juge McLachlin dans l'arrêt *Bracklow* contraste vivement avec la conception plus étroite que s'en fait la juge Wilson dans la trilogie. Par exemple, la conclusion de la juge McLachlin qu'une obligation alimentaire à vie — selon elle, il n'y a « pas de date limite magique » (par. 57) — peut parfois découler de la relation de mariage ne se concilie pas avec l'opinion de la juge Wilson, qui affirme dans *Pelech*: « [I]l me semble qu'imposer à l'intimité le fardeau de prendre soin [de Mme Pelech], quinze ans après la rupture de leur mariage, pour la seule raison qu'ils ont déjà été mariés revient à créer une fiction de responsabilité conjugale aux dépens de la responsabilité individuelle » (*Pelech*, précité, p. 852). Cette divergence d'opinion ressort aussi de la conclusion de la juge McLachlin selon laquelle il revient à juste titre à l'ancien conjoint, plutôt qu'à l'État, d'être dans bien des cas le fournisseur ultime d'aliments non compensatoires lorsque le partenaire dans le besoin ne réussit pas à atteindre l'indépendance économique après le mariage. En revanche, la juge Wilson statue que lorsqu'un ancien conjoint qui sollicite des mesures accessoires en présence d'une convention existante ne peut établir qu'il ou elle « a été victime d'un changement radical de circonstances, découlant d'un état de dépendance économique engendré par le mariage, [...] l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État » (*Pelech*, p. 851-852). Pour la juge McLachlin, en pareil cas, l'approche est large et contextuelle : « l'avantage de la liberté de poursuivre son chemin vers de nouvelles relations n'est qu'un seul des divers objectifs susceptibles de guider le juge » (*Bracklow*, par. 57). Pour la juge Wilson, la recherche de la rupture nette doit prévaloir : « [Les parties] ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l'autre » (*Pelech*, p. 851).

204

Comme *Moge*, l'arrêt *Bracklow* prône donc une approche plus globale et fondée sur les faits en matière d'aliments entre conjoints, qui respecte ainsi la diversité des facteurs et des objectifs de

Bracklow that the relationship of marriage often creates complicated and gender-based interdependences that cannot adequately be addressed by stressing formal equality or deemed self-sufficiency is incompatible with the mantra of individualism that underscores the trilogy: individual choice, individual responsibility, and individual autonomy. *Moge* and *Bracklow* provide compelling support for the proposition that it is inappropriate to defer to a support agreement based on unrealistic assumptions about the absolute autonomy or deemed self-sufficiency of the parties. The paradigm shift evident in this Court's jurisprudence on the rationales for spousal support bolsters the conclusion that I reached above based on a plain reading of the statute: the trilogy's radical change and causal connection threshold test for judicial intervention in "final" agreements can no longer stand.

205 To be consistent with the developments in this Court's jurisprudence, the threshold test that replaces it must be one that insists on the substantive equality of the parties during the marriage and at the time of separation, by ensuring that the agreement equitably apportions the economic consequences of the marriage and its breakdown. Before turning to a discussion of the contours of such a test, I think it appropriate to make some prefatory comments about the nature of separation and support agreements themselves.

B. *The Unique Nature of Separation and Spousal Support Agreements*

206 Separation and support agreements aim to disentangle complex relationships and interdependences. As Bala and Chapman, *supra*, comment, separation agreements are "uniquely significant" contracts that have a "profound and personal effect" on the individuals who enter into them (p. 1-2). Nevertheless, some commentators suggest that contract law principles would provide an adequate means of redressing any injustices that may arise between parties to such agreements (see M. Menear, "*Miglin v. Miglin — Judicial Assault*

la Loi de 1985. La reconnaissance dans les arrêts *Moge* et *Bracklow* que le mariage engendre souvent des interdépendances complexes et différentes selon le sexe, ce dont les principes d'égalité formelle ou d'indépendance économique présumée ne tiennent pas dûment compte, est inconciliable avec l'invocation rituelle des valeurs de l'individualisme qui sous-tend la trilogie : le choix individuel, la responsabilité individuelle et l'autonomie individuelle. *Moge* et *Bracklow* appuient de façon convaincante la proposition selon laquelle il ne faut pas s'en remettre à une entente alimentaire fondée sur des hypothèses peu réaliste sur l'autonomie absolue ou l'indépendance économique présumée des parties. Le changement de paradigme qui ressort de notre jurisprudence sur les fondements du soutien alimentaire entre époux renforce la conclusion que j'ai tirée à la simple lecture de la loi : le critère préliminaire du changement radical et du lien de causalité établi par la trilogie pour l'intervention des tribunaux dans des conventions « définitives » ne tient plus.

Pour respecter l'évolution de la jurisprudence de la Cour, le nouveau critère préliminaire doit privilégier l'égalité matérielle des parties pendant le mariage et à la séparation de façon à vérifier que l'entente répartit équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Avant de traiter des paramètres d'un tel critère, je crois utile de formuler quelques remarques liminaires sur la nature même des accords de séparation et des ententes alimentaires.

B. *La nature particulière des accords de séparation et des ententes alimentaires entre époux*

Les accords de séparation et les ententes alimentaires entre époux visent à dénouer des relations et des interdépendances complexes. Comme l'exposent Bala et Chapman, les accords de séparation sont des contrats [TRADUCTION] « singulièrement importants » ayant une « profonde incidence personnelle » sur les individus qui les concluent (p. 1-2). Certains commentateurs affirment néanmoins que les principes du droit des contrats peuvent efficacement remédier aux injustices touchant les parties à de tels accords (voir M. Menear, « *Miglin v.*

on Individual Liberty" (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119). I disagree.

As I outlined above, in *Moge and Bracklow*, this Court emphasized the importance of a contextual approach to spousal support, which not only respects the diversity of marital relationships, but also recognizes the social and socio-economic realities that shape parties' roles within these relationships and upon marital breakdown. The private contractual model is blind to these realities and is therefore fundamentally incompatible both with the contextual approach to spousal support propounded by this Court and with the language of the 1985 Act.

Under the private contractual model, contracts may only be set aside if they are unconscionable in that they shock the conscience of the court. For a contract to be deemed unconscionable, there must be both a substantial inequality of bargaining power between the parties that is exploited by the stronger party who preys upon the weaker and substantial unfairness or improvidence in the terms of the agreement (see *Bala and Chapman, supra*, at pp. 1-7 and 1-8; *Mundinger v. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338 (Ont. C.A.), aff'd (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n (S.C.C.)). The stringency of the test for unconscionability reflects the strong presumption that individuals act rationally, autonomously and in their own best interests when they form private agreements. Non-enforcement of the parties' bargain is only justified where the transaction is so distorted by unequal bargaining power that this presumption is displaced. It is inherently problematic to apply this strict standard, which is more appropriate to arm's-length commercial transactions, in the polar opposite negotiating context of family separation and divorce.

The effect of the private contractual model generally, and the doctrine of unconscionability more specifically, is to preclude any recognition of the unique context in which separation agreements are made and the special circumstances that they are intended to govern. Separation agreements are often negotiated in situations that are emotionally charged. Their negotiation may be further complicated by

Miglin — Judicial Assault on Individual Liberty » (2002), 20 *C.F.L.Q.* 119). Je ne suis pas de cet avis.

207

Nous avons vu que, dans *Moge et Bracklow*, notre Cour souligne l'importance de l'approche contextuelle en matière d'aliments entre époux, approche qui non seulement respecte la diversité des relations maritales mais prend également acte des réalités sociales et socio-économiques qui façonnent les rôles des parties dans ces relations et à la rupture. Oublieux de ces réalités, le modèle contractuel privé reste fondamentalement inconciliable avec l'approche contextuelle préconisée par notre Cour en matière de soutien alimentaire entre époux et avec le libellé de la Loi de 1985.

208

Suivant le modèle contractuel privé, on ne peut écarter les contrats que s'ils sont abusifs en ce qu'ils choquent la conscience du tribunal. Pour qu'un contrat soit jugé tel, il faut retrouver à la fois une forte inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, dont tire profit la partie en position de force qui exploite la partie plus faible, et une grave iniquité ou imprévoyance dans les dispositions de l'accord (voir *Bala et Chapman, loc. cit.*, p. 1-7 et 1-8; *Mundinger c. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338 (C.A. Ont.), conf. par (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n (C.S.C.)). La rigueur du critère du caractère abusif reflète fortement une présomption que les individus agissent dans leur intérêt, de manière rationnelle et autonome, lors de la conclusion d'ententes privées. La non-exécution de l'entente des parties ne peut se justifier que si l'inégalité du pouvoir de négociation a faussé la transaction à tel point que cette présomption s'en trouve réfutée. L'application de cette norme stricte pose problème en soi car elle convient davantage à des transactions commerciales impersonnelles, situées à l'antipode du contexte de négociation d'une séparation et d'un divorce.

209

De manière générale, le modèle contractuel privé, et, plus spécifiquement, le recours au concept d'entente abusive empêche la prise en compte du contexte particulier des accords de séparation et des situations spéciales qu'elles sont censées régir. Or, souvent l'émotivité marque profondément la négociation de ces accords. Son déroulement peut en outre être compliqué par les incidences des

what are typically gender-based inequities in bargaining positions between the parties. In addition, separation agreements are inherently prospective in nature and, as family law experts stress, the parties may have difficulty accurately forecasting how the economic consequences of their marriage and its breakdown will play out over time. See M. Shaffer and C. Rogerson, "Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*" (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (paper originally presented to the National Family Law Program (Kelowna, B.C., July 14-18, 2002), at pp. 67-71; Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-32 to 1-35.

210 In cases of marriage breakdown, it is not appropriate to require that circumstances rise to the level of unconscionability before parties' agreements will be reopened. Settlement agreements are formed in an environment where the assumptions underpinning the enforceability of freely chosen bargains do not apply to the same extent as in the commercial context. This was Wilson J.'s concern in *Leopold*, where she stressed that settlement agreements are negotiated in a unique emotional climate, involving much more subtle bargaining inequalities than are at play in a commercial context (see also J. G. McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 R.F.L. (4th) 216, at p. 219). I share Wilson J.'s concerns in this respect, although I disagree with her conclusion, and that of the majority in this case, that the solution to this problem lies, in part, in revising the common-law doctrine of unconscionability itself.

211 In my view, one does not need to entertain a heavy-handed or paternalistic view of the propriety of judicial intervention to "save people from themselves" in order to express scepticism about the background negotiating conditions for separation agreements and about whether, in light of these conditions, waivers of support can always be taken at face value. As La Forest J. observed in dissent in *Richardson*, *supra*, in the stressful circumstances of divorce "many people . . . do very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel" (p. 883). J. D. Payne and M. A. Payne echo the conclusion

inégalités de sexe dans le pouvoir de négociation des parties. De plus, les accords de séparation demeurent de nature intrinsèquement prospective. Comme le soulignent les experts en droit de la famille, il peut être difficile pour les parties de prévoir exactement les conséquences économiques du mariage et de son échec. Voir M. Shaffer et C. Rogerson, « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003), 21 *C.F.L.Q.* 49 (exposé présenté pour la première fois dans le cadre du Colloque national sur le droit de la famille à Kelowna (C.-B.), 14 au 18 juillet 2002), p. 67-71; Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-32 à 1-35.

Dans le cas de l'échec du mariage, on ne doit pas exiger que la situation atteigne le seuil de l'abusif pour réexaminer l'accord des parties. Les accords de séparation interviennent dans un contexte où les postulats sur lesquels repose la force obligatoire d'ententes librement conclues ne s'appliquent pas de la même façon que dans le cadre commercial. Cette situation préoccupait la juge Wilson dans *Leopold*, lorsqu'elle soulignait que les accords sont passés dans un climat d'émotivité spécial, où interviennent des inégalités de pouvoir de négociation beaucoup plus subtiles que dans le contexte commercial (voir aussi J. G. McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)* (1995), 15 R.F.L. (4th) 216, p. 219). Je partage les préoccupations de la juge Wilson à cet égard, mais je ne souscris pas à sa conclusion, ni à celle des juges majoritaires dans cette affaire, d'après lesquels la solution au problème réside en partie dans le réexamen du concept même de l'entente abusive en common law.

À mon sens, il n'est pas nécessaire d'adopter un point de vue dirigiste ou paternaliste qui voudrait que l'intervention des tribunaux puisse servir à « protéger les gens contre eux-mêmes », pour exprimer un certain scepticisme sur le contexte de la négociation des accords de séparation et se demander de savoir si, compte tenu de ces conditions, les renonciations aux aliments doivent toujours être prises à la lettre. En dissidence dans *Richardson*, précité, le juge La Forest fait remarquer que, dans les circonstances stressantes du divorce, « bien des gens [. . .] font des choses contraires au bon sens et qui sont loin d'être le fait d'adultes raisonnables,

that optimal bargaining is unlikely to take place in the negotiation of settlement agreements in *Dealing with Family Law: A Canadian Guide* (1993), at p. 78:

In the typical divorce scenario, spouses negotiate a settlement, often with the aid of lawyers, at a time when they are still experiencing the emotional trauma of marriage breakdown. Spouses who have not come to terms with the death of their marriage and who feel guilty, depressed or angry in consequence of the marriage breakdown are ill-equipped to form decisions of a permanent and legally binding nature.

One possible effect of this emotionally charged negotiating environment is that spouses may seek to end things quickly and finally and may fail to assess the long-term impact of the breakup. The rush to be free of the relationship may significantly impede the process of weighing and balancing the economic advantages and disadvantages flowing from the marriage and its breakdown and ensuring that these advantages and disadvantages are accurately reflected in the support agreement.

In addition to the inherent emotional stress of separation and divorce, inequalities in bargaining power rooted in the nature of the parties' marital relationship may also have a negative impact on the negotiation of settlement agreements, as Shaffer and Rogerson suggest at p. 70. Subtle pressures may be at work even where the parties have negotiated over a long period of time, and even where there is proof they both received independent legal advice. Well-established patterns governing a couple's interaction may continue to manifest themselves during the negotiating process. For instance, a spouse who depended on and deferred to his or her partner throughout the marriage may continue to do so at the bargaining table. Alternatively, a legacy of abuse may continue to colour the parties' interactions as they work out the details of a support agreement. See Shaffer and Rogerson, *supra*, at p. 70; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at pp. 218-19; G. Stotland and M. R. Siminovitch, "Renunciation to Spousal Support — The Great Escape" (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159, at p. 166;

même lorsqu'ils ont recours à un conseiller juridique » (p. 883). Dans *Dealing with Family Law : A Canadian Guide* (1993), p. 78, J. D. Payne et M. A. Payne se font l'écho de la conclusion que les ententes de séparation ne se négocient probablement pas dans des conditions optimales :

[TRADUCTION] Dans le scénario typique d'un divorce, les époux négocient le règlement de leurs affaires, souvent avec l'aide d'avocats, dans une période où ils vivent encore le traumatisme émotif de l'échec de leur mariage. Les époux qui n'ont pas accepté la fin de leur mariage et qui se sentent coupables, déprimés ou en colère par suite de l'échec du mariage ne sont pas en mesure de prendre des décisions à caractère permanent et exécutoire.

Ce contexte de négociation émotivement chargé peut inciter les époux à chercher à en finir rapidement et définitivement, sans évaluer les conséquences à long terme de la rupture. La précipitation des parties à s'affranchir de la relation conjugale peut nuire considérablement au bon fonctionnement du processus de pondération des avantages et des désavantages économiques qui résultent du mariage et de son échec et à leur prise en compte dans l'entente alimentaire.

Outre le stress émotif inhérent à la séparation et au divorce, l'inégalité du pouvoir de négociation des parties qui résulte de la nature de leur relation maritale peut aussi entraîner des effets négatifs sur la négociation des conventions, comme l'indiquent Shaffer et Rogerson (p. 70). De subtiles pressions sont susceptibles de jouer même lorsque la négociation s'étend sur une longue période, et même en présence de la preuve que les parties ont toutes deux reçu des conseils juridiques indépendants. Les habitudes fortement ancrées d'un couple dans sa façon d'interagir peuvent continuer de se manifester au cours de la négociation. Par exemple, un époux qui, pendant toute la durée du mariage, dépendait de l'autre ou s'en remettait à ses décisions peut conserver le même comportement à la table de négociation. De même, les séquelles des mauvais traitements subis influencent encore l'interaction des parties qui établissent les modalités d'une entente alimentaire. Voir Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 70; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 218-219; G. Stotland et M. R. Siminovitch,

M. Neave, "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, at pp. 125-26.

213 In some situations, it may ultimately be such power dynamics that determine the content of an agreement, rather than an objective assessment of how best to equitably distribute the economic consequences of the marriage and its breakdown. C. Martin notes that there is some evidence to suggest that support claimants receive less through negotiation than might be ordered by the courts. Martin sees this evidence as reflective of the fact that support claimants are systematically disadvantaged in the negotiating process (see "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135, at pp. 139 and 156). I find the comments of Shaffer and Rogerson at p. 71, pertinent in this respect:

The continuing prevalence of waivers and time-limits in spousal support agreements, even in "core" spousal support cases involving marriages of significant duration with children, suggests that there may be something in the structure of bargaining around spousal support that allows the obligation to be whittled down. It also suggests that there are serious concerns about how free and fully informed some of the contractual choices about bringing finality to the spousal support obligation really are, thus undermining arguments in favour of contractual freedom and autonomy. [Emphasis added.]

214 Comments such as these underscore the importance of recognizing the degree to which social and economic factors may constrain individuals' choices at the bargaining table (see Neave, *supra*, at p. 122). The inequalities in bargaining power at play in the settlement process are not gender neutral. As this Court stressed in *Moge* at p. 850, in many (if not most) marriages, the wife remains the economically disadvantaged partner. Though marriage relationships are, in general, becoming more egalitarian, there continues to be a disjunction between the principle of equality and the lived economic and personal reality of many married women, and the law

« Renunciation to Spousal Support — The Great Escape » (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 159, p. 166; M. Neave, « Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law' » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, p. 125-126.

Dans certains cas, cette dynamique du pouvoir peut en dernière analyse dicter le contenu d'un accord, plutôt que l'évaluation objective de la meilleure façon de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec. C. Martin note qu'il existe des raisons de croire que les demandeurs d'aliments reçoivent moins en négociant qu'en sollicitant une ordonnance judiciaire. Selon lui, ces indications suggéreraient que le processus de négociation désavantage systématiquement les demandeurs d'aliments (voir, « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *R.D.U.T.* 135, p. 139 et 156). Les commentaires de Shaffer et Rogerson me paraissent pertinents à cet égard (à la p. 71) :

[TRADUCTION] La pratique encore très répandue d'insérer des renonciations et des limites de temps dans les ententes alimentaires entre conjoints, même dans des cas de mariage de longue durée et avec enfants, donne à penser qu'il y a dans la structure de négociation de la pension alimentaire quelque chose qui permet de restreindre la portée de l'obligation. Elle laisse également entrevoir de sérieuses réserves sur le caractère véritablement libre et éclairé de certains choix contractuels censés conférer un caractère définitif à l'obligation alimentaire entre conjoints, ce qui affaiblit les arguments en faveur de la liberté contractuelle et de l'autonomie. [Je souligne.]

Ce type de commentaire montre qu'il importe de reconnaître à quel point les facteurs sociaux et économiques peuvent limiter les choix des parties à la table de négociation (voir Neave, *loc. cit.*, p. 122). Les inégalités du pouvoir de négociation dans le processus de règlement ne sont pas neutres. Comme la Cour le souligne dans *Moge*, p. 850, l'épouse demeure désavantagée économiquement dans bon nombre des mariages, sinon la plupart. Bien que les relations de mariage tendent de façon générale à devenir plus égalitaires, un écart persiste entre le principe de l'égalité et la réalité économique et personnelle vécue par un grand nombre de femmes

needs to be able to recognize and to accommodate the situations where this disjunction exists.

We should also recognize that it is typically women who come to the bargaining table as the financially dependent spouse, and hence the more vulnerable party in the negotiating process. Where this is the case, their freedom to negotiate may be significantly constrained by pressure to reach a timely settlement in light of financial need and other stresses, such as the inability to marshal other sources of support during the negotiations, and the fear of losing custody of, or access to, the children. See Bailey, *supra*, at p. 616; Neave, *supra*, at pp. 117 and 125-26; Stotland and Siminovitch, *supra*, at pp. 165-66 and 168; Martin, *supra*, at pp. 146-48.

The unconscionability test is blind to these and other subtle ways in which the economic disparities between the parties and the parties' respective familial roles, both of which continue to be gender-based, may play into the negotiating process and significantly influence its outcome. The test that governs judicial intervention in spousal support agreements must be one that is responsive to these realities.

The new test must also be sensitive to the unique nature of the agreements the parties are negotiating. Unconscionability, as a retrospective doctrine which is concerned solely with the moment of contract formation, is inadequate to do so, even in the revised form suggested by Wilson J. in *Leopold* (see Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-9 and 1-35; Shaffer and Rogerson, *supra*, at p. 94). Separation agreements may "require individuals to make predictions about every aspect of their future lives" and, as Bala and Chapman note, such prospective assessments are "inherently speculative" (p. 1-3); see also Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 68-69. Their accuracy may be undermined by the emotional overlay that characterizes marital breakdown and by the gendered disparities in bargaining power that I described above. Even where this is not the case, it may nonetheless be difficult for the parties to assess how the economic consequences of the marriage and its breakdown will unfold over time. Shaffer

mariées, et le droit doit conserver la capacité de reconnaître ce type de situation et de s'y adapter.

Nous devrions également reconnaître que c'est la femme qui arrive habituellement comme conjoint financièrement dépendant à la table des négociations, et donc la partie plus vulnérable dans ce processus. Lorsque c'est le cas, sa liberté de négocier peut être considérablement restreinte par la nécessité de parvenir à un règlement rapide, en raison de ses besoins financiers et de l'impact de problèmes tels que l'incapacité d'obtenir d'autres formes de soutien au cours des négociations ou la crainte de perdre le droit de visite ou la garde des enfants. Voir Bailey, *loc. cit.*, p. 616; Neave, *loc. cit.*, p. 117 et 125-126; Stotland et Siminovitch, *loc. cit.*, p. 165-166 et 168; Martin, *loc. cit.*, p. 146-148.

Le concept de l'entente abusive ignore ce type de considérations et les autres manières subtiles dont les disparités économiques entre les parties et leurs rôles respectifs dans la famille — qui continuent de différer selon le sexe — entrent en jeu dans le processus de négociation et en déterminent largement l'issue. Le critère qui régit l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre époux doit répondre à ces réalités.

Le nouveau critère doit aussi prendre acte de la nature singulière des accords que négocient les parties. Le critère du caractère abusif de l'accord, comme principe de nature rétrospective qui ne concerne que le moment de la formation du contrat, n'est pas adapté à cette fin, même sous la forme modifiée que propose la juge Wilson dans *Leopold* (voir Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-9 et 1-35; Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 94). Les accords de séparation peuvent [TRADUCTION] « exiger des individus qu'ils prédisent tous les aspects de leurs vies futures » alors que, comme le soulignent Bala et Chapman, ces prédictions relèvent [TRADUCTION] « essentiellement de la conjecture » (p. 1-3); voir aussi Shaffer et Rogerson, p. 68-69. Ces prévisions peuvent être faussées par le climat émotif de l'échec du mariage et par des inégalités de pouvoir de négociation selon le sexe décrites plus haut. Même lorsque ce n'est pas le cas, il peut être néanmoins difficile pour les parties de prévoir les conséquences du

215

216

217

and Rogerson suggest, for instance, that parties “routinely underestimate the time it will take a formerly dependent spouse to overcome the economic disadvantages of the marriage and become self-sufficient” (p. 68). The law should be able to take into account the fact that, for a myriad of reasons, parties at the time of separation may not have the clear-sighted ability to project their circumstances into the future, and may thus negotiate agreements that will not in fact equitably distribute the economic consequences of the marriage and its breakdown as they play out over time.

218 Given these realities, the private contractual model — and similarly any model based on the assumptions that underlie it — has limited value in the spousal support context. Even where an agreement is not strictly speaking unconscionable, it may nonetheless be inappropriate for the court to uphold it. While it is important to respect the will of the parties, courts cannot assume that the parties’ spousal support agreements necessarily provide a clear and transparent guide to their intentions, which, as in any area of the law, are often difficult to ascertain. In the family law context, the parties’ “freedom” to contract may be significantly constrained by social and economic factors, and may be decidedly unequal. An agreement may be a product of many implicit, as well as explicit, compromises. It may reflect fundamentally flawed assumptions about how the consequences of the marriage and its breakdown will affect the parties’ post-divorce lives. In light of these factors, I question the desirability of a policy of excessive deference that puts the courts in the position of enforcing support agreements because they are presumed to represent the objective expression of the parties’ free will. While representation by competent counsel is advisable, even necessary, in this context and while professional advisors should certainly seek a proper settlement and most do, the presence of counsel will not always be sufficient to redress these problems.

passage du temps sur les retombées économiques du mariage et de son échec. Shaffer et Rogerson soulignent par exemple que les parties [TRADUCTION] « sous-estiment couramment le temps que prendra l’époux anciennement dépendant pour surmonter les inconvénients économiques liés au mariage et devenir autonome » (p. 68). Le droit devrait pouvoir tenir compte du fait que, pour de multiples raisons, les parties peuvent, à la séparation, se trouver dépourvues de la clairvoyance nécessaire pour projeter leur situation dans le futur et ainsi négocier des accords qui, dans les faits, ne répartiront pas équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec telles qu’elles apparaîtront au fil des années.

Compte tenu de ces réalités, le modèle contractuel privé — et, similairement, tout modèle fondé sur les mêmes prémisses — est d’une utilité limitée dans le contexte des aliments entre époux. Même lorsque l’entente ne peut être qualifiée d’abusive à proprement parler, sa confirmation par le tribunal peut néanmoins s’avérer inappropriée. S’il importe de respecter la volonté des parties, les tribunaux ne sauraient présumer que les ententes alimentaires entre époux reflètent toujours leur intention de façon claire, voire transparente. Comme dans tout domaine du droit, cette intention reste souvent difficile à cerner. En droit de la famille, des facteurs sociaux et économiques peuvent restreindre considérablement la « liberté » contractuelle des parties, et cette liberté peut devenir décidément inégale. Un accord peut résulter de nombreux compromis implicites ou explicites. Il arrive qu’il traduit des prémisses fondamentalement erronées quant à la manière dont les conséquences du mariage et de son échec se feront sentir dans la vie des parties après le divorce. Vu ces facteurs, je m’interroge sur l’opportunité d’une politique de déférence excessive qui conduit les tribunaux à entériner des ententes alimentaires parce qu’elles sont présumées l’expression objective de la libre volonté des parties. Bien que, dans ce contexte, la représentation des parties par des avocats compétents soit recommandable, voire nécessaire, et que les conseillers professionnels doivent rechercher un règlement satisfaisant, et le fassent pour la plupart, la présence de leur avocat ne suffira pas toujours à remédier à ces problèmes.

C. Did the Court of Appeal Err in Applying a Change-Based Test?

If the trilogy test is no longer good law, and contract principles are insufficient to deal with the inequities that may flow from family law dynamics, the question then becomes what threshold test should govern the exercise of judicial discretion under s. 15.2 of the 1985 Act to modify the support provisions of a separation agreement or to enter a new support order in the face of an existing agreement. Abella J.A., in her reading of what she termed the *Divorce Act's* “linguistic tea leaves”, held that the threshold for varying a subsisting support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2 is whether there has been a material change in the parties' circumstances since the agreement was made. Only where this threshold is met, is the agreement itself evaluated with reference to the objectives in s. 15.2(6) of the 1985 Act.

I agree with the majority that Abella J.A. was in error in establishing a change-based threshold under s. 15.2. I think it important to emphasize, however, that my reasons for so holding go beyond the inconsistency between a change-based threshold and the language of s. 15.2(4) itself. The imposition of a change-based threshold gives rise to broader difficulties in attempting to meet the objectives in s. 15.2(6) in a way that is appropriately attentive to the unique aspects of spousal support agreements.

Abella J.A. begins her analysis with the recognition that, based on the language in the 1985 Act and this Court's contemporary, more contextual approach to spousal support, the trilogy's strict threshold test for judicial intervention in support agreements no longer applies. While I agree with her characterization of the support provisions of the 1985 Act as a whole, as well as her analysis of the recent trends in this Court's jurisprudence, I find inherently problematic Abella J.A.'s more narrowly

C. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant un critère de changement?

Si le critère défini par la trilogie n'est plus valide en droit, et si les principes contractuels ne suffisent pas pour remédier aux injustices susceptibles de découler de la dynamique du droit de la famille, il faut alors s'interroger sur la nature du critère préliminaire approprié à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, conféré à l'art. 15.2 de la Loi de 1985, de modifier les dispositions alimentaires d'un accord de séparation ou de rendre une nouvelle ordonnance alimentaire en présence d'un accord existant. Interprétant ce qu'elle appelle les [TRADUCTION] « feuilles de thé linguistiques » de la *Loi sur le divorce*, la juge Abella conclut que, dans le cadre d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, le critère d'intervention dans une entente alimentaire en vigueur doit être identifié à l'arrivée d'un changement important dans la situation des parties depuis la conclusion de l'entente. La réalisation de cette condition constitue un préalable nécessaire à tout examen de l'entente elle-même, au regard des objectifs du par. 15.2(6) de la Loi de 1985.

Comme la majorité, j'estime que la juge Abella fait erreur en retenant un critère préliminaire de changement pour l'application de l'art. 15.2. Cependant, mes raisons de conclure ainsi dépassent le seul constat de l'incompatibilité entre un critère préliminaire de changement et le libellé même du par. 15.2(4). En effet, le critère préliminaire de changement accroît la difficulté de se conformer aux objectifs énoncés au par. 15.2(6) tout en accordant l'attention requise aux aspects distinctifs des ententes alimentaires entre époux.

La juge Abella commence son analyse en reconnaissant que, compte tenu du libellé de la Loi de 1985 et de l'approche contemporaine plus contextuelle de notre Cour en matière d'aliments entre époux, le critère préliminaire strict auquel la trilogie assujettit le pouvoir d'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires ne s'applique plus. Je suis d'accord avec sa caractérisation des dispositions relatives aux aliments dans l'ensemble de la Loi de 1985 ainsi que son analyse des tendances

219

220

221

focussed statutory analysis of both s. 15.2(4)(c) and the relationship between ss. 15 and 17 of the 1985 Act. In Abella J.A.'s view, the fact that orders and agreements are referred to together in s. 15.2(4)(c), while not determinative, may be interpreted as a signal of Parliament's intent that they be similarly treated. She thus reasoned that the standard for overriding the terms of a support agreement in an originating application under s. 15.2 should parallel the standard for varying a support order under s. 17(4) and adopted the change-based threshold test codified in s. 17 as the relevant threshold under s. 15.

222 In her attempt to root a change-based threshold under s. 15 in the provisions of the 1985 Act itself, Abella J.A. read into s. 15.2 something that is simply not there. The change threshold that she endorsed, and indeed any change-based threshold, accords a degree of finality to agreements that is inconsistent with the structure of s. 15.2(4) of the 1985 Act itself, which conceives of agreements as but one of the relevant factors for the court to consider in an application for corollary relief. The court's review of the relevant factors enumerated in s. 15.2(4) in relation to the objectives in s. 15.2(6) is not statutorily constrained by any explicit threshold test, as it is in s. 17. These aspects of s. 15.2 lend no support to the conclusion that Abella J.A. reached.

223 Even if the language and structure of s. 15.2 did not preclude the imposition of the material change-based threshold that Abella J.A. espoused, I would nonetheless reject any importation of this change-based test into s. 15.2. While the threshold proposed by Abella J.A. provides a level of assurance that the parties' arrangement will be upheld — in so far as an agreement can never be overridden where the required degree of change has not occurred — this degree of certainty comes at the expense of fairness, which may be considered only at the second stage of the analysis (see Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 75-76 and 86).

jurisprudentielles récentes de notre Cour. Toutefois, j'estime que son analyse de la loi plus particulièrement axée sur l'al. 15.2(4)c) et le lien entre les art. 15 et 17 de la Loi de 1985, pose fondamentalement problème. Selon la juge Abella, le fait que l'al. 15.2(4)c) mentionne ensemble les ordonnances et les ententes peut, sans être déterminant, dénoter l'intention du législateur de les traiter de manière similaire. Elle en déduit que la norme permettant d'écartier les clauses d'une entente alimentaire dans une demande initiale fondée sur l'art. 15.2 devrait correspondre à celle qui autorise la modification d'une ordonnance alimentaire sous le régime du par. 17(4), et adopte le critère préliminaire de changement codifié à l'art. 17 comme critère applicable à l'art. 15.

En tentant de baser un critère préliminaire de changement pour l'application de l'art. 15 sur les dispositions de la Loi de 1985, la juge Abella introduit dans l'art. 15.2 un élément qui ne s'y trouve pas. Le critère de changement qu'elle adopte, et en fait tout critère de changement, confère aux ententes un caractère définitif qui ne cadre pas avec la structure même du par. 15.2(4) de la Loi de 1985. Celui-ci prévoit, en effet, que les ententes ne sont qu'un facteur pertinent à considérer parmi d'autres lors de l'examen d'une requête en mesures accessoires. La loi n'assujettit le tribunal au respect d'aucun critère préliminaire explicite lorsqu'il examine la mise en application des facteurs pertinents énumérés au par. 15.2(4) au regard des objectifs du par. 15.2(6), contrairement au cas de l'art. 17. Ces caractéristiques de l'art. 15.2 n'appuient aucunement la conclusion de la juge Abella.

Même si le libellé et la structure de l'art. 15.2 n'excluaient pas le critère préliminaire de changement important que la juge Abella adopte, je n'accepterais pas son importation dans l'art. 15.2. Si le critère préconisé par la juge Abella donne aux parties une certaine assurance que leur arrangement sera maintenu — en ce sens que l'entente ne peut jamais être écartée en l'absence du degré de changement requis —, ce degré de certitude s'obtient au détriment du facteur d'équité qui ne peut être examiné qu'à la seconde étape de l'analyse (voir Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 75-76 et 86).

Under Abella J.A.'s test, if no material change has occurred, even patently unfair agreements cannot be reviewed or varied by the courts. As Bala and Chapman, *supra*, note at p. 1-37, the inevitable result of requiring an applicant to satisfy a material change threshold for judicial review is that, in some cases, those who should be entitled to a review will be denied access to the courts (see also *Champagne v. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL) (S.C.J.)). This outcome is inconsistent with the objectives of spousal support codified in s. 15.2 of the 1985 Act, as well as with broader notions of equity, equality and justice.

The likely result of a change-based threshold, as Ms. Miglin submitted, is that courts will manipulate the meaning of "change" to "deal with what are, essentially, fairness concerns". I agree with Shaffer and Rogerson that such manipulation is far less desirable than having courts directly and explicitly confront what constitutes a fair agreement at the initial stage of the analysis (pp. 83, 86 and 100-101). The risk that courts will be forced to manipulate what constitutes "change" will remain a problem under the majority's framework, which in effect requires a very substantial change before a court may intervene at the time of the s. 15.2 application if the agreement in question was not vitiated by a "fundamental flaw in the negotiation process" and appeared to have been in "substantial compliance" with the Act at the time it was executed. As I outlined above, family law experts stress that parties may not be able to adequately foresee all of the economic consequences of a marriage or its breakdown at the time they negotiate an agreement; over time, it may become clear that what seemed fair (or at least substantially compliant) at the outset, was not in fact so, even where there is no evidence of a material change in the circumstances of the parties. Though the majority uses the language of foreseeability, they interpret narrowly the range of circumstances that fall outside of the foreseeable. The result in some instances may be to prevent courts from redressing unfairness flowing from the parties'

Suivant le critère de la juge Abella, en l'absence d'un changement important, une entente même manifestement inéquitable ne peut être examinée ou modifiée par les tribunaux. Comme le font remarquer Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-37, imposer l'obligation pour le demandeur d'aliments de satisfaire aux exigences d'un critère préliminaire de changement important pour donner ouverture au contrôle judiciaire revient inévitablement, dans certains cas, à refuser l'accès aux tribunaux à des personnes qui devraient y avoir droit (voir aussi *Champagne c. Champagne*, [2001] O.J. No. 2660 (QL) (C.S.J.)). Ce résultat ne respecte pas les objectifs du soutien alimentaire entre époux tels que les codifie l'art. 15.2 de la Loi de 1985, ni les exigences des concepts plus larges d'équité, d'égalité et de justice.

Comme M^{me} Miglin le fait valoir, l'imposition d'un critère préliminaire de changement incitera vraisemblablement les tribunaux à manipuler le sens de « changement » afin de [TRADUCTION] « traiter de ce qui constitue, essentiellement, des considérations d'équité ». Je conviens avec les auteurs Shaffer et Rogerson qu'une telle manipulation est beaucoup moins souhaitable que la reconnaissance du pouvoir des tribunaux de débattre directement et explicitement du caractère équitable de la convention à l'étape initiale de l'analyse (p. 83, 86 et 100-101). Ce risque que les tribunaux se voient nécessairement réduits à manipuler le sens de la notion de « changement » demeure un problème dans le cadre établi par la majorité. En effet, l'approche de celle-ci assujettit en fait l'intervention du tribunal dans une demande fondée sur l'art. 15.2, à la démonstration préalable d'un changement très important lorsque l'entente en cause n'est pas entachée par un « vice fondamental dans le processus de négociation » et paraît être « conforme pour l'essentiel » à la Loi au moment où elle a été conclue. Comme je l'expose plus haut, les experts en droit de la famille soulignent que les parties peuvent ne pas être en mesure d'anticiper réellement les retombées économiques du mariage ou de son échec lorsqu'elles négocient un accord. Avec le passage du temps, il peut devenir évident que ce qui semblait juste au premier abord (ou à tout le moins conforme pour l'essentiel) ne le soit pas en réalité, et ce, même en l'absence de changement important

224

225

inability to accurately predict the long-term consequences of their marriage and its breakdown at the time they entered into their separation agreement.

226 I thus agree with Ms. Miglin's submission that a change-based threshold "imposes an artificial and unwarranted burden on a support claimant who is faced with an unfair agreement", and would add that this is so whether the change requirement serves as an initial threshold for judicial intervention (Court of Appeal) or plays a very significant role in whether the court intervenes in an agreement that appeared to have been in substantial compliance with the objectives of the 1985 Act at the time it was signed (majority). A change-based threshold must thus be rejected in favour of a fairness-based threshold in applications for corollary relief under s. 15.2. It is to a consideration of what fairness entails in this context that I now turn.

D. *The Proper Approach to Applications Under Section 15.2*

227 The appropriate threshold for overriding a support agreement in an application for corollary relief under s. 15.2 is whether the agreement is objectively fair at the time of the application. This test is based on the language of the statute, which gives the court a broad jurisdiction and a duty to ensure that matrimonial agreements prove to be consistent with the objectives of the law. It is also grounded in sound policy reasons which reflect the context in which these agreements are made and the complexities of the breakup of the marriage as they evolve in the parties' lives over time. It is in effect the approach endorsed by Shaffer and Rogerson, after a comprehensive review of the available alternatives, in their article

dans la situation des parties. Même s'ils parlent de prévisibilité, les juges majoritaires interprètent étroitement le type de circonstances qui échappent à la sphère du prévisible. Ce type d'interprétation pourrait, dans certains cas, empêcher les tribunaux de corriger des injustices découlant de l'incapacité pour les parties, au moment de signer leur entente de séparation, de prévoir avec exactitude les conséquences à long terme de leur mariage et de son échec.

J'accepte donc l'argument de M^{me} Miglin qu'un critère préliminaire de changement [TRADUCTION] « impose un fardeau artificiel et inutile au demandeur d'aliments qui est aux prises avec une entente inéquitable ». Son argument demeure valable que l'exigence de changement devienne le critère initial à l'intervention des tribunaux (Cour d'appel) ou qu'elle influe considérablement sur la décision du tribunal d'intervenir ou non à l'égard d'un accord qui, au moment de sa conclusion, paraissait conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi de 1985 (opinion majoritaire). Il faut par conséquent rejeter le critère préliminaire de changement en faveur d'un critère d'équité dans l'examen des requêtes en mesures accessoires en vertu de l'art. 15.2. Je considère maintenant ce que l'équité commande dans ce contexte.

D. *La marche à suivre dans les demandes fondées sur l'art. 15.2*

Dans le cas d'une requête en mesures accessoires en vertu de l'art. 15.2, le critère d'intervention du tribunal pour écarter une entente alimentaire est fondé sur l'équité objective de l'entente au moment de la requête. Ce critère se base sur le libellé de la loi, qui confère au tribunal la compétence générale et l'obligation de s'assurer de la conformité des conventions matrimoniales aux objectifs de la loi. Il se fonde également sur de solides raisons de politique juridique tenant au contexte dans lequel ces ententes interviennent et aux problèmes complexes de la rupture du mariage qui se révèlent aux parties avec le temps. C'est en fait l'approche que prônent Shaffer et Rogerson dans leur article, « Contracting Spousal

“Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*”, *supra*.

This threshold allows the reviewing court to intervene regardless of whether the unfairness at the time of the application stems from the unfairness of the initial agreement, the parties’ failure at the time the agreement was negotiated to accurately predict how the economic consequences of the marriage or its breakdown would play out over time, or changes in the parties’ circumstances (Shaffer and Rogerson, at p. 87). It places the emphasis on whether the support agreement has in fact brought about an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown, the ultimate goal of spousal support embodied in the statute and affirmed by this Court. In contrast, the majority’s two-part test creates an artificial distinction between an assessment of the agreement at the time it was signed and an assessment of the agreement at the time of the application. Where an agreement is not voidable for reasons relating to the circumstances of execution and is found to be in substantial compliance with the Act at the first stage, it will be subject to a very stringent test for variation at the second stage. As I noted above, this approach is inadequate to deal with the problems that family law experts identify flowing from the inherently prospective nature of spousal support agreements. Its effect is to penalize parties who do not accurately predict the future by subjecting agreements that may have appeared fair at the outset, but that result in unfair circumstances, to a stricter standard for judicial intervention. In addition, the majority’s approach fails to accord appropriate weight to a consideration of whether the agreement is in fact meeting the objectives in s. 15.2(6) at the time of the application. In my view, a single standard is preferable. Courts should not be in the business of enforcing unfair agreements irrespective of whether the unfairness is inherent in the provisions of the initial agreement or manifests itself only as the economic consequences of the marriage and its breakdown play out in the parties’ lives over time.

Support : Thinking Through *Miglin* », *loc. cit.*, au terme d’un examen complet des options possibles.

228

Ce critère préliminaire permet au tribunal d’intervenir, que l’injustice existant au moment de la demande résulte de l’iniquité de l’entente initiale ou de l’incapacité des parties lors de la négociation de l’entente à prévoir exactement les conséquences économiques du mariage ou de son échec qui se feraient sentir avec le passage du temps, ou encore d’un changement dans la situation des parties (Shaffer et Rogerson, p. 87). Ce critère met l’accent sur la question de savoir si l’entente alimentaire a opéré en fait, une répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec, ce qui constitue l’objectif ultime de la pension alimentaire entre époux que consacre la loi et que confirme notre Cour. Par contraste, le critère en deux étapes établi par les juges majoritaires crée une distinction artificielle entre deux examens de l’entente, l’un situé au moment de la conclusion de l’accord et l’autre lors de la demande. Si, à la première étape, l’entente ne peut être annulée pour des motifs liés aux circonstances entourant sa formation et qu’elle est jugée conforme pour l’essentiel à la Loi, elle sera soumise à la deuxième étape, à un critère de modification très rigoureux. Je souligne précédemment que cette démarche est inadaptée aux problèmes causés, selon les experts en droit de la famille, par la nature intrinsèquement prospective des ententes alimentaires entre époux. En effet, elle pénalise les parties qui ne prédisent pas correctement l’avenir en assujettissant à une norme plus stricte l’intervention des tribunaux à l’égard d’ententes apparemment justes au départ, mais qui ont mené à une situation injuste. De plus, la démarche des juges majoritaires n’accorde pas toute l’importance voulue à la question de la conformité de l’entente, au moment de la demande, avec les objectifs du par. 15.2(6). À mon avis, un critère unique est préférable. Les tribunaux ne devraient pas être tenus d’entériner des ententes injustes, que l’injustice soit inhérente aux clauses de l’entente initiale ou qu’elle n’apparaisse qu’avec le temps, à mesure que se font sentir les conséquences économiques du mariage et de son échec dans la vie des parties.

229 In my estimation, the content of fairness in this context is dictated by the 1985 Act itself. Parliament has spoken clearly on this issue by establishing legislative norms for spousal support in s. 15.2. A fair agreement is one that reasonably realizes the objectives codified in s. 15.2(6), the overarching purpose of which is the equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. I agree with the approach that L'Heureux-Dubé J. took to separation agreements in her minority decision in *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, which involved an application for variation to a consent support order arising out of an antecedent agreement between the parties, pursuant to s. 17 of the 1985 Act. The principle that L'Heureux-Dubé J. established in there is equally applicable to applications for corollary relief under s. 15.2: the more a spousal support agreement takes into account the objectives codified in s. 15.2(6), the more likely it will be to influence the outcome of the application (para. 56). However, I would add to L'Heureux-Dubé J.'s analysis the caveat that there may well be cases, though they are likely to be in the minority, where the spousal support agreement at the time of formation does attempt to take into account the objectives of s. 15.2(6), but it nonetheless results in circumstances that are inconsistent with those objectives. In these situations, as well as in cases where the agreement's unfairness stems from the parties' failure to address adequately the objectives in s. 15.2(6) at the point of settlement, it is appropriate and, indeed, necessary for the court to override the spousal support provisions.

230 An approach that evaluates the extent to which an agreement realizes the Act's objectives for spousal support, and bases its degree of deference to the agreement on the agreement's degree of compliance, is mandated by the structure of s. 15.2 as a whole, which requires that the factors in s. 15.2(4), including any agreement, be assessed in light of the objectives in s. 15.2(6). Because this approach places the emphasis on an objective evaluation of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application, it is also appropriately responsive to the unique nature of family law agreements, which for the reasons I outlined above may not always provide

À mon sens, le contenu de la norme d'équité dans ce contexte est dicté par la Loi de 1985 même. Le législateur s'exprime clairement sur ce point en établissant à l'art. 15.2 des normes législatives sur les aliments entre conjoints. Une entente est réputée équitable si elle satisfait raisonnablement aux objectifs codifiés au par. 15.2(6), dont le but général est la répartition juste des conséquences économiques du mariage et de son échec. Je souscris à l'approche adoptée par la juge L'Heureux-Dubé sur les ententes de séparation dans ses motifs minoritaires de l'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, qui concernait toutefois une demande de modification d'une ordonnance alimentaire rendue de consentement, en vertu de l'art. 17 de la Loi de 1985, et découlant d'une convention antérieure entre les parties. Le principe qu'établit la juge L'Heureux-Dubé dans cet arrêt vaut également pour les requêtes en mesures accessoires fondées sur l'art. 15.2 : plus l'entente alimentaire entre conjoints tient compte des objectifs codifiés au par. 15.2(6), plus elle est susceptible d'influencer l'issue de la demande (par. 56). J'apporterais cependant une réserve à l'analyse de la juge L'Heureux-Dubé : des cas, probablement rares, peuvent survenir où l'entente sur le soutien alimentaire entre époux tente de tenir compte des objectifs du par. 15.2(6) au moment de sa formation mais conduit néanmoins à une situation incompatible avec ces objectifs. Dans ces cas, comme lorsque l'iniquité de l'entente résulte du défaut des parties de prendre dûment en considération les objectifs du par. 15.2(6) au moment de sa conclusion, le tribunal peut et, même, doit écarter les dispositions alimentaires entre époux.

La structure de l'art. 15.2, dans son ensemble, requiert l'appréciation des facteurs énoncés au par. 15.2(4), y compris toute entente, au regard des objectifs du par. 15.2(6). Elle prescrit ainsi une démarche apte à évaluer comment l'entente réalise les objectifs des aliments entre époux selon la Loi et d'ajuster le degré de déférence à son égard en fonction du niveau de conformité qu'elle atteint. Parce qu'elle met l'accent sur l'évaluation objective du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, cette démarche répond particulièrement bien à la nature particulière des conventions en droit de la famille qui, pour les motifs que j'ai exposés, peuvent ne pas toujours être

a transparent guide to the parties' intentions. And, finally, this approach reflects what Parliament has determined to be the driving consideration in support awards: achieving an equitable disentangling of the parties' economic relationship upon marital breakdown. It is inappropriate to allow parties, by way of private agreements, to subvert this statutory policy (see McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at p. 218), and to require courts to sanction this subversion by mandating deference to unfair agreements.

The process of determining whether an agreement is fair will of necessity be fact and context specific. The issue is whether, in light of all of the parties' circumstances at the time of the application, the agreement adequately meets the spousal support objectives in s. 15.2(6). This will require trial judges to make case-by-case determinations based on the whole picture of the parties' relationship, including their respective functions during the marriage, their allocation of capital and income upon the breakup, their childcare responsibilities, their employment prospects, and a range of other factors. Because parties may attempt to achieve economic equity in a variety of ways (i.e., through property division and spousal support), the entirety of the parties' financial arrangement upon marital dissolution and not merely the spousal support provisions in their agreement must be considered. This is precisely the kind of comprehensive inquiry called for under s. 15.2. The inquiry must consider all aspects of the parties' relationship, addressing pure need as well as compensation.

Any attempt to apply the objectives in s. 15.2(6) in a particular case will involve judgment calls, accommodation, and interpretation. The parties' own attempts to achieve the objectives codified in s. 15.2(6) in the context of their unique situation should not lightly be disregarded. Whether, however, an agreement reasonably satisfies the objectives of spousal support does not depend entirely on the subjective expectations of the parties. Rather, it involves an objective assessment of both the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application. To be given

le reflet transparent de l'intention des parties. Enfin, cette démarche reflète bien la décision du législateur de faire du dénouement équitable de la relation économique des parties, au moment de la rupture, la considération principale dans l'octroi de pensions alimentaires. On ne peut permettre aux parties de contourner cette politique législative par la conclusion d'ententes privées (voir McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 218), tout en exigeant du tribunal qu'il les cautionne en prescrivant une attitude de déférence envers des ententes injustes.

231

Le processus destiné à déterminer si une entente est équitable se trouve nécessairement axé sur les faits et le contexte. Il s'agit de savoir si, devant la situation des parties au moment de la demande, l'entente respecte adéquatement les objectifs des aliments entre époux énoncés au par. 15.2(6). Les juges de première instance doivent donc procéder à l'examen, cas par cas, de l'ensemble des relations entre les parties, y compris leurs fonctions respectives au cours du mariage, la façon dont elles ont réparti le capital et les revenus à la rupture, leurs responsabilités dans le soin des enfants, leurs possibilités d'emploi, et divers autres facteurs. Parce que les parties peuvent tenter de parvenir à l'équité économique de plusieurs manières (par exemple, par le partage des biens et les aliments entre époux), il faut examiner dans leur intégralité les arrangements financiers des parties à la dissolution du mariage et pas seulement les clauses alimentaires de l'accord. C'est précisément le type d'examen exhaustif qu'appelle l'art. 15.2. L'examen doit viser tous les aspects de la relation des parties, en n'oubliant ni les besoins réels ni la nécessité d'une compensation, le cas échéant.

232

Pour appliquer les objectifs du par. 15.2(6) à une situation donnée, on doit pondérer, concilier et interpréter. Il ne faut certes pas écarter à la légère les efforts déployés par les parties pour se conformer aux objectifs codifiés au par. 15.2(6) dans leur situation particulière. Cependant, la question de savoir si une entente satisfait raisonnablement aux objectifs du soutien alimentaire entre époux ne dépend pas entièrement des attentes subjectives des parties. La réponse à cette question exige plutôt une évaluation objective tant du contenu de l'entente que de la situation des parties au moment

substantial weight, the parties' agreement, objectively assessed, must indicate a genuine attempt to achieve the objectives in s. 15.2(6), and must fall within the parameters of "the generous ambit within which reasonable disagreement is possible" in terms of actually achieving them. See Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 94-95; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at p. 220.

233 I agree with L'Heureux-Dubé J.'s suggestion in *G. (L.) v. B. (G.)*, that "[i]n drafting future agreements, counsel would be well advised to articulate the bases on which both spousal and child support covenants have been negotiated" and to mention more particularly "the various factors and objectives they took into account in their agreement to share the economic consequences of the marriage and its breakdown" (paras. 56-57). Reviewing courts are not required, however, to take the parties' characterizations of their situation at face value. A disclaimer such as that at para. 10(d) of the Miglins' Separation Agreement — "[t]he parties specifically agree and acknowledge that there is no causal connection between the present or any future economic need of either party and their marriage" — will not satisfy L'Heureux-Dubé J.'s admonition in letter or in spirit. Nor will statements such as that in para. 10(d) of the Miglins' Separation Agreement — "[n]o pattern of economic dependency has been established in their marriage" — where, as here, such statements are quite clearly belied by the facts. The parties do not alter the reality of their situation by simply proclaiming economic equality in their Agreement. In order for a court to lend substantial weight to an agreement, in addition to taking account of the parties' evident desire for finality, the agreement must do more than simply speak the language of equality. As emphasized in *Moge*, at p. 864, in a passage that bears repeating in this context:

The doctrine of equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown upon its dissolution which, in my view, the Act promotes, seeks to recognize and account for both the economic disadvantages incurred by the spouse who makes such sacrifices and the economic advantages conferred upon

de la demande. Pour qu'on lui accorde une importance significative, l'entente, examinée objectivement, doit confirmer que les parties se sont réellement efforcées d'atteindre les objectifs du par. 15.2(6) et se situer à l'intérieur des paramètres du [TRADUCTION] « cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible ». Voir Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 94-95; McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 220.

J'adopte la suggestion de la juge L'Heureux-Dubé dans *G. (L.) c. B. (G.)*, précité, selon laquelle « [I]es avocats seraient bien avisés, dans l'élaboration de telles conventions, de bien préciser à l'avenir la base suivant laquelle la convention relative à la pension alimentaire pour l'épouse et les enfants a été négociée » et d'énoncer plus particulièrement « les divers facteurs et objectifs dont ils ont tenu compte dans le partage des conséquences économiques du mariage et du divorce » (par. 56-57). Les tribunaux ne sont cependant pas tenus de se fier aveuglément à la description que les parties donnent de leur situation. Pour respecter l'esprit et la lettre de la recommandation de la juge L'Heureux-Dubé, il ne suffira pas aux parties d'ajouter une dénégation, comme à l'al. 10d) de l'accord de séparation des Miglin — [TRADUCTION] « [I]es parties conviennent et reconnaissent expressément qu'il n'existe aucun lien de causalité entre les besoins économiques présents ou futurs de chacun et leur mariage » —, ni d'inclure des déclarations comme celle de l'al. 10d) : « [I]eur mariage n'a pas engendré de situation de dépendance économique », déclaration clairement contredite par les faits en l'espèce. Les parties ne changent pas la réalité de leur situation en affirmant simplement leur égalité économique dans leur entente. Pour que le tribunal lui reconnaisse une importance significative, tout en témoignant de la volonté évidente des parties de lui conférer un caractère définitif, l'entente doit faire plus que de se contenter de parler d'égalité. À cet égard, l'extrait suivant de l'arrêt *Moge* mérite d'être relu (à la p. 864) :

Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec au moment de la rupture que vise, selon moi, la Loi cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre. Il

the other spouse. Significantly, it recognizes that work within the home has undeniable value and transforms the notion of equality from the rhetorical status to which it was relegated under a deemed self-sufficiency model, to a substantive imperative. [Emphasis added.]

For an agreement to merit deference in an application for corollary relief under s. 15.2, it must recognize the parties' lived reality and must genuinely attempt in light of this reality to equitably apportion the economic consequences flowing from the marriage and its breakdown.

Even where an agreement represents a genuine attempt to address the objectives in s. 15.2(6), if, by the time of the application, it falls outside of the parameters of the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of actually achieving them, the court must intervene. In other words, it is not enough that an agreement is intended to effect an equitable sharing of the economic consequences of the marriage and its breakdown; it must in fact reasonably accomplish this end. If the parties' circumstances evolve in ways they do not anticipate when they enter into the agreement, even an agreement that envisioned meeting the objectives in s. 15.2(6) at the time it was negotiated may no longer serve those objectives at the time of the application. Fairness requires that in such cases the court override the agreement's spousal support provisions in favour of an order that does in fact realize the objectives of the 1985 Act.

The role of the reviewing court is not, however, to engage in tinkering with or "fine-tun[ing]" agreements (see McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at p. 220). It is important to stress that, in order to be respected as an authoritative guide to the parties' actual intentions and expectations and to be endorsed by a court faced with a s. 15.2 application, an agreement need not correspond perfectly in its terms or in its results with the objectives of the 1985 Act. Provided that at the time of the application the arrangement falls within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the objectives in s. 15.2(6), it will be enforced. This approach does not deny

reconnaît, et c'est significatif, la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que rhétoriquement dans le modèle de l'indépendance économique présumée. [Je souligne.]

Pour mériter la déférence du tribunal, lors de l'examen d'une requête en mesures accessoires fondée sur l'art. 15.2, l'entente doit prendre acte de la réalité vécue par les parties et, en accord avec cette réalité, témoigner d'un effort véritable de répartir équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec.

Même lorsque l'entente témoigne d'efforts réels des parties de se conformer aux objectifs du par. 15.2(6), le tribunal doit intervenir si, au moment de la demande, elle ne respecte plus les paramètres du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable peut survenir sur la réalisation de ces objectifs. Autrement dit, il ne suffit pas qu'une entente recherche le partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec; il faut qu'elle en permette raisonnablement la réalisation. Si la situation des parties évolue d'une façon qu'elles n'ont pas anticipée au moment de la conclusion de l'entente, il se peut même qu'un accord visant à atteindre les objectifs du par. 15.2(6) lorsqu'il a été négocié ne réponde plus à ces objectifs au moment de la demande. L'équité commande dans ce cas que le tribunal écarte les dispositions alimentaires de l'entente, pour y substituer les termes d'une ordonnance qui permette effectivement la réalisation des objectifs de la Loi de 1985.

Toutefois, le rôle du tribunal ne consiste pas à procéder au fignolage des accords ou à y apporter des ajustements mineurs (voir McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, p. 220). Il importe de souligner que le tribunal saisi d'une demande fondée sur l'art. 15.2 peut reconnaître un accord comme une expression fiable de l'intention et des attentes réelles des parties et accepter de le confirmer, même s'il ne correspond pas de façon parfaite, dans son libellé ou dans ses résultats, aux objectifs de la Loi de 1985. Pour que l'accord soit appliqué, il suffira qu'il respecte le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable reste possible à l'égard de la réalisation des objectifs du par. 15.2(6). Cette

234

235

individuals the autonomy to organize their lives as they see fit or prevent them from bringing their own concerns, desires and objectives to the negotiating table as the majority suggests. Instead, it accords parties a considerable degree of flexibility in negotiating arrangements that reflect their particular priorities. At the same time, it recognizes that under the legislative framework there are, as broader principles of fairness dictate there should be, certain non-negotiables. Where, for instance, an agreement, either on its face or in its result, fails to address the dependent spouse's proven need arising from the breakdown of the marriage, it is appropriate for the court to intervene on the ground that the agreement is inconsistent with the objectives in s. 15.2(6), even if the agreement achieves some of the parties' other goals in reaching a settlement.

- 236 An approach that requires that agreements realize the objective of equitably distributing the economic consequences of the marriage and its breakdown is not only compelled by the 1985 Act, it is also consistent with society's notions of what is fair and just in the circumstances of marital dissolution. Though made in a different context, this Court's comments in *Bracklow, supra*, at para. 48, are of relevance in this respect:

To permit the award of support to a spouse disabled by illness is but to acknowledge the goal of equitably dealing with the economic consequences of marital breakdown that this Court in *Moge, supra*, recognized as lying at the heart of the *Divorce Act*. It also may well accord, in my belief, with society's sense of what is just. [Emphasis added.]

Marriages are complex relationships of trust and interdependence, in which people develop expectations and reliance that must be recognized. They are not commercial, arm's length transactions. The factors that shape the needs and expectations flowing from a particular marriage are numerous, and will include among others the length of the marriage and the functions the spouses performed during the course of the relationship. Upon marriage breakdown, the former spouses may come to some agreement relating to the support of either of them.

approche ne prive pas les individus de la liberté d'organiser leur vie comme ils l'entendent, pas plus qu'elle ne les empêche d'apporter leurs propres préoccupations, désirs et objectifs à la table des négociations, comme le suggèrent les juges majoritaires. Au lieu de cela, elle confère aux parties une latitude considérable dans la négociation d'arrangements capables de refléter leurs priorités personnelles. En même temps, elle reconnaît dans le régime législatif l'existence de certains éléments non négociables, comme le dictent les principes plus larges d'équité. Par exemple, lorsqu'un accord ne pallie pas, expressément ou dans ses conséquences, au besoin démontré de l'époux dépendant qui résulte de l'échec du mariage, le tribunal peut intervenir au motif que l'accord est incompatible avec les objectifs du par. 15.2(6), même s'il permet d'atteindre d'autres objectifs que les parties se sont fixés dans la négociation du règlement.

Une approche qui exige que les ententes réalisent l'objectif de la répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec est non seulement imposée par la Loi de 1985, mais correspond aussi à ce que la société estime juste et équitable en cas de dissolution du mariage. Quoiqu'ils s'inscrivent dans un contexte différent, les commentaires de notre Cour dans *Bracklow*, précité, par. 48, s'avèrent pertinents à cet égard :

Permettre l'attribution d'une pension alimentaire à l'époux handicapé par la maladie ne fait que reconnaître l'objectif de traitement équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage, qui, d'après notre Cour, dans l'arrêt *Moge*, précité, est au cœur de la *Loi sur le divorce*. J'estime aussi que cela peut bien être conforme à ce que la société considère comme juste. [Je souligne.]

Le mariage constitue un ensemble complexe de relations de confiance et d'interdépendance, où les attentes et la dépendance qui se développent chez les parties doivent être reconnues. Ce ne sont pas des échanges commerciaux impersonnels. Un grand nombre de facteurs influencent le développement des besoins et des expectatives qui naissent de chaque mariage. Ils incluent notamment la durée même du mariage et les rôles respectifs des époux au cours de celui-ci. Au moment de la rupture, les ex-époux peuvent réussir à s'entendre sur la

Ideally, such an agreement will represent a genuine attempt by the parties to respond to the needs and expectations created by the marriage and its breakdown, and to recognize the effect that the dissolution of the relationship will have on the family unit as a whole, including any children of the marriage.

However, an agreement may respond only partially to the needs and expectations created by the marriage and its breakdown. Its existence does not allow courts to ignore the entirety of the parties' circumstances. To do so would not only be contrary to the 1985 Act but, in my view, to society's understanding of what is fair. Fairness requires that the parties' lived reality and the economic consequences that flow from it are addressed in the arrangement that governs their post-divorce relationship. It requires a court to consider all of the parties' needs and legitimate expectations and not only those recognized in an agreement. Where an agreement does not accord adequate weight to the actual economic dependencies flowing from the relationship or address the actual needs of the parties arising from the marital breakdown as those needs emerge in post-divorce life, in my view it is unjust and should not be upheld.

I must take issue with Mr. Miglin's argument, reflected in the majority's reasons, that focussing on the degree to which the terms of a support agreement realize the objectives set out in s. 15.2(6) is inconsistent with one of the broader policy goals of the 1985 Act, found in s. 9(2), the promotion of settlement. Section 9(2) requires lawyers acting on behalf of a party to a divorce proceeding to discuss the possibility of a negotiated settlement with their client and to inform their client of any mediation facilities of which they are aware. This provision reflects a broader ethical duty that binds lawyers in the conduct of all litigation as members of the Bar and officers of the court (see, for example, Rules 2.02(2) and 2.02(3) of the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada). However, while as s. 9(2) recognizes, settlement is clearly to be encouraged, I do not think that the 1985 Act

question de leurs aliments. Idéalement, cette entente témoignera de l'effort réel des parties de répondre aux besoins et aux attentes découlant du mariage et de son échec, et prendra acte de l'effet qu'aura la dissolution de la relation sur l'ensemble de l'unité familiale, y compris sur les enfants du mariage.

Cependant, il arrive qu'une entente n'apporte qu'une réponse partielle aux besoins et aux attentes découlant du mariage et de son échec. Son existence n'autorise pas les tribunaux à faire abstraction de l'ensemble de la situation des parties. Une telle attitude contredit non seulement la Loi de 1985 mais aussi, à mon avis, la perception que notre société se forme de ce que serait le caractère équitable de ces ententes. Cette exigence d'équité veut que l'arrangement qui régit les relations des parties après le divorce tienne compte de la réalité de leur vie et des conséquences économiques qui en résultent. Pour satisfaire à cette volonté d'équité, le tribunal doit prendre en considération tous les besoins et les attentes légitimes des parties, et non pas seulement ceux que reconnaît l'entente. Une entente qui n'attache pas une importance suffisante aux dépendances économiques réelles résultant de la relation ou les besoins réels des parties découlant de l'échec du mariage, à mesure qu'ils se font sentir après le divorce, est injuste et ne devrait pas être maintenue telle quelle.

Je dois exprimer mon désaccord avec l'argument de M. Miglin, repris dans les motifs majoritaires, suivant lequel l'attention portée à la mesure dans laquelle les clauses de l'entente alimentaire permettent d'atteindre les objectifs du par. 15.2(6) ne cadre pas avec un des objectifs de politique générale énoncé au par. 9(2) de la Loi de 1985, qui est d'encourager le règlement. Le paragraphe 9(2) impose à l'avocat agissant pour le compte d'une partie à une action en divorce l'obligation de discuter avec son client de la possibilité de négocier un règlement et de l'informer des services de médiation qu'il connaît. Cette disposition traduit une obligation déontologique plus générale qui s'applique aux avocats dans la conduite des litiges à titre de membres du Barreau et d'officiers de la cour (voir par exemple les règles 2.02(2) et 2.02(3) du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-

237

238

may properly be understood to privilege settlement *per se*. A general provision such as s. 9(2) cannot be read independently from the very specific legislative objectives for spousal support outlined in s. 15.2(6). Parties, while encouraged by s. 9(2) to settle their affairs privately, are not permitted to contract out of the Act. The 1985 Act requires courts to make spousal support orders that aim as much as possible to comply with the objectives codified in s. 15.2(6). Given this statutory framework, what the 1985 Act may be said to encourage is not settlement in itself but rather settlements that accord with the legislative objectives for spousal support articulated in s. 15.2(6). To conclude otherwise is to fail to conceive of the 1985 Act as an integrated whole. It is also potentially to put courts in the position of enforcing unfair agreements that contradict the objectives of the very Act that empowers them to hear support applications in the first place.

239 In the spousal support context, then, the legislated policy goal is not negotiated settlement but rather the negotiation of fair settlements, with fairness evaluated according to the objectives of the 1985 Act (see also the comments of Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 80-81 in this respect). The requirement that an agreement be objectively fair at the time of the s. 15.2 application will not discourage parties from negotiating settlements, as the majority suggests. The fraction of divorces currently litigated is very small, perhaps even less than 5 percent (see Martin, *supra*, at p. 137; Payne and Payne, *Dealing with Family Law: A Canadian Guide*, *supra*, at p. 82). This reflects the significant benefits that negotiated settlements offer parties at marital breakdown. As Bala and Chapman, *supra*, outline at p. 1-41:

Canada). Cependant, si le par. 9(2) encourage clairement les règlements, je ne pense pas qu'il faille considérer que la Loi de 1985 privilégie le règlement en soi. On ne peut interpréter une disposition aussi générale que le par. 9(2) indépendamment des objectifs législatifs très précis du soutien alimentaire entre époux qu'énonce le par. 15.2(6). Même si le par. 9(2) encourage les parties à régler leurs affaires entre elles, elles ne peuvent se soustraire à la Loi par contrat. Selon la Loi de 1985, les tribunaux doivent rendre des ordonnances alimentaires entre époux qui tendent à respecter le mieux possible les objectifs codifiés au par. 15.2(6). Dans ce cadre législatif, on peut conclure que la Loi de 1985 n'encourage pas les règlements en soi mais plutôt les ententes conformes aux objectifs législatifs des pensions alimentaires entre époux, tels que le par. 15.2(6) les exprime. Une conclusion différente exprime le refus de concevoir la Loi de 1985 comme un ensemble législatif cohérent. Elle comporte aussi le risque potentiel d'amener les tribunaux à entériner des accords injustes, incompatibles avec les objectifs de la Loi, une loi qui pourtant leur confère, au départ, le pouvoir de statuer sur les demandes d'aliments.

Dans le contexte de l'obligation alimentaire entre époux, donc, l'objectif de politique législative ne consiste pas dans la conclusion de règlements négociés mais plutôt dans la négociation de règlements équitables, l'équité devant s'apprécier en fonction des objectifs de la Loi de 1985 (voir aussi les observations de Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, sur ce point, p. 80-81). L'exigence du caractère objectivement équitable de l'entente au moment de la demande fondée sur l'art. 15.2 ne découragera pas les parties de négocier des ententes, comme le prétendent les juges majoritaires. Une faible proportion de divorces font actuellement l'objet de procédures judiciaires, peut-être même moins de 5 pour cent (voir Martin, *loc. cit.*, p. 137; Payne et Payne, *Dealing with Family Law : A Canadian Guide*, *op. cit.*, p. 82). Cet état de fait démontre les grands avantages que présentent les règlements négociés pour les parties, au moment de la rupture du mariage. Comme le font remarquer Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-41 :

Entering into a separation agreement avoids the financial and psychological costs of litigation, and provides for a more expeditious and less uncertain resolution of a dispute between spouses than taking their case before a judge for decision. Furthermore, a separation agreement is more likely to reflect the parties' expectations and preferences than an agreement imposed by a judge.

An objective fairness threshold for judicial intervention in spousal support agreements will not lessen parties' interest in avoiding the financial and psychological stress of litigation or in resolving their dispute expeditiously. It will allow parties to retain considerable freedom to draft an agreement that both realizes the objectives in s. 15.2(6) *and* reflects their own expectations and preferences in a way a court-imposed order might not. Given these advantages, parties on marital dissolution will by and large continue to resolve their post-divorce affairs by private agreement. See Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-4 and 1-41.

I also agree with Bala and Chapman that the "vast majority of ex-spouses will *not* seek variation and the vast majority of people will honour their agreements" as the "psychological and financial costs of reopening an agreement will remain high" (p. 1-41 (emphasis in original)). These conclusions are supported by the fact that parties typically enter into and abide by agreements with regard to child support, and custody and access, despite the fact that courts enjoy a broad discretion to override the provisions of such agreements. They are also borne out by the lack of empirical evidence that a fairness threshold for judicial intervention in agreements with regard to matrimonial property division has discouraged settlement or increased litigation in British Columbia (s. 65(1) of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, empowers courts to override an agreement for the division of matrimonial property where it is "unfair"). See McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *supra*, at p. 219; Bala and Chapman, *supra*, at pp. 1-41 and 1-42; Shaffer and Rogerson, *supra*, at pp. 60-61.

Rather than discouraging settlement, in my view a threshold for judicial intervention that involves an

[TRADUCTION] La signature d'une entente de séparation évite les coûts financiers et psychologiques associés au procès, et fournit aux parties un moyen plus expéditif et moins incertain de résoudre leurs conflits que si elles recourraient aux tribunaux. En outre, il est plus probable que l'entente de séparation traduise les attentes et les préférences des parties qu'une entente imposée par le juge.

Un critère préliminaire d'équité objective pour l'intervention des tribunaux dans les ententes alimentaires entre époux ne diminuera pas l'intérêt des parties à éviter le stress financier et psychologique d'un procès ou à résoudre leur différend de manière expéditive. Ce critère laissera aux parties une grande latitude, pour rédiger une entente qui réponde aux objectifs du par. 15.2(6) *et* qui reflète leurs propres attentes et préférences, mieux que ne le ferait une ordonnance judiciaire. Ces avantages inciteront, les parties à continuer en règle générale à régler leurs affaires, à la dissolution du mariage, par des ententes privées (voir Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-4 et 1-41).

Je suis d'accord aussi avec Bala et Chapman que la [TRADUCTION] « vaste majorité des ex-époux *ne solliciteront pas* de modification et la vaste majorité des gens, honoreront leurs engagements » car « les coûts financiers et psychologiques associés à la réouverture d'un accord demeureront élevés » (p. 1-41 (en italique dans l'original)). D'ailleurs, on constate que normalement les parties concluent et respectent les ententes sur la pension alimentaire aux enfants, leur garde et les droits de visite, en dépit du large pouvoir discrétionnaire attribué aux tribunaux pour écarter les dispositions de ces ententes. Elles se vérifient également par l'absence de preuves empiriques qu'un critère préliminaire fondé d'équité, pour l'intervention des tribunaux dans les ententes de partage des biens matrimoniaux, ait découragé les règlements ou augmenté l'incidence des procès en Colombie-Britannique (le par. 65(1) de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, confère aux tribunaux le pouvoir d'écarter des ententes « inéquitables » en matière de partage des biens matrimoniaux). Voir McLeod, Annotation to *B. (G.) v. G. (L.)*, *loc. cit.*, p. 219; Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-41 et 1-42; Shaffer et Rogerson, *loc. cit.*, p. 60-61.

À mon avis, loin de décourager les règlements, l'imposition d'un critère préliminaire d'intervention

assessment of whether an agreement is objectively fair at the time of the application will encourage parties to negotiate fair settlements (see Bala, *supra*, at p. 61; Bala and Chapman, *supra*, at p. 1-43). In the process, it will foster the genuine autonomy and dignity of both spouses. The awareness that reviewing courts will evaluate agreements in terms of the degree to which they realize the objectives in s. 15.2(6) should lead parties to prioritize reaching an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown. To this end, as I indicated above, parties will need to do more in an agreement than merely parrot the objectives of the 1985 Act, or the language of this Court's jurisprudence stripped of its context. The inquiry into whether an agreement is objectively fair at the time of the application is not a formalistic one, about whether the terms of the agreement appear to be in technical compliance with the Act. Rather, this inquiry involves a probing, contextual analysis of the content of the agreement and the circumstances of the parties at the time of the application in order to determine whether the substantive effect of the agreement is an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown.

242 In my view, it is not in line with the tenor of this Court's jurisprudence on spousal support to hold that an agreement is in "substantial compliance" with the objectives of the 1985 Act where it in fact deviates substantially from the goal of economic equity embodied in those very objectives. The threshold proposed by the majority may require only that settlements that represent a very significant departure from the spousal support objectives of the 1985 Act not receive judicial approbation. This sets the bar much too low. The goal in the family law context should be for parties to strive towards the most fair agreement they can, rather than merely for courts to set aside unconscionable or grossly unfair settlements. Judicial interpretation of the *Divorce Act* should not permit parties simply to avoid formal injustice when entering into separation agreements. The express wording of the 1985 Act and judicial developments since *Pelech* mandate that such agreements aspire to,

des tribunaux axé sur l'équité objective de l'entente au moment de la demande encouragera les parties à négocier des ententes équitables (voir Bala, *loc. cit.*, p. 61; Bala et Chapman, *loc. cit.*, p. 1-43). En même temps, l'autonomie et la dignité réelles des époux s'en trouveront renforcées. Chez les parties, la conscience de l'existence du pouvoir des tribunaux, en cas de demande de révision, d'évaluer les ententes en fonction de leur niveau de conformité avec les objectifs du par. 15.2(6) devrait amener à donner priorité à la répartition équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec. À cette fin, comme je l'ai déjà indiqué, les parties ne pourront se contenter dans leur entente de simplement répéter, hors contexte, la formulation des objectifs de la Loi de 1985 ou de la jurisprudence de notre Cour. La détermination du caractère objectivement équitable d'une entente, au moment de la demande, ne se réduit pas à un examen formaliste limité à une vérification de l'apparence de conformité technique des stipulations de l'accord aux dispositions de la Loi. Au contraire, elle exige une analyse contextuelle approfondie du contenu de l'entente et de la situation des parties au moment de la demande, afin de s'assurer que l'entente, dans ses effets réels, répartit équitablement les conséquences économiques du mariage et de son échec.

À mon sens, accepter qu'une entente soit considérée comme « conforme pour l'essentiel » aux objectifs de la Loi de 1985, alors qu'en réalité elle déroge considérablement à l'objectif d'équité économique consacré par ces mêmes objectifs, ne respecte pas l'orientation de la jurisprudence de notre Cour sur l'obligation alimentaire entre conjoints. En vertu du critère préliminaire préconisé par la majorité, il se peut que seules les ententes qui s'écarteraient très substantiellement des objectifs de la Loi de 1985 en matière d'aliments ne reçoivent pas l'approbation des tribunaux. Une telle approche place la barre beaucoup trop bas. L'objectif recherché dans un contexte de droit de la famille doit être d'inciter les parties à conclure des accords aussi équitables que possible, plutôt que de laisser aux tribunaux le seul pouvoir de mettre de côté des ententes abusives manifestement inéquitables. L'interprétation judiciaire de la *Loi sur le divorce* ne devrait pas permettre aux parties d'éviter la seule injustice formelle

and in fact achieve, substantive justice. Fairness requires nothing less.

E. Application to the Facts

In the circumstances of this appeal, it is not appropriate to defer to the spousal support waiver in the parties' Separation Agreement. Both the trial judge (applying in essence a fairness test) and the Court of Appeal (after finding that the material change threshold that I rejected above had been met) found that the Miglin's division of assets and maintenance arrangements for Ms. Miglin failed to meet the objectives in s. 15.2(6). I agree with this conclusion, although I think it important to clarify why, considered as a whole, the parties' financial arrangements were insufficient to fall within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the spousal support objectives in s. 15.2(6). I also think it important to stress at the outset that, while it may be easy to be diverted by considerations of Ms. Miglin's absolute worth, the proper inquiry is a relative one that asks whether the parties' financial arrangements in fact equitably distribute between them the economic consequences of their marriage and its breakdown.

Before turning to the content of the parties' Separation and Consulting Agreements, I will briefly address the majority's conclusion that there was nothing about the circumstances surrounding the negotiation process and the execution of the parties' Agreements in this case sufficient to bring into question their validity. I note that it was Ms. Miglin's testimony at trial that she was not content with the Separation Agreement and that she felt pressured by Mr. Miglin to agree to the waiver of spousal support. In her words, "it was a very confusing and emotional time". Given that the trial judge did not make factual findings on this issue, and that it was not Ms. Miglin's contention in her pleadings

lorsqu'elles conlquent des accords de séparation. Le texte exprès de la Loi de 1985 ainsi que les développements jurisprudentiels depuis *Pelech* commandent que ces accords tendent et parviennent à une justice réelle. L'équité n'exige rien de moins.

E. Application aux faits de l'espèce

Dans le présent pourvoi, il n'est pas approprié de s'en remettre à la renonciation aux aliments entre époux dans l'accord de séparation des parties. Le juge de première instance (qui appliquait essentiellement un critère d'équité) et la Cour d'appel (après avoir conclu que le critère préliminaire du changement important — que j'ai rejeté — avait été atteint) ont tous deux jugé que le partage des biens des Miglin et leurs arrangements alimentaires au profit de M^{me} Miglin ne satisfaisaient pas aux objectifs du par. 15.2(6). Je souscris à cette conclusion, mais il importe à mon avis de préciser pourquoi les arrangements financiers des parties, pris globalement, sortent du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible, au sujet de la réalisation des objectifs du soutien alimentaire entre époux exposés au par. 15.2(6). Il m'apparaît important aussi de souligner d'abord que si des considérations diverses touchant la valeur absolue de l'actif de M^{me} Miglin peuvent facilement faire dévier l'analyse, cette dernière conserve un caractère relationnel, puisqu'il s'agit de déterminer si, dans les faits, les arrangements financiers des parties répartissent équitablement entre elles les conséquences économiques de leur mariage et de son échec.

Avant d'aborder le contenu des ententes de séparation et de consultation, je ferai quelques brèves observations sur la conclusion majoritaire selon laquelle rien dans les circonstances entourant le processus de négociation et la conclusion des ententes des parties en l'espèce ne justifie la remise en question de leur validité. Je note que M^{me} Miglin a témoigné au procès qu'elle n'était pas satisfaite de l'accord de séparation et qu'elle s'est sentie forcée par M. Miglin d'accepter de renoncer à une pension alimentaire. Elle traversait alors, dit-elle, [TRADUCTION] « une période très confuse et émotionnelle ». Comme le juge de première instance n'a procédé à aucune détermination des faits sur ce

243

244

before this Court that these factors vitiated the parties' Agreements, I do not intend to draw any conclusions about the environment in which the parties' Agreements were negotiated. Nonetheless, I would caution against dismissing out-of-hand concerns about the effects of the emotional upheaval and the pressures to which Ms. Miglin testified on the negotiating process. It may be extremely difficult to assess and to quantify the subtle ways in which the parties' emotional vulnerabilities and the power imbalances between them may affect the formation of a separation agreement, even where, as here, the parties have negotiated over a period of time with the advice of independent counsel. Given these difficulties, in my view, the most appropriate way to be responsive to the unique negotiating context for separation agreements is to focus on an objective assessment of the results of the parties' negotiating efforts. As I outlined above, this involves an evaluation of the content of the agreement, together with the circumstances of the parties at the time of the application, in order to determine whether the Agreement in fact falls within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the objectives in s. 15.2(6).

245 Turning to the content of the Separation and Consulting Agreements, it is clear that the Agreements failed to realize reasonably the objectives of s. 15.2(6) at the time they were negotiated and that this continued to be the case at the time of Ms. Miglin's application for corollary relief. The Separation Agreement provided that Ms. Miglin convey her one-half interest in the parties' business to Mr. Miglin in exchange for his one-half interest in the matrimonial home and his assumption of the mortgage. Ms. Miglin's disposition of the business (a "consequence of marriage breakdown" under s. 15.2(6)) resulted in significant disadvantages to her. While the parties' half-interests in each of the business and the matrimonial home were valued at approximately \$250,000, it is, as the trial judge observed, difficult to see the exchange as an equal split given that Ms. Miglin exchanged an income producing asset (which was grossing close to \$1.5 million per annum at the time of trial) for a non-income producing asset. Moreover, it is important

point, et que M^{me} Miglin n'a pas fait valoir devant la Cour que ces facteurs ont vicié les conventions des parties, je n'ai pas l'intention de tirer des conclusions sur les circonstances dans lesquelles les parties ont négocié les ententes. Toutefois, je tiens à souligner qu'il ne faut pas éliminer trop rapidement sans aucun examen, toute inquiétude au sujet des chocs émotifs et des pressions que M^{me} Miglin affirme avoir subis au cours du processus de négociation. L'appréciation et la quantification de l'incidence subtile de la vulnérabilité émotive des parties et du déséquilibre des forces entre elles sur la formation d'une entente de séparation représente un exercice difficile même lorsque, comme en l'espèce, les parties ont longuement négocié avec l'aide de conseillers juridiques. En raison de ces difficultés, la meilleure façon de tenir compte du contexte distinctif dans lequel se négocient les accords de séparation consiste à s'attacher à l'examen objectif des résultats des efforts de négociation des parties. Comme je le mentionne plus haut, il faut apprécier le contenu de l'accord, ainsi que la situation des parties au moment de la demande, pour déterminer si l'entente respecte effectivement le cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible sur la réalisation des objectifs du par. 15.2(6).

Je passerai maintenant à l'étude des ententes de séparation et de consultation. Il est clair qu'elles ne permettaient pas raisonnablement d'atteindre les objectifs du par. 15.2(6) au moment où elles ont été négociées. La situation n'avait pas changé lorsque M^{me} Miglin a déposé sa requête en mesures accessoires. L'accord de séparation prévoyait la cession par M^{me} Miglin de l'intérêt de moitié qu'elle détenait dans l'entreprise des parties en contrepartie de l'intérêt de moitié que détenait M. Miglin dans le foyer conjugal et de sa prise en charge de l'hypothèque. La cession de la part de l'entreprise par M^{me} Miglin (une « conséquence de l'échec du mariage » au sens de l'al. 15.2(6)) lui a occasionné d'importants désavantages. Même si on a évalué à près de 250 000 \$ les intérêts de moitié que détenaient les parties respectivement dans l'entreprise et dans le foyer conjugal, il est difficile, comme le souligne le juge de première instance, de considérer l'échange comme un partage égal, puisque M^{me} Miglin a échangé un bien productif de revenu (produisant des

to emphasize that as a consequence of the breakdown of the marriage, Ms. Miglin not only gave up her rights to any ongoing benefits from the parties' business — the success of which, as the trial judge held, she was equally responsible for — she also lost her employment income of \$80,500 per annum. The parties recognized that, as a result, Ms. Miglin would need an income stream — the very existence of the Consulting Agreement testifies to this — and also, given the Consulting Agreement's open-ended renewal clause, that her need might continue beyond the Agreement's initial five-year term. That Ms. Miglin never did much work under the Consulting Agreement underscores the fact that its primary purpose was to provide a source of income for her, as reflected in the trial judge's finding that the Agreement constituted "thinly veiled spousal support" (para. 15). The Consulting Agreement, however, provided Ms. Miglin with but \$15,000 in income per annum (plus a cost of living index), an amount insufficient to address the significant financial deficit created by the loss of her position with the Lodge.

The resulting inequity was compounded when Mr. Miglin failed to renew the Consulting Agreement. The discontinuation of the Consulting Agreement coincided with a deterioration in the parties' post-divorce relationship that the trial judge attributed to Mr. Miglin's decreasing control over his former spouse. Ms. Miglin testified at the trial that it had been her expectation that the Consulting Agreement would be renewed. The majority, however, points to evidence that Ms. Miglin was aware that the Consulting Agreement might not be renewed, noting that she had been advised by her accountant to plan ahead for a potential drop in her income. In my view, the critical point is that, regardless of Ms. Miglin's expectations in this regard, a clear objective of the 1985 Act is to ensure that where a dependent spouse has financial needs arising from the breakdown of the marriage, these needs are adequately redressed by spousal support, provided the other spouse has the ability to pay, as is the case here.

recettes de près de 1,5 million de dollars par an au moment du procès) pour un bien non productif de revenu. Il importe en outre de souligner qu'en conséquence de l'échec du mariage, M^{me} Miglin a non seulement renoncé à ses droits sur les bénéfices courants de l'entreprise des parties — dont le succès lui était tout aussi attribuable, selon le juge de première instance —, mais elle a aussi perdu son revenu d'emploi de 80 500 \$ par an. Les parties ont reconnu qu'en conséquence, M^{me} Miglin aurait besoin d'une source de revenus (l'existence même de l'entente de consultation l'atteste) et que, vu la clause non-limitative de renouvellement de l'entente de consultation, ce besoin pouvait se prolonger au-delà de la période initiale de cinq ans. Le fait que M^{me} Miglin n'ait jamais accompli beaucoup de travail en vertu de l'entente de consultation montre bien que le but principal de cette dernière était de lui assurer une source de revenu comme l'indique la conclusion du juge de première instance qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « pension alimentaire à peine déguisée » (par. 15). Toutefois, l'entente de consultation assurait à M^{me} Miglin un revenu annuel de 15 000 \$ seulement (avec majoration pour la hausse du coût de la vie), et donc insuffisant pour pallier l'important déficit financier attribuable à la perte de son emploi à l'hôtel.

L'injustice qui résulte de la nature de ces ententes a été aggravée par le refus de M. Miglin de renouveler l'entente de consultation. La fin de cette entente a coïncidé avec la détérioration de la relation des parties après le divorce, que le juge de première instance a attribuée à la diminution graduelle du contrôle qu'exerçait M. Miglin sur son ex-épouse. M^{me} Miglin a témoigné au procès qu'elle s'attendait au renouvellement de l'entente de consultation. Les juges majoritaires signalent cependant l'existence de preuves selon lesquelles M^{me} Miglin savait que l'entente de consultation pouvait ne pas être renouvelée, faisant observer que son comptable l'avait avisée de se préparer à l'avance à faire face à une diminution potentielle de son revenu. À mon avis, indépendamment des attentes de M^{me} Miglin, le point central demeure que la Loi de 1985 vise clairement à assurer que les besoins financiers de l'époux dépendant, qui résultent de la rupture du mariage, soient adéquatement pris en compte par l'attribution

Ms. Miglin, by losing her share in the parties' successful business and her employment, disproportionately suffered the economic disadvantages of marriage breakdown. The parties' financial arrangements, in not providing spousal support and in providing only a small income to Ms. Miglin which could be, and was, terminated after five years, did not compensate for or share these disadvantages. Clearly, then, the objectives of s. 15.2(6) were not met.

247 In addition to the disproportionate economic disadvantages arising from the breakdown of the marriage, Ms. Miglin suffered disproportionate economic disadvantages arising from the roles that the parties adopted during their 14-year marriage, both in their business relationship and in their domestic lives. The proclamation in the Separation Agreement that “[n]o pattern of economic dependency has been established in their marriage” is belied by the reality of the parties’ circumstances both during and after their marriage.

248 Turning first to the business aspect of the parties’ relationship, it is important to recognize that while the parties’ contributions to the success of the Lodge — a success from which Ms. Miglin no longer benefits — were of equal value, they were nonetheless different in kind. Mr. Miglin was responsible for the overall management of the business, including all of the budgeting and long-range planning for the Lodge. Ms. Miglin was responsible for administrative and housekeeping tasks. She was sheltered in her role in the business from exposure to the workings of the market, and remained dependent throughout on Mr. Miglin’s business acumen and financial decision-making. As she testified at trial: “I don’t think I could’ve done it without him. He could do it without me.”

249 When her marriage failed and she was forced to leave her job at the Lodge, Ms. Miglin was thus more vulnerable economically than she would have been had she worked outside of the family-owned and operated business for an equivalent period of

d’une pension alimentaire, dans la mesure où l’autre époux a les moyens de la payer, comme en l’espèce. En raison de la perte de sa part dans l’entreprise florissante des parties et de celle de son emploi, M^{me} Miglin a subi de façon disproportionnée les désavantages économiques de l’échec du mariage. Parce qu’ils ne prévoyaient aucune pension alimentaire au profit de M^{me} Miglin et ne lui assuraient qu’un revenu minime, susceptible de s’évanouir après cinq ans, ce qui fut le cas, les arrangements financiers des parties n’ont pas compensé ni « réparti » ces désavantages. Il est donc clair que les objectifs du par. 15.2(6) n’ont pas été remplis.

Aux désavantages économiques disproportionnés qu’a subis M^{me} Miglin par suite de l’échec du mariage s’ajoutent ceux attribuables aux rôles assumés par les parties pendant les 14 ans de leur mariage, tant dans leurs relations d’affaires qu’au foyer. La déclaration insérée dans l’entente de séparation que [TRADUCTION] « [l]eur mariage n’a pas engendré de situation de dépendance économique » est contredite par la situation réelle des parties pendant et après leur mariage.

Sur les relations d’affaires des parties tout d’abord, il importe de reconnaître que, même si les contributions des parties à la réussite de l’hôtel — réussite dont M^{me} Miglin ne bénéficie plus — étaient de valeur égale, leur nature différait. M. Miglin veillait à la gestion générale de l’entreprise, notamment aux budgets et à la planification à long terme de l’hôtel. M^{me} Miglin se chargeait de tâches administratives et domestiques. Ses fonctions dans l’entreprise ne comportaient pas de contact avec le fonctionnement du marché et elle a toujours été dépendante du savoir-faire commercial de M. Miglin et de ses décisions financières. Elle a dit dans sa déposition : [TRADUCTION] « Je ne crois pas que j’aurais pu y arriver sans lui. Il pouvait y arriver sans moi. »

Lorsque le mariage a échoué et qu’elle a été forcée de quitter son emploi à l’hôtel, M^{me} Miglin s’est trouvée dans une situation économique plus vulnérable que si elle avait travaillé, pendant la même période, à l’extérieur de l’entreprise

time. Because her employment since 1984 had been exclusively with the Lodge, with which she was no longer connected after the separation except in a nominal consulting capacity, she did not leave the marriage with any of the advantages that typically would have flowed from long-term employment outside of the family business, such as seniority or job security.

Mr. and Ms. Miglin divided their responsibilities for the Lodge in much the same way that they divided the household responsibilities, with Ms. Miglin playing a role that was crucial, but that was less economically valued in the marketplace. As a result, Ms. Miglin's responsibilities at the Lodge did not leave her with the skills and experience of a manager in the hospitality industry. It is unrealistic to expect that she will be able simply to step into a position offering her a salary close to that which she received from the Lodge. Rather, the limited opportunities that Ms. Miglin had to develop marketable skills in the family business — her only source of employment since 1978 — will have a long-term impact on her prospects for self-sufficiency, a fact that was not recognized in the parties' allocation to Ms. Miglin of an income stream of but \$15,000 and the termination of even this modest income after five years.

In terms of the parties' organization of their domestic lives, Ms. Miglin was the children's primary caregiver throughout the marriage, and she continues to be the primary caregiver of three of the parties' four children. During the marriage, Ms. Miglin's work responsibilities (and thus her opportunities to garner skills and experience) were circumscribed by her childcare responsibilities. Once the eldest child was in school, for instance, Ms. Miglin commuted from Toronto to Algonquin Park during the four shoulder months (May, June, September and October) when the Lodge was open, but school was in session, rather than working full-time as Mr. Miglin did. Ms. Miglin's post-separation day-to-day childcare responsibilities will continue to have significant and long-term economic consequences for her, limiting both her opportunities for employment

familiale exploitée par les parties. Parce qu'elle avait travaillé depuis 1984 exclusivement pour l'hôtel, avec lequel elle n'a plus entretenu de lien après la séparation sauf à titre symbolique de consultante, M^{me} Miglin ne disposait, à la fin du mariage, d'aucun des avantages généralement associés à la détention d'un emploi à long terme à l'extérieur de l'entreprise familiale, tels l'ancienneté ou la sécurité d'emploi.

M. et M^{me} Miglin ont réparti leurs responsabilités relatives à l'hôtel essentiellement comme ils se sont partagé les tâches domestiques, M^{me} Miglin se trouvant à jouer un rôle crucial, mais à valeur économique moindre sur le marché du travail. En conséquence, M^{me} Miglin n'a pas retiré de ses responsabilités à l'hôtel les compétences et l'expérience d'un gérant dans l'industrie l'hôtelière. Il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'elle puisse simplement trouver un autre poste offrant à peu près le même salaire que ce qu'elle touchait à l'hôtel. Au contraire, le fait que M^{me} Miglin n'a eu que peu d'occasions de développer des compétences valables sur le marché du travail, au sein de l'entreprise familiale, son seul emploi depuis 1978, affectera négativement, à long terme, ses perspectives d'indépendance financière. Cette réalité n'a pas été prise en compte quand les parties ont attribué à M^{me} Miglin une source de revenus de 15 000 \$ seulement et quand ce modeste revenu est disparu après cinq ans.

En passant ensuite à l'étude de la manière dont les parties ont organisé leur vie familiale, on voit que M^{me} Miglin s'est occupée principalement des enfants au cours du mariage et continue d'assumer cette responsabilité à l'égard de trois des quatre enfants. Pendant le mariage, la nature des responsabilités professionnelles de M^{me} Miglin (et, par le fait même, les occasions d'acquérir des compétences et de l'expérience) a été limitée par l'étendue de son rôle envers les enfants. Dès que l'aînée des enfants a commencé à fréquenter l'école, par exemple, M^{me} Miglin a fait la navette entre Toronto et le parc Algonquin pendant les quatre mois de « transition » (mai, juin, septembre et octobre), les mois scolaires où l'hôtel était ouvert, plutôt que de travailler à temps plein comme M. Miglin. La charge quotidienne du soin des enfants après la séparation

250

251

and her future earning capacity and thus impairing her capacity to become economically self-sufficient. The parties' financial arrangements failed to recognize this reality by providing Ms. Miglin with only a small amount of income over a short period of time. Moreover, the structure of the parties' agreements afforded Mr. Miglin the discretion to terminate even this limited income stream after five years, despite the fact that Ms. Miglin was experiencing ongoing need arising in part from the childcare responsibilities that the parties agreed she would assume both during and after the marriage.

252 The majority suggests (at para. 95), based on correspondence between the parties' counsel during the negotiation of the separation agreement, that it was Ms. Miglin's preference to release Mr. Miglin from spousal support on the "condition that her economic needs were addressed through child support", in other words, on the "condition that she received sufficient child support payments to cover her own expenses and meet her own economic needs as well as those of the children. Even if this was indeed her preference, the financial arrangements between the parties did not in fact adequately address the economic needs of Ms. Miglin, in part because they failed to equitably acknowledge the long-term financial consequences of her childcare responsibilities. In other words, the parties' financial arrangements were not appropriately attentive to the objective in s. 15.2(6)(b), of apportioning between the spouses the financial consequences arising from the care of the parties' children over and above any obligation for the support of the children of the marriage.

253 For the reasons that I have identified, the parties' financial arrangements manifestly failed to address the fact that Ms. Miglin disproportionately suffered economic disadvantages flowing both from the roles that the parties adopted during their 14-year

continuera d'entraîner pour M^{me} Miglin d'importantes conséquences économiques à long terme, ces facteurs limiteront autant ses possibilités d'emploi que sa capacité future de gagner sa vie et compromettront, de ce fait, son aptitude à devenir économiquement indépendante. Les arrangements financiers des parties n'ont pas tenu compte de cette réalité, en n'accordant à M^{me} Miglin qu'un revenu minime pendant une courte période de temps. Qui plus est, la structure des ententes des parties donnait à M. Miglin le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à cette source limitée de revenus après cinq ans, alors même que M^{me} Miglin continuait d'en avoir besoin en raison notamment de ses responsabilités à l'égard du soin des enfants, qu'elle devait assumer pendant et après le mariage, suivant les ententes intervenues entre les parties.

Se fondant sur la correspondance entre les avocats des parties pendant la négociation de l'accord de séparation, la majorité suggère (au par. 95) que M^{me} Miglin a elle-même préféré libérer M. Miglin de toute obligation alimentaire envers elle à « condition qu'il subvienne à ses besoins économiques par l'entremise de la pension alimentaire versée aux enfants »; autrement dit, à condition qu'elle reçoive un montant suffisant au titre de la pension alimentaire des enfants pour couvrir ses propres dépenses et lui permettre de subvenir à ses besoins économiques comme à ceux des enfants. Même à supposer que tel ait été effectivement son choix, les arrangements financiers des parties ne satisfont pas adéquatement aux besoins économiques de M^{me} Miglin; notamment ils ne prennent pas équitablement en compte les conséquences financières à long terme des responsabilités dans le soin des enfants. Autrement dit, les arrangements financiers n'ont pas attaché suffisamment d'importance à l'objectif énoncé à l'al. 15.2(6)b), de répartir entre les époux les conséquences financières qui découlent du soin de leurs enfants en sus de toute obligation alimentaire au profit des enfants.

Pour les raisons que j'ai notées, les arrangements financiers des parties n'ont manifestement pas remédié au fait que M^{me} Miglin a disproportionnellement supporté les désavantages économiques résultant de l'échec du mariage et des rôles qu'ont assumés les

marriage (and in terms of childcare, after the marriage as well) and from the breakdown of the marriage. This was not a situation in which the parties' financial arrangements upon separation provided for an income stream for the dependent spouse that, although somewhat lower than what a court might have awarded, was nonetheless reasonable in the circumstances. The Separation Agreement provided no spousal support or income stream whatsoever to Ms. Miglin, while the Consulting Agreement allowed for only \$15,000 annually, which Mr. Miglin terminated after five years despite Ms. Miglin's ongoing need. While the majority suggests that Ms. Miglin's net worth has increased since the parties' separation, the reality is that Ms. Miglin will have no income stream, other than the support that she receives for her children, for the foreseeable future unless she sells her home or divests herself of her RRSPs, which she requires for her future security.

Considered as a whole, then, the parties' financial arrangements were insufficient to fall within the generous ambit within which reasonable disagreement is possible in terms of realizing the spousal support objectives in s. 15.2(6) at the time of Ms. Miglin's application. It was thus appropriate for the trial judge to intervene and award her corollary relief. As the question of quantum of support was not pleaded before this Court, I assume without deciding that the amount awarded by the trial judge, and upheld by the Court of Appeal, was appropriate.

I agree with the Court of Appeal's decision to set aside the trial judge's order imposing a five-year term on spousal support. While Ms. Miglin has a responsibility, under s. 15.2(6)(d), to take steps towards achieving self-sufficiency, the Court must be careful to understand this responsibility in its proper context, particularly in light of the fact that Ms. Miglin is raising young children and that this is in fact full-time work for her. Mr. Miglin did not oppose Ms. Miglin's decision to stay at home with the children. As the trial judge noted, he was

parties au cours de leurs 14 années de mariage (et, en ce qui concerne le soin des enfants, après le mariage également). Nous ne sommes pas en présence d'une situation où les arrangements financiers des parties, au moment de la séparation, auraient fourni à l'époux dépendant une source de revenus un peu inférieure à ce qu'un tribunal aurait accordé, mais malgré tout raisonnable dans les circonstances. L'accord de séparation n'a prévu aucune pension alimentaire ni source de revenus au profit de M^{me} Miglin, tandis que l'entente de consultation lui assurait un salaire annuel de seulement 15 000 \$, auquel M. Miglin a mis fin après cinq ans, malgré le besoin dans lequel se trouvait toujours M^{me} Miglin. Même si la majorité souligne l'augmentation de la valeur nette de l'actif de M^{me} Miglin depuis la séparation, il n'en reste pas moins que, dans un avenir prévisible, M^{me} Miglin ne disposera d'aucune source de revenus autre que la pension alimentaire qu'elle reçoit pour ses enfants, à moins de vendre sa maison ou se départir de REER dont elle a besoin pour sa sécurité future.

En conséquence, examinés dans leur ensemble, les arrangements financiers des parties sortent du cadre généreux à l'intérieur duquel un désaccord raisonnable est possible, à propos de la façon de réaliser les objectifs du par. 15.2(6) en matière d'obligation alimentaire entre époux, au moment de la requête de M^{me} Miglin. Il convenait donc que le juge de première instance intervienne et fasse droit à sa demande de mesures accessoires. Comme la question du montant des aliments n'a pas été plaidée devant notre Cour, je suppose, sans toutefois en décider, que le montant octroyé par le juge de première instance, et maintenu par la Cour d'appel, était approprié.

Je conviens avec la Cour d'appel qu'il y a lieu d'éliminer la limite de cinq ans imposée par le juge de première instance aux versements alimentaires. Bien qu'il incombe à M^{me} Miglin de prendre des mesures pour parvenir à l'indépendance économique, conformément à l'al. 15.2(6)d), la Cour doit veiller à situer cette responsabilité dans un contexte où M^{me} Miglin élève de jeunes enfants et où cette responsabilité représente pour elle une activité à temps plein. M. Miglin ne s'est pas opposé à la décision de M^{me} Miglin de rester à la maison avec

254

255

“fully aware at the time of negotiating the separation agreement that his wife would be involved in full time care of his four children, and that there was little likelihood that she could become economically self-supporting until the children matured” (para. 32). Given the ages of the parties’ children and Ms. Miglin’s responsibilities to them, I share Abella J.A.’s view that the five-year time limit was “unhelpfully speculative”. The situation here is not, however, a static one. Ms. Miglin must be alive to the fact that she has an ongoing obligation to make herself self-sufficient, in so far as is practicable. As Ms. Miglin’s children grow older, her responsibility for finding employment may well increase, and the court retains the jurisdiction to intervene if, at some later date, it becomes clear that Ms. Miglin is not making a serious effort to move towards self-sufficiency.

les enfants. Comme le juge de première instance le fait observer, M. Miglin [TRADUCTION] « savait fort bien, lors de la négociation de l’entente de séparation, que son épouse consacrera tout son temps à s’occuper de leurs quatre enfants et que, jusqu’à ce que les enfants atteignent l’âge adulte, les possibilités pour elle d’acquérir une autonomie financière étaient minces » (par. 32). En raison de l’âge des enfants et de la nature des responsabilités que M^{me} Miglin assume envers eux, je suis d’accord avec la juge Abella pour dire que la limite de 5 ans relève de la [TRADUCTION] « conjecture ». La situation en l’espèce n’est cependant pas immuable. M^{me} Miglin doit être bien consciente qu’elle demeure tenue de parvenir dans la mesure du possible à l’indépendance économique. À mesure que grandiront ses enfants, sa responsabilité de rechercher un emploi pourra augmenter et le tribunal conserve son pouvoir d’intervention s’il s’avère, dans l’avenir, qu’elle ne s’efforce pas réellement d’accéder à l’indépendance économique.

V. Disposition

256 I would dismiss the appeal and affirm the order of the Ontario Court of Appeal. Ms. Miglin will have her costs throughout.

Appeal allowed, LeBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Nicole Tellier, Toronto; Watson Jordan, Toronto.

Solicitors for the respondent: Epstein Cole LLP, Toronto.

V. Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario. M^{me} Miglin a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli, les juges LeBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs de l’appelant : Nicole Tellier, Toronto; Watson Jordan, Toronto.

Procureurs de l’intimée : Epstein Cole LLP, Toronto.