

Gary Leskun *Appellant*

v.

Sherry Jean Leskun *Respondent*

INDEXED AS: LESKUN v. LESKUN

Neutral citation: 2006 SCC 25.

File No.: 30548.

2006: February 15; 2006: June 21.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Family law — Divorce — Spousal support — Relevance of spousal misconduct — Husband's affair having emotionally devastating effect on wife — Wife unable to attain self-sufficiency — Whether Court of Appeal erred in taking into account spousal misconduct in determining entitlement to support — Whether husband's capital assets acquired after marital break-up to be considered in determining his ability to pay spousal support — Whether objective of promoting self-sufficiency constituting duty — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

The parties were married in 1978. After 20 years of marriage, during which the wife worked, financially contributed to her husband's continuing education, and bore his child, she was in short order afflicted with a significant back injury and the elimination of her job. Soon after, her husband told her that he wanted a divorce to marry another woman. The parties divorced in 1999. At trial, the wife was found to be entitled to support and was granted \$2,250 per month "until Sherry Leskun returns to full employment, when both entitlement and quantum will be reviewed". In 2003, an application by the husband to discontinue support payments on the basis that he was now unemployed and in financial difficulty was denied. The chambers judge found that the wife was not self-sufficient and remained in need of spousal support. The Court of Appeal affirmed the ruling. A majority of the court indicated that the *Divorce Act* did not prevent consideration of a failure to achieve self-sufficiency as being the result, at least in part, of the emotional devastation caused by the other

Gary Leskun *Appelant*

c.

Sherry Jean Leskun *Intimée*

RÉPERTORIÉ : LESKUN c. LESKUN

Référence neutre : 2006 CSC 25.

N° du greffe : 30548.

2006 : 15 février; 2006 : 21 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire pour le conjoint — Pertinence des fautes de l'époux — Liaison du mari ayant causé l'effondrement émotionnel de l'épouse — Incapacité de cette dernière d'acquiescer son indépendance — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de tenir compte des fautes de l'époux pour décider du droit à une pension alimentaire? — Pouvait-elle tenir compte de l'actif immobilisé acquis après la rupture du mariage pour évaluer la capacité du mari de payer une pension alimentaire? — L'objectif de l'indépendance se double-t-il d'une obligation de l'acquiescer? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2.

Les parties se sont mariées en 1978. Après 20 ans de mariage pendant lesquels elle avait travaillé, contribué financièrement à la formation continue de son mari et porté son enfant, l'épouse a, dans un bref intervalle, subi une grave blessure au dos et perdu son emploi. Peu après, son mari lui a annoncé qu'il voulait divorcer pour épouser une autre femme. Le divorce a été prononcé en 1999. Le juge de première instance a estimé que l'épouse avait droit à une aide et lui a accordé une pension alimentaire de 2 250 \$ par mois « jusqu'à ce que Sherry Leskun occupe un emploi à temps plein, après quoi il y aura révision du droit à la pension et du montant de celle-ci ». En 2003, la demande d'annulation de la pension alimentaire au motif que le mari était sans emploi et avait des difficultés financières a été rejetée. La juge en chambre a conclu que l'épouse n'avait pas acquis son indépendance et avait toujours besoin d'une pension alimentaire. La Cour d'appel a confirmé la décision. Les juges majoritaires ont estimé que la *Loi sur le divorce* n'empêchait pas le tribunal de considérer

spouse's misconduct. There were also a number of other factors unrelated to misconduct, including the wife's age at the time of the marriage break-up and her health problems, which led the court unanimously to uphold the support order.

Held: The appeal should be dismissed.

The 1985 *Divorce Act* eliminates misconduct, as such, as a relevant consideration when making an award for spousal support. Section 15.2(5) provides that in making an interim or final order for spousal support, "the court shall not take into consideration any misconduct of a spouse in relation to the marriage". In addition, s. 17(6) instructs the court not to consider in a variation application any conduct that could not be considered in the making of the initial order. These provisions make it clear that misconduct should not creep back into the court's deliberation as a relevant "condition" or "other circumstance" which the court is to consider under s. 15.2(4) in making or varying a spousal support order. There is, of course, a distinction between the emotional consequences of misconduct and the misconduct itself. Those consequences are not rendered irrelevant because of their genesis in the other spouse's misconduct. On the contrary, they can be highly relevant to factors, such as a claimant spouse's capacity to be self-sufficient, which must be considered when making a spousal support order. Failure to achieve self-sufficiency is not a breach of "a duty". It is simply one factor amongst others to be taken into account when considering a spousal support order. [20-22] [27]

Here, the majority of the Court of Appeal wrongly suggested that a court can achieve indirectly what Parliament has said the court is not to do directly. While the needs and circumstances of the claimant spouse are relevant to a failure to achieve the objective of self-sufficiency, it is the attribution of fault to the other spouse that is deemed by Parliament to be irrelevant to the issue of spousal support in a regime designed to deal with the consequences of marital breakdowns on a no-fault basis. However, the Court of Appeal's decision dismissing the husband's application for a reduction in support payments should be affirmed on the basis of the other factors unrelated to misconduct. In addition, the narrowness of the wife's work experience, which was mentioned by the chambers judge in her ruling, underlines how difficult it is for someone now approaching 60 years of age to re-enter the labour force after a

que l'omission d'un époux d'acquérir son indépendance résultait, du moins en partie, de l'effondrement émotionnel causé par les fautes de l'autre époux. D'autres éléments étrangers à ces fautes, dont l'âge de l'épouse au moment de la rupture et ses problèmes de santé, ont amené la Cour d'appel à confirmer l'ordonnance alimentaire à l'unanimité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur le divorce* de 1985 a fait de la faute une considération non pertinente pour statuer sur une demande de pension alimentaire. Le paragraphe 15.2(5) prévoit qu'en rendant une ordonnance alimentaire provisoire ou définitive au profit d'un époux, « le tribunal ne tient pas compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage ». De plus, le par. 17(6) dispose que le tribunal saisi d'une demande de modification ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance initiale. Il ressort de ces dispositions que la faute ne doit pas redevenir un volet de la « situation » que le tribunal peut prendre en considération suivant le par. 15.2(4) pour rendre une ordonnance alimentaire ou la modifier. Il existe évidemment une distinction entre les conséquences émotionnelles d'une faute et la faute elle-même. Ces conséquences ne perdent pas leur pertinence parce qu'elles ont pour origine la faute de l'autre époux. Elles peuvent au contraire présenter une grande pertinence en ce qui concerne les éléments à prendre en considération pour décider du droit à une pension, comme la capacité de l'époux requérant de devenir indépendant. L'omission d'acquérir son indépendance ne constitue pas un manquement à « une obligation ». Ce n'est qu'un élément parmi ceux que prend en compte le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire au profit d'un époux. [20-22] [27]

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont laissé entendre à tort qu'un tribunal pouvait faire indirectement ce que le législateur ne lui permettait pas de faire directement. Les besoins et la situation de l'époux requérant sont pertinents quant à l'omission d'atteindre l'objectif de l'indépendance, mais le législateur juge l'imputation d'une faute à l'autre époux non pertinente quant au droit à une pension alimentaire dans le cadre d'un régime visant à remédier aux conséquences de la rupture du mariage sans égard aux causes de celle-ci. Toutefois, la décision de la Cour d'appel de rejeter la demande de réduction de la pension alimentaire versée par le mari doit être confirmée sur le fondement des autres éléments étrangers à la faute. En outre, l'expérience de travail limitée de l'épouse constatée par la juge en chambre fait ressortir la difficulté de réintégrer le marché du travail après une longue absence pour une

lengthy absence and with few marketable skills outside the limits of her former job at a bank. [2-3] [24]

In determining the husband's ability to pay spousal support, the chambers judge did not err in taking into account his capital assets acquired after the marital break-up. The issue of "double dipping" did not arise because the capital assets at issue did not exist at the time of the division of capital at the initial trial. To say that capital assets cannot be considered would not reflect the true "means needs and other circumstances" of the parties as required by s. 15.2(4) of the *Divorce Act*. [29-32]

Insofar as possible, trial courts should resolve the controversies before them and make an order which is permanent subject only to change under s. 17 on proof of a change of circumstances. If the s. 15.2 court considers it essential (as here) to identify an issue for future review, the issue should be tightly delimited in the s. 15.2 order. In this case, the husband's application is properly characterized as a review application, not an application to vary, and it was not necessary for him to demonstrate a change in circumstances. However, whether his application is treated as having been brought under s. 15.2 of the *Divorce Act* (which would be more favourable to the husband) or under s. 17 makes no difference to the outcome in the case. His application does not rise or fall on the issue of onus. It fails on the facts. [39] [41-42]

Cases Cited

Referred to: *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112; *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43; *Cunha v. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93; *Choquette v. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Schmidt v. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113; *Keller v. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2, 17.
Divorce Act, S.C. 1967-68, c. 24, s. 11.

Authors Cited

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

personne approchant aujourd'hui la soixantaine et ne possédant que peu de compétences recherchées, hormis celles liées à son ancien emploi dans une banque. [2-3] [24]

La juge en chambre n'a pas eu tort de tenir compte de l'actif immobilisé acquis après la rupture du mariage pour évaluer la capacité du mari de verser une pension alimentaire. La question de la « double ponction » ne se posait pas, car cet actif immobilisé n'existait pas lors de la répartition initiale des biens. Faire fi de l'actif immobilisé ne permettrait pas de circonscrire les « ressources, [l]es besoins et, d'une façon générale, [...] la situation » véritables des parties comme l'exige le par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*. [29-32]

Dans la mesure du possible, le tribunal de première instance doit résoudre les différends dont il est saisi et rendre une ordonnance définitive ne pouvant faire l'objet d'une modification que selon l'art. 17 moyennant la preuve d'un changement de situation. Lorsque, comme en l'espèce, le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance fondée sur l'art. 15.2 juge essentiel de déterminer une question qui fera ultérieurement l'objet d'une révision, il doit le faire très précisément dans l'ordonnance qu'il rend. Dans la présente affaire, la demande du mari a été considérée à juste titre comme une demande de révision, et non de modification, et un changement de situation n'avait pas à être établi. Cependant, que la demande soit fondée sur l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* (plus favorable au mari) ou sur l'art. 17 ne change rien au résultat. Son sort ne dépend pas du fardeau de la preuve. Son rejet est imputable aux faits. [39] [41-42]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43; *Cunha c. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93; *Choquette c. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Schmidt c. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113; *Keller c. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL).

Lois et règlements cités

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2, 17.
Loi sur le divorce, S.C. 1967-68, ch. 24, art. 11.

Doctrine citée

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Newbury and Hall JJ.A.) (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 244 D.L.R. (4th) 612, 7 R.F.L. (6th) 110, [2004] B.C.J. No. 1597 (QL), 2004 BCCA 422, affirming the order of Morrison J., 2003 CarswellBC 3564. Appeal dismissed.

Lorne N. MacLean, Alison M. Ouellet, Shawna L. Specht and Shelagh M. Kinney, for the appellant.

Sherry Jean Leskun, on her own behalf.

Colin A. Millar, as amicus curiae.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — This appeal comes to us largely on the strength of a statement in the majority judgment of the British Columbia Court of Appeal that while a court dealing with spousal support under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), is directed not to take into account “any misconduct of a spouse in relation to the marriage” (s. 15.2(5)), it is nevertheless appropriate to take into account the fact the failure to achieve self-sufficiency resulted “at least in part from the emotional devastation of misconduct by the other spouse”: (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422, at para. 56. Southin J.A. described the respondent wife (who is self-represented) as

bitter to the point of obsession with his misconduct and in consequence [she] has been unable to make a new life. Her life is this litigation. [para. 54]

The misconduct consists essentially in the facts that after 20 years of marriage, during which the wife worked, and financially contributed to her husband’s continuing education, and bore his child, she was in short order afflicted with a significant back injury and the elimination of her job, and was soon after abandoned by the appellant husband, who announced that he wanted a divorce to marry someone else and live in Chicago. He had, his

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Newbury et Hall) (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 244 D.L.R. (4th) 612, 7 R.F.L. (6th) 110, [2004] B.C.J. No. 1597 (QL), 2004 BCCA 422, qui a confirmé une ordonnance de la juge Morrison, 2003 CarswellBC 3564. Pourvoi rejeté.

Lorne N. MacLean, Alison M. Ouellet, Shawna L. Specht et Shelagh M. Kinney, pour l’appellant.

Sherry Jean Leskun, en personne.

Colin A. Millar, en qualité d’amicus curiae.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi découle en grande partie des propos des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique selon lesquels, même si le tribunal saisi d’une demande d’ordonnance alimentaire au profit d’un époux sur le fondement de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), ne doit pas tenir compte « des fautes commises par l’un ou l’autre des époux relativement au mariage » (par. 15.2(5)), il est néanmoins indiqué de prendre en considération le fait que l’omission d’un époux d’acquérir son indépendance a résulté, [TRADUCTION] « du moins en partie, de l’effondrement émotionnel causé par les fautes de l’autre époux » : (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422, par. 56. Voici comment la juge Southin, de la Cour d’appel, a décrit l’épouse intimée (non représentée par avocat) :

[TRADUCTION] amère au point d’être obsédée par les fautes [de son ex-époux], de sorte qu’elle n’a pu refaire sa vie. Sa vie se résume au présent litige. [par. 54]

Essentiellement, la faute de l’époux appellant tient à ce que, après 20 ans de mariage pendant lesquels l’épouse intimée avait travaillé, contribué financièrement à la formation continue de son époux et porté son enfant, puis, dans un bref intervalle, subi une grave blessure au dos et perdu son emploi, il l’a abandonnée peu après, lui annonçant qu’il voulait divorcer pour épouser une autre femme et vivre à Chicago. Comme l’a reconnu l’avocat de l’époux

counsel acknowledged, been “carrying on behind his wife’s back”, for some time.

2

I agree with the appellant and with the concurring opinion of Newbury J.A. in the British Columbia Court of Appeal that the majority judgment wrongly suggests that a court can achieve indirectly what Parliament has said the court is not to do directly. The needs and circumstances of the claimant spouse will of course be relevant to a failure to achieve the objective of self-sufficiency. It is the attribution of fault to the other spouse that is deemed by Parliament to be irrelevant to the issue of spousal support in a regime designed to deal with the consequences of marital breakdowns on a no-fault basis.

3

However, there were a number of other factors, unrelated to the observations about misconduct, that led the Court of Appeal unanimously to dismiss the appellant husband’s claim for a reduction in support payments. The judgment under appeal can and should be sustained on that basis. I would therefore dismiss the appeal.

I. Facts

4

The parties were married in 1978. They had one daughter who has a child. Both the daughter and the grandchild reside with the respondent wife, who is currently 59 years old. She and the appellant husband, who is about ten years younger, met while both were working at the Toronto-Dominion Bank. The respondent had two children from her first marriage. The appellant helped to raise them. The respondent continued to work at the bank for most of the marriage except for interruptions from time to time to help the appellant advance his education. He obtained an MBA from the University of Western Ontario and worked towards qualification as a Certified General Accountant. These educational qualifications substantially boosted his income earning capacity. To meet the family’s needs while the appellant was studying, the respondent cashed in her RRSPs and obtained the return of her pension contributions, both of which in the long run contributed to her present financial problems.

appellant, son client [TRANSLATION] « agissait dans le dos de son épouse » depuis un certain temps.

Je partage l’avis de l’appellant et l’opinion concordante de la juge Newbury, de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, selon lesquels le jugement majoritaire laisse entendre à tort qu’un tribunal peut faire indirectement ce que le législateur ne lui permet pas de faire directement. Les besoins et la situation de l’époux requérant sont certes pertinents quant à l’omission d’atteindre l’objectif de l’indépendance. C’est l’imputation d’une faute à l’autre époux que le législateur juge non pertinente quant au droit à une pension alimentaire dans le cadre d’un régime visant à remédier aux conséquences de la rupture du mariage sans égard aux causes de celle-ci.

Toutefois, d’autres éléments, étrangers aux remarques sur la faute, ont amené la Cour d’appel à rejeter à l’unanimité la demande de réduction de la pension alimentaire versée par l’époux appellant. Le jugement frappé d’appel peut et doit être confirmé sur cette base. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

Les parties se sont mariées en 1978. Ils ont eu une fille qui, aujourd’hui, a un enfant. La fille et la petite-fille vivent toutes deux avec l’épouse intimée, actuellement âgée de 59 ans. L’épouse intimée et l’époux appellant, qui a environ dix ans de moins qu’elle, se sont connus au travail, à la Banque Toronto-Dominion. L’intimée avait deux enfants nés d’un premier mariage. L’appellant l’a aidée à les élever. L’intimée a continué de travailler à la banque pendant la plus grande partie du mariage, sauf lors de certaines périodes afin d’aider l’appellant à parfaire sa formation. Ce dernier a obtenu un MBA de l’Université de Western Ontario, puis franchi les étapes pour devenir comptable général licencié, ce qui a considérablement accru sa capacité de gain. Pour subvenir aux besoins de la famille pendant les études de l’appellant, l’intimée a encaissé ses REER et obtenu le remboursement de ses cotisations de retraite, ce qui, à long terme, a contribué à ses difficultés financières actuelles.

In 1993, the appellant left the bank and joined Motorola, which in April 1998 moved him to Chicago as its local Director of Program Management. It was expected that the respondent would move to Chicago to join him. In September of that year, however, the appellant returned to Vancouver to inform her that he wanted a divorce, which was obtained in 1999. Pending resolution of a number of issues, the appellant agreed to pay the respondent \$2,250 per month as interim support.

When the issue of permanent spousal support eventually went to trial, Collver J. was confronted with serious uncertainty about the wife's financial prospects: [2000] B.C.J. No. 1085 (QL), 2000 BCSC 1912. Firstly, as mentioned, the respondent had injured her back in 1995 (when she and the appellant were lifting a generator at their home). This required surgery. Her recovery was incomplete. Secondly, the month prior to the marital break-up, the respondent learned that her position at the TD Bank was about to be eliminated. Shortly thereafter she applied for long-term disability benefits arising out of her back injury. The benefits were granted but then discontinued in the fall of 1999. (Subsequent to the trial, the respondent received a severance award from the TD Bank of \$83,000.)

In his decision, the trial judge held that the respondent had been disadvantaged by the marriage. The interruption in her career did not enhance her position at the bank and, as stated, she had cashed in her RRSPs and pension contributions to meet the family needs. Further, following the marital breakdown, the combined incomes of the appellant and his new wife enabled them to enjoy a standard of living that the respondent could not possibly maintain on her own. The respondent's ability to attain economic self-sufficiency was in some doubt. Collver J. held that she needed, and was entitled to, support until she had resolved outstanding issues with the TD Bank. He therefore ruled that: "Spousal support of \$2,250 per month will continue until Sherry Leskun returns to full employment, when both entitlement and quantum will be reviewed" (para. 25b). However, the formal order

En 1993, l'appelant a quitté la banque pour se joindre à Motorola. En avril 1998, il a été muté à Chicago pour y occuper le poste de directeur régional de la gestion des programmes. L'intimée devait aller le rejoindre à Chicago et s'y installer, mais en septembre de la même année, l'appelant est rentré à Vancouver pour l'informer de son intention d'obtenir le divorce, lequel a été prononcé en 1999. Jusqu'au règlement d'un certain nombre de questions, l'appelant a convenu de verser à l'intimée une pension alimentaire provisoire de 2 250 \$ par mois.

À l'audition de la demande de pension alimentaire permanente, l'avenir financier de l'épouse a laissé le juge Collver très perplexe : [2000] B.C.J. No. 1085 (QL), 2000 BCSC 1912. D'abord, je le répète, l'intimée s'était blessée au dos en 1995 (en soulevant une génératrice avec l'appelant à la maison). Elle avait dû subir une chirurgie et ne s'était jamais totalement rétablie. Ensuite, au cours du mois qui avait précédé la rupture, l'intimée avait appris que la Banque TD allait supprimer son poste. Peu de temps après, elle avait demandé puis obtenu des prestations d'invalidité de longue durée pour sa blessure au dos, mais leur versement avait cessé à l'automne 1999. (Après le procès, la Banque TD lui a versé une indemnité de départ de 83 000 \$.)

Dans sa décision, le juge de première instance a conclu que l'intimée avait été désavantagée par le mariage. L'interruption de sa carrière avait nui à son avancement à la banque et, nous l'avons vu, elle avait encaissé ses REER et ses cotisations de retraite pour subvenir aux besoins de la famille. De plus, après la rupture, le revenu combiné de l'appelant et de sa nouvelle épouse leur avaient assuré un niveau de vie auquel l'intimée ne pouvait prétendre avec ses seules ressources. La capacité de l'intimée d'acquérir son indépendance financière demeurerait incertaine. Le juge Collver a estimé que jusqu'au règlement des questions relatives à son avenir à la Banque TD, elle avait non seulement besoin d'aide, mais y avait droit. Il a donc ordonné que [TRADUCTION] « le versement d'une pension alimentaire de 2 250 \$ par mois se poursuive jusqu'à ce que Sherry Leskun occupe un emploi à temps

5

6

7

issued over a year later did not put the condition so specifically and simply provided as follows:

The Plaintiff shall pay spousal support to the Defendant in the sum of \$2,250.00 per month . . . until further Order of this Honourable Court, and the Plaintiff shall be at liberty to apply for an Order reviewing both entitlement to and quantum of spousal support. [Emphasis added; para. 2.]

8

In addition, the respondent received sole title to the couple's townhouse and its contents (subject to an existing line of credit). The RRSPs were equalized. The appellant's whole life insurance policy, the parties' boat, a loan owing by the respondent's son and certain of the parties' credit card debts were divided equally and the parties retained their separate pensions and CPP credits as their sole property.

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*, 2003 Carswell BC 3564

9

In May 2003, the appellant applied to discontinue support payments on the basis that he was now unemployed and in financial difficulty. However, the chambers judge concluded that the appellant had been less than forthright with the court about his financial circumstances and concluded that his lifestyle and investments showed a much better financial situation than that of the respondent. The appellant's argument that his economic prospects were no longer significantly better than his former wife's was "nonsense" (para. 17). In the view of Morrison J., the appellant had a significant earning capacity and he possessed assets of approximately US \$761,800 (para. 15) equivalent at that time to about 1 million dollars Canadian.

10

The chambers judge found that the respondent was not self-sufficient and remained in need of spousal support. She noted that the respondent was still "consumed by bitterness over the end of

plein, après quoi il y aura révision du droit à la pension et du montant de celle-ci » (par. 25b). Or, l'ordonnance formelle rendue plus d'un an après n'était pas aussi précise et prévoyait simplement :

[TRADUCTION] Le demandeur versera à la défendresse une pension alimentaire de 2 250 \$ par mois [. . .] jusqu'à ce que la Cour rende une autre ordonnance, et le demandeur pourra saisir la Cour d'une demande de révision du droit à la pension et du montant de celle-ci. [Je souligne; par. 2.]

De plus, l'intimée est devenue l'unique propriétaire de la maison en rangée du couple et de son contenu (sous réserve de la prise en charge d'une marge de crédit). Les REER des parties ont été nivelés. La valeur totale de la police d'assurance-vie de l'appelant, le bateau des parties, le solde impayé d'un prêt contracté par le fils de l'intimée et certains soldes de cartes de crédit des parties ont été partagés également, les parties conservant la propriété exclusive des fonds versés à leurs régimes de retraite respectifs et au RPC.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, 2003 Carswell BC 3564

En mai 2003, l'appelant a demandé l'annulation de la pension alimentaire, alléguant qu'il était sans emploi et avait des difficultés financières. La juge en chambre a estimé que l'appelant n'avait pas été tout à fait franc au sujet de sa situation financière et que son train de vie et ses placements révélaient une situation financière bien meilleure que celle de l'intimée. Elle a jugé [TRADUCTION] « insensée » l'allégation de l'appelant selon laquelle son avenir financier ne s'annonçait guère plus brillant que celui de son ex-épouse (par. 17). Selon la juge Morrison, l'appelant avait une capacité de gain importante et possédait des biens d'une valeur approximative de 761 800 \$ US (par. 15), ce qui équivalait alors à environ un million de dollars canadiens.

La juge en chambre a conclu que l'intimée n'avait pas acquis son indépendance et avait toujours besoin d'une pension alimentaire, ajoutant que [TRADUCTION] « la rupture, ainsi que ce qu'elle

her marriage and what she sees as the betrayal and duplicity of her former husband; and her inability to move on in the workforce is unfortunate” (para. 6). She “seems unable to find even part-time employment” (para. 7), having worked only in banking since the age of 17. She had to borrow money from friends.

The respondent was disadvantaged by the marriage and the disadvantage continued. Her lack of formal education, narrow work experience, age and health were also factors. While the respondent was at risk in putting reliance on the appellant, Morrison J. held that spousal support at the rate of \$2,250 per month should continue. She also ordered the appellant to pay arrears.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422

(1) Southin J.A.

The court rejected the appellant’s various grounds of appeal. Southin J.A. was unable to say that the chambers judge erred in her conclusions, including the respondent’s inability to support herself and the appellant’s ability to pay. As to the appellant’s objection to having to use his capital to pay ongoing spousal maintenance, she ruled that capital is part of the “means” of each party that the *Divorce Act* requires be taken into account.

Southin J.A. noted that while there was agreement that the respondent was not self-sufficient, the chambers judge had made no findings as to why this was so, nor did the chambers judge express a view as to whether the respondent should have or *could* have become self-sufficient. In Southin J.A.’s view, the *Divorce Act* does not prevent consideration of a failure to achieve self-sufficiency as being the result, at least in part, of the emotional devastation caused by the other spouse’s misconduct. Southin J.A. made clear that there

considère comme une trahison et une duplicité de la part de son ex-époux, nourrissent toujours une profonde amertume; il est malheureux qu’elle n’ait pu réintégrer le marché du travail » (par. 6). La juge a également fait observer qu’elle [TRADUCTION] « semblait incapable de trouver ne serait-ce qu’un emploi à temps partiel » (par. 7) car, depuis l’âge de 17 ans, elle n’avait travaillé que dans le secteur bancaire. En outre, l’intimée avait dû emprunter de l’argent à des amis.

L’intimée avait été et demeurait désavantagée par le mariage. Son manque d’instruction, son expérience de travail limitée, son âge et sa santé jouaient également. La juge Morrison a statué que même s’il était risqué pour l’intimée de se fier à l’appellant, le versement de la pension alimentaire de 2 250 \$ par mois devait se poursuivre. Elle a également ordonné à l’appellant de payer l’arriéré.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422

(1) La juge Southin

La Cour d’appel a rejeté les différents motifs d’appel. La juge Southin n’a pas été en mesure d’affirmer que la juge en chambre avait tiré des conclusions erronées, notamment quant à l’incapacité de l’intimée de gagner sa vie et à la capacité de payer de l’appellant. Au refus de ce dernier d’affecter son actif immobilisé au versement de la pension alimentaire, elle a répondu que l’actif immobilisé fait partie des « ressources » de chacune des parties qui doivent être prises en compte suivant la *Loi sur le divorce*.

La juge Southin a fait observer que même si nul ne contestait que l’intimée n’était pas indépendante, la juge en chambre n’avait pas tiré de conclusion sur la raison d’être de cette situation, ni exprimé d’opinion quant à savoir si l’intimée aurait dû ou *pu* acquérir son indépendance. Selon elle, la *Loi sur le divorce* n’empêchait pas le tribunal de considérer que l’incapacité d’accéder à l’indépendance résultait, du moins en partie, de l’effondrement émotionnel causé par les fautes de l’autre époux. Elle a précisé que [TRADUCTION] « d’autres

11

2006 SCC 25 (CanLII)

12

13

were “further factors” supporting the ruling of the chambers judge, including the age of the respondent at the time of the break-up of the marriage, her health problems and unrelated family sorrows (para. 57). Southin J.A. was not prepared to hold that the respondent had conducted herself in such a manner as to be disentitled to support.

(2) Newbury J.A. (concurring)

14

Newbury J.A. also dismissed the appeal. She accepted that the respondent remained in need of support and was not self-sufficient. However, she held that the *Divorce Act*’s strictures against considering the misconduct of a spouse in relation to the marriage when considering support orders meant that “bitterness” cannot be an adequate reason for not achieving self-sufficiency (para. 62). Newbury J.A. felt that the respondent ought to have been employable at least on a part-time basis in the banking business. While the respondent had advised the court that she had sought employment unsuccessfully, she failed to file any evidence on this point. On the other hand, Newbury J.A. noted the respondent’s age and family and medical difficulties which were exacerbated by the breakdown of the marriage. For those reasons, and not because of any misconduct-related devastation, she “reluctantly” upheld the support order (para. 63).

III. Analysis

15

The appellant says the Court of Appeal erred (i) in taking into account spousal misconduct in determining whether the respondent is entitled to spousal support; (ii) in failing to give meaningful effect to the respondent’s “duty or obligation to pursue the goal of self-sufficiency”; (iii) in taking into account the appellant’s capital in determining his ability to pay spousal support; and (iv) in apparently treating his application as a s. 17(1) *variation* of the original order, thus imposing on him a requirement to demonstrate changed circumstances, instead of a *review* pursuant to a condition set out in the s. 15.2 order, which imposes no such onus. The respondent, who as stated is self-represented, provided a

éléments » étayaient la conclusion de la juge en chambre, dont l’âge de l’intimée au moment de la rupture, ses problèmes de santé et d’autres épreuves familiales (par. 57). Elle n’était pas disposée à conclure que le comportement de l’intimée lui avait fait perdre le droit à une pension alimentaire.

(2) La juge Newbury (motifs concordants)

La juge Newbury a également rejeté l’appel. Elle a reconnu que l’intimée avait toujours besoin d’aide et n’avait pas acquis son indépendance. Elle a cependant conclu que vu l’interdiction faite par la *Loi sur le divorce* au tribunal saisi d’une demande de pension alimentaire de tenir compte des fautes commises par l’un ou l’autre des époux relativement au mariage, [TRADUCTION] « l’amertume » (par. 62) ne pouvait constituer un motif valable de ne pas devenir indépendant. À son avis, l’intimée aurait dû au moins être en mesure de trouver un emploi à temps partiel dans le secteur bancaire. L’intimée avait dit avoir tenté en vain d’obtenir un emploi, mais elle n’avait offert aucun élément de preuve à l’appui. En revanche, la juge Newbury a pris acte de l’âge, ainsi que des problèmes familiaux et médicaux de l’intimée qu’avait exacerbés la rupture du mariage. Pour ces motifs, et non à cause de l’effondrement imputable à la faute de quiconque, elle a confirmé [TRADUCTION] « à regret » l’ordonnance alimentaire (par. 63).

III. Analyse

L’appellant fait valoir que la Cour d’appel a eu tort (i) de tenir compte des fautes de l’un des époux pour décider du droit de l’intimée à une pension alimentaire, (ii) de ne pas donner véritablement effet à [TRADUCTION] « l’obligation [de l’intimée] de chercher à atteindre l’indépendance », (iii) de prendre en considération son actif immobilisé pour déterminer sa capacité de payer la pension alimentaire et (iv) de sembler considérer qu’il demandait une ordonnance *modificative* au sens du par. 17(1), ce qui exigeait la preuve d’un changement de situation, et non la *révision*, suivant son libellé, de l’ordonnance fondée sur l’art. 15.2, ce qui n’exigeait pas une telle preuve. L’intimée, qui, je le rappelle,

scalding reply on each point. In this Court, we were greatly assisted by the *amicus curiae*. I propose to address the appellant's objections in order.

A. *Relevance of Spousal Misconduct*

The appellant objects that the majority decision of the Court of Appeal wrongly relied on his alleged misconduct to exonerate his former wife from the consequences of her failure to achieve economic self-sufficiency. The appellant did not challenge the finding that the respondent was not self-sufficient. His point is that in the five years that elapsed between the marital break-up and the hearing before Morrison J. she *ought* to have moved on emotionally and become self-sufficient financially.

There is some merit in his complaint that his self-represented wife failed to put on the record documentary support corroborating her alleged job hunting efforts or to file medical evidence to support a finding of continued inability to achieve self-sufficiency. She filed considerable documentary evidence on lesser matters. Nevertheless the chambers judge heard the respondent and after reading the record was satisfied on that point. The finding of fact was upheld on appeal.

Self-sufficiency is one of the goals set out in s. 15.2(6) of the *Divorce Act* which provides that spousal support orders 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.

n'était pas représentée, a répliqué à chacune des allégations. Notre Cour a bénéficié grandement de l'aide apportée par l'*amicus curiae*. J'examinerai successivement ces motifs d'appel.

A. *La pertinence des fautes de l'époux*

L'appellant prétend que pour soustraire son épouse aux conséquences de son omission de devenir indépendante financièrement, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tenu compte à tort des fautes qui lui étaient imputées. Il ne conteste pas que l'intimée n'est pas autonome. Il soutient plutôt qu'elle *aurait dû*, au cours des cinq années qui se sont écoulées entre leur rupture et l'audience devant la juge Morrison, tourner la page sur le plan émotionnel et devenir indépendante financièrement.

L'appellant n'a pas tort de relever l'omission de son épouse, non représentée, de verser au dossier des documents attestant sa recherche d'emploi ou une preuve médicale permettant de conclure qu'elle n'est toujours pas en mesure d'acquérir son indépendance. Elle a offert une preuve documentaire considérable sur des points bien moins importants. Pourtant, la juge en chambre a entendu l'intimée et, après avoir pris connaissance du dossier, elle s'est déclarée convaincue sur ce point. Cette conclusion de fait a été confirmée en appel.

L'indépendance est l'un des objectifs énoncés au par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*, qui précise que l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un époux 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.

16

17

18

19

In forceful submissions, counsel for the appellant says that the court should not encourage unemployment self-induced by a spouse's "scorched earth" policy and warns that if the court is to permit "a claim that a spous[e]'s adulterous conduct has left the non-offending spouse so bitter and emotionally traumatized as to be unable to return to work", the court will not only be "opening the floodgates" but create a "legal tsunami" of review or variation applications which would not only "be the return to fault in the *Divorce Act*" but lead to a "weakening, I guess, of the Canadian economy".

Dans une plaidoirie bien sentie, l'avocat de l'appelant affirme que les tribunaux ne doivent pas encourager le chômage volontaire dû à la politique [TRADUCTION] « de la terre brûlée » adoptée par l'un des époux et qu'en faisant droit [TRADUCTION] « comme en l'espèce à la prétention que l'adultère d'un époux a rendu l'autre amer et émotionnellement instable au point de ne plus pouvoir reprendre le travail », non seulement ils [TRADUCTION] « ouvriront les vannes », mais ils provoqueront un [TRADUCTION] « tsunami » de demandes de révision et de modification qui entraînera, outre [TRADUCTION] « le retour de la faute dans la *Loi sur le divorce*, [. . .] un affaiblissement de l'économie canadienne ».

20

I believe that stripped of the rhetoric, the appellant has a valid point of statutory interpretation. Prior to the 1985 Act, s. 11 of the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, directed the court to have "regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them" in exercising its discretion in making an award of spousal support. The 1985 Act sought to eliminate misconduct, as such, as a relevant consideration. Section 15.2(5) of the *Divorce Act* now provides that in making an interim or final order for spousal support, "the court shall not take into consideration any misconduct of a spouse in relation to the marriage". In addition, s. 17(6) instructs the court not to consider any conduct in a variation application that could not be considered in the making of the initial order. These provisions make it clear that misconduct should not creep back into the court's deliberation as a relevant "condition" or "other circumstance" which the court is to consider in making or varying a spousal support order (s. 15.2(4)). Misconduct, as such, is off the table as a relevant consideration.

Abstraction faite de la rhétorique, l'appelant n'a pas tort sur le plan de l'interprétation législative. Avant la loi de 1985, l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, enjoignait au tribunal de tenir compte « 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 » dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une pension alimentaire. La loi de 1985 visait à faire de la faute une considération non pertinente. Le paragraphe 15.2(5) de la *Loi sur le divorce* prévoit maintenant qu'en rendant une ordonnance alimentaire provisoire ou définitive au profit d'un époux, « le tribunal ne tient pas compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage ». De plus, le par. 17(6) dispose que le tribunal saisi d'une demande de modification ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance initiale. Il ressort de ces dispositions que la faute ne doit pas redevenir un volet de la « situation » dont le tribunal peut tenir compte pour rendre une ordonnance alimentaire ou la modifier (par. 15.2(4)). La faute n'est plus une considération pertinente.

21

There is, of course, a distinction between the emotional *consequences* of misconduct and the misconduct itself. The consequences are not rendered irrelevant because of their genesis in the other spouse's misconduct. If, for example, spousal abuse triggered a depression so serious as to make

Il existe évidemment une distinction entre les *conséquences* émotionnelles d'une faute et la faute elle-même. Les conséquences ne perdent pas leur pertinence parce qu'elles ont pour origine la faute de l'autre époux. Lorsque, par exemple, la violence conjugale a causé un état dépressif grave au point

a claimant spouse unemployable, the consequences of the misconduct would be highly relevant (as here) to the factors which must be considered in determining the right to support, its duration and its amount. The policy of the 1985 Act however, is to focus on the consequences of the spousal misconduct not the attribution of fault.

Section 15.2(4) states that in making a spousal support order

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.

Certainly, the “condition . . . needs and other circumstances” includes the capacity of the respondent to be self-sufficient for whatever reason. Whether or not the claimed inability or incapacity of the claimant spouse is credible is for the trial judge to determine. It is not helpful to cast about to assign blame.

A break-up in the circumstances found here will perhaps inevitably precipitate a period of shock and emotional trauma for the jilted spouse, but Parliament has concluded that the attempt to get to the bottom of all the rights and wrongs that contributed to the break-up is likely impossible and in any event irrelevant to the task of sorting out the financial consequences. As to the “legal tsunami”, I agree with the *amicus curiae* that for the most part parties will realize “that the only way out [of the financial difficulties consequent on the break-up] is if they pull themselves up by their own bootstraps”.

If the misconduct point were to be viewed in isolation, the appellant is correct, but the point cannot be viewed in isolation. The fact is that both the

de rendre l'époux requérant inapte au travail, les conséquences de la faute sont particulièrement pertinentes (comme en l'espèce) en ce qui concerne les éléments à prendre en considération pour décider du droit à une pension, de la durée de son versement et de son montant. Or, l'objectif de la loi de 1985 était que l'accent soit mis sur les conséquences de la faute de l'époux, et non sur l'attribution d'une faute.

Le paragraphe 15.2(4) précise qu'en rendant une ordonnance alimentaire au profit d'un époux

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.

Certes, les « besoins et, d'une façon générale, [. . .] la situation » comprennent la capacité de l'intimée de devenir indépendante pour quelque raison. Il appartient au juge de première instance de décider si l'incapacité alléguée de l'époux requérant est plausible. Il ne sert à rien de chercher un coupable.

Peut-être est-il inévitable, dans un cas comme celui considéré en l'espèce, qu'une rupture cause un choc et un traumatisme émotionnel à l'époux abandonné, mais le législateur a jugé qu'il était pour ainsi dire impossible de déterminer les causes de l'échec du mariage et que, de toute façon, cela n'était pas pertinent dans l'évaluation des conséquences financières. Pour ce qui est du « tsunami » de demandes appréhendé, je conviens avec l'*amicus curiae* que, dans la plupart des cas, les parties finissent par se rendre compte [TRADUCTION] « qu'elles seules peuvent venir à bout des difficultés financières découlant de la rupture ».

Si l'argument relatif à la faute était considéré isolément, l'appellant aurait raison, mais il ne peut l'être. Le fait est que la juge en chambre et la juge

chambers judge and Newbury J.A., who differed from her colleagues on the relevance of the misconduct, cited numerous other factors (also referenced by the majority judgment) to reject the appellant's attempt to extricate himself from any further financial responsibility for his former wife. Newbury J.A. observed that

Mrs. Leskun is now 57 years of age and her affidavit evidence points to various family difficulties and to her medical problems and those of her family. A court cannot ignore these difficulties, which have been exacerbated by the breakdown of the Leskuns' marriage. For this reason, and not because of any self-imposed disability, I would reluctantly uphold the order of the Court below and dismiss the appeal. [para. 63]

I agree. I would add the point made by the chambers judge about the narrowness of the respondent's work experience, and underline the difficulty of someone now approaching 60 years of age to re-enter the labour force after a lengthy absence and with few marketable skills outside the limits of her former job at the bank, now eliminated.

B. The Respondent's Alleged "Duty" to Become Self-Sufficient

25 Counsel for the appellant framed his point in this way:

The emotional states of the payor or recipient and their idiosyncrasies should be irrelevant to the duty to pursue self-sufficiency, in the absence of some objective clinical, medical or psychiatric evidence, obviously.

The duty to be self-sufficient is inversely proportionate to the means of the payor. Persistence in unremunerative employment or unrealistic or unprotective career aspirations should not be countenanced.

Self-induced reduction in income should not be encouraged or rewarded. And income levels prior to this self-induced reduction should be attributed.

26 Section 15.2(6)(d) of the *Divorce Act* provides that one of the *objectives* of the spousal support order is to, "in so far as practicable, promote the

Newbury, qui ne partageait pas l'opinion de ses collègues quant à l'incidence de la faute, ont toutes deux énuméré de nombreux autres motifs (également mentionnés dans le jugement majoritaire) de rejeter la demande de l'appelant d'être libéré de toute obligation financière ultérieure envers son ex-épouse. La juge Newbury a signalé :

[TRADUCTION] M^{me} Leskun est maintenant âgée de 57 ans, et son affidavit fait état de différents problèmes familiaux ainsi que de ses problèmes de santé et de ceux de membres de sa famille. Le tribunal ne peut faire abstraction de ces difficultés, qui ont été aggravées par l'éclatement du couple. Pour ce motif, et non à cause d'une incapacité qu'elle s'imposerait elle-même, je suis d'avis, mais à regret, de confirmer l'ordonnance du tribunal inférieur et de rejeter l'appel. [par. 63]

Je partage cet avis. J'ajouterais l'expérience de travail limitée de l'intimée constatée par la juge en chambre, et j'insisterais sur la difficulté de réintégrer le marché du travail après une longue absence pour une personne approchant la soixantaine et ne possédant que peu de compétences recherchées, hormis celles liées à son ancien emploi à la banque, désormais aboli.

B. L'« obligation » de l'intimée d'acquiescer son indépendance

Voici comment l'avocat de l'appelant a fait valoir son point de vue :

[TRADUCTION] Sauf, évidemment, une preuve clinique, médicale ou psychiatrique objective, ni l'état émotionnel du débiteur ou du créancier ni leurs particularités ne devraient modifier l'obligation de tendre vers l'indépendance.

L'obligation d'indépendance est inversement proportionnelle aux ressources du débiteur. La persistance dans un emploi non rémunérateur ou les aspirations professionnelles irréalistes ou aventureuses ne devraient pas être encouragées.

La réduction volontaire du revenu ne devrait être ni favorisée ni récompensée. Et le niveau de revenu avant cette réduction volontaire devrait être celui pris en considération.

L'alinéa 15.2(6)(d) de la *Loi sur le divorce* précise que l'un des *objectifs* de l'ordonnance alimentaire est de « favoriser, dans la mesure du possible,

economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time”. This Court has rejected characterizing this objective as a duty, see *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853, and *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, at paras. 31-32, 35-36 and 43. The respondent advanced a number of reasons why, despite alleged efforts, she had been unable to return to the workforce. She was believed.

Failure to achieve self-sufficiency is not breach of “a duty” and is simply one factor amongst others to be taken into account. As stated in *Moge* and repeated in *Bracklow*:

At the end of the day . . . , courts have an overriding discretion and the exercise of such discretion will depend on the particular facts of each case, having regard to the factors and objectives designated in the Act.

(*Moge*, at p. 866; *Bracklow*, at para. 53)

Clearly where incapacity is alleged some independent evidence, including medical evidence would be highly desirable. But it is not essential. Newbury J.A. commented that

[h]aving seen Mrs. Leskun, who appeared on her own behalf, I would have thought she was employable at least on a part-time basis in the banking industry. [para. 62]

The chambers judge approached the respondent’s evidence with a measure of scepticism but at the end of the day she had to reach a conclusion on the evidence before her. She said the respondent’s inability to move on was “unfortunate”. It was not a breach of some alleged duty. It was a regrettable fact of life which could not be ignored in a contextual analysis of the position of *these* parties. I see no error in the treatment of this issue by the chambers judge.

C. Whether the Appellant’s Capital Ought to Have Been Taken Into Account in Determining His Ability to Pay

There is no support in the case law or in logic for the proposition that the chambers judge was wrong

l’indépendance économique de chacun [des époux] dans un délai raisonnable ». Notre Cour a refusé d’y voir une obligation : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 853, et *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 31, 32, 35, 36 et 43. L’intimée a donné un certain nombre de raisons pour lesquelles, malgré ses efforts, elle n’avait pas réussi à réintégrer le marché du travail, et le tribunal a ajouté foi à son témoignage.

L’omission d’acquérir son indépendance ne constitue pas un manquement à une « une obligation » et n’est qu’un élément parmi d’autres. Comme notre Cour l’a dit dans l’arrêt *Moge*, puis dans l’arrêt *Bracklow* :

En dernière analyse [. . .], les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice dépendra des faits particuliers de l’espèce, eu égard aux facteurs et aux objectifs énoncés dans la Loi.

(*Moge*, p. 866; *Bracklow*, par. 53)

Manifestement, il est très souhaitable que l’incapacité alléguée soit étayée par une preuve indépendante — médicale ou autre —, mais ce n’est pas essentiel. La juge Newbury a fait remarquer :

[TRADUCTION] Après avoir observé M^{me} Leskun, qui défendait elle-même ses intérêts, je l’aurais crue au moins en mesure de décrocher un emploi à temps partiel dans le secteur bancaire. [par. 62]

La juge en chambre a considéré le témoignage de l’intimée avec un brin de scepticisme, mais, au bout du compte, elle a dû trancher à partir de la preuve offerte. Elle a dit qu’il était [TRADUCTION] « malheureux » que l’intimée ne puisse tourner la page. Il ne s’agissait pas d’un manquement à quelque obligation. Il s’agissait d’une réalité regrettable dont on ne pouvait faire abstraction dans l’analyse contextuelle de la situation de *ces* parties. La juge en chambre n’a pas commis d’erreur à cet égard.

C. L’actif immobilisé de l’appellant pouvait-il être pris en considération pour évaluer sa capacité de payer?

Ni la jurisprudence ni la logique ne permettent d’affirmer que la juge en chambre a eu tort de tenir

27

28

29

to take into account the appellant's capital assets acquired after the marital break-up. In *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112, the Court stated that the traditional understanding of the word "means" includes, "all pecuniary resources, capital assets, income from employment or earning capacity, and other sources from which the person receives gains or benefits" (p. 119). J. D. Payne and M. A. Payne elaborate as follows:

The word *means* includes all pecuniary resources, capital assets, income from employment or earning capacity, and any other source from which gains or benefits are received, together with, in certain circumstances, money that a person does not have in possession but that is available to such person. [Emphasis in original.]

(*Canadian Family Law* (2001), at p. 195)

30

The appellant says that there was a division of capital by Collver J. at the original trial and that it is unfair that his after-acquired capital should now be tapped to pay the respondent continuing support. The present case does not raise the "double dipping" issue mentioned in *Strang* and dealt with at length in relation to pension benefits in *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43. In that case, Major J. described the problem in this way:

... upon marriage dissolution the payee spouse (here the wife) receives assets and an equalization payment that take into account the capital value of the husband's future pension income. If she later shares in the pension income as spousal support when the pension is in pay after the husband has retired, the wife can be said to be recovering twice from the pension: first at the time of the equalization of assets and again as support from the pension income. [para. 34]

31

The appellant's capital assets at issue here did not exist at the time of the initial division by Collver J. and no issue of "double dipping" arises. As Major J. put it in *Boston*, at para. 64 "the court should ... focus on that portion of the payor's income and assets that have not been part of the equalization or division of matrimonial assets when the payee

compte de l'actif immobilisé acquis par l'appelant après la dissolution du mariage. Dans l'arrêt *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112, notre Cour a dit que les « ressources » englobent traditionnellement « toutes les ressources pécuniaires, l'actif immobilisé, le revenu d'emploi ou la capacité de gagner sa vie et les autres sources desquelles la personne tire des gains ou des avantages » (p. 119). J. D. Payne et M. A. Payne précisent :

[TRADUCTION] Les *ressources* comprennent les ressources pécuniaires, l'actif immobilisé, le revenu d'emploi ou la capacité de gagner sa vie et les autres sources dont sont tirés des gains ou des avantages, ainsi que, dans certaines circonstances, l'argent qu'une personne n'a pas en sa possession mais qui est à sa disposition. [En italique dans l'original.]

(*Canadian Family Law* (2001), p. 195)

L'appelant dit qu'à l'audience initiale, le juge Collver a réparti l'actif immobilisé et qu'il est inéquitable que l'actif immobilisé acquis postérieurement soit aujourd'hui affecté au paiement de la pension alimentaire. La présente affaire ne soulève pas la question de la « double ponction » mentionnée dans l'arrêt *Strang* et examinée en détail relativement à des prestations de retraite dans l'arrêt *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43, où le juge Major a décrit le problème comme suit :

... à la dissolution du mariage le conjoint bénéficiaire (en l'espèce la femme) reçoit des biens ainsi qu'un paiement d'égalisation qui tiennent compte de la valeur en capital du revenu futur de pension du mari. Si la femme partage par la suite le revenu de pension de retraite à titre de pension alimentaire quand la pension de retraite est versée après que le mari a pris sa retraite, il est possible de dire qu'elle est indemnisée deux fois à partir de la pension de retraite : d'abord, au moment de l'égalisation des biens et ensuite à titre de pension alimentaire provenant du revenu de pension de retraite. [par. 34]

L'actif immobilisé de l'appelant considéré en l'espèce n'existait pas au moment de la répartition initiale par le juge Collver, et la question de la « double ponction » ne se pose pas. Comme l'a dit le juge Major dans l'arrêt *Boston*, « le tribunal devrait [...] s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui n'ont pas

spouse's continuing need for support is shown" (emphasis added).

If a court could not take into consideration after-acquired capital assets in considering a spousal support order it would create a potential injustice. A spouse could (as is alleged here) shield his or her true worth to avoid paying support, even though his or her financial situation is significantly better than that of the other spouse. In this case, for example, the appellant seems to have taken the income he earned working in Chicago and invested it into a bagel business. Morrison J. estimated that his investment in that business was worth as much as \$230,000. To say this asset cannot be taken into consideration would not reflect the true "means, needs and other circumstances" of the parties as required by s. 15.2(4) of the *Divorce Act*.

The appellant also objects that the chambers judge erred in calculating his net worth, but on this point it is significant that the chambers judge commented that the appellant had been less than forthright in his evidence:

... Mr. Leskun, with his CGA and MBA accreditations, is more than sophisticated in financial matters and frankly much more sophisticated in such matters than his former wife, although she has pointed out many instances where there appear to be contradictions in the financial information given over the months and years by her former husband.

. . .

I am drawing certain adverse conclusions with regard to [the appellant's] financial position, having read all of the material before me. [paras. 10 and 12]

In all of these circumstances, the appellant has a poor platform from which to launch an attack against the trial judge's conclusion regarding his assets and liabilities. As Fraser J. commented in *Cunha v. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93 (S.C.), at para. 9:

fait partie du partage ou de l'égalisation des biens matrimoniaux quand il est prouvé que le conjoint bénéficiaire a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins » (par. 64 (je souligne)).

S'il n'était pas permis au tribunal saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire de tenir compte de l'actif immobilisé acquis postérieurement à la dissolution du mariage, il pourrait en résulter une injustice. Un époux pourrait (comme on l'allègue en l'espèce) minimiser son actif pour éviter de payer une pension même si sa situation financière est bien meilleure que celle de l'autre époux. Dans la présente affaire, par exemple, l'appellant semble avoir investi dans une entreprise de bagels le revenu gagné à Chicago. La juge Morrison a estimé cet investissement à près de 230 000 \$. Faire fi de cet actif ne permettrait pas de circonscrire les « ressources, [l]es besoins et, d'une façon générale, [. . .] la situation » véritables des parties comme l'exige le par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*.

L'appellant fait par ailleurs valoir que la juge en chambre a mal calculé la valeur nette de son actif. Or, la juge en chambre a signalé qu'il n'avait pas été tout à fait franc dans son témoignage :

[TRADUCTION] ... M. Leskun, comptable général licencié et titulaire d'un MBA, est plus qu'au fait des questions financières et, franchement, beaucoup plus que son ex-épouse, même si cette dernière a relevé de nombreuses contradictions apparentes dans les renseignements financiers qu'il avait fournis au fil des mois et des années.

. . .

Après avoir pris connaissance de tous les éléments, je tire certaines conclusions défavorables en ce qui concerne la situation financière [de l'appellant]. [par. 10 et 12]

Compte tenu de toutes ces circonstances, l'appellant est mal placé pour contester la conclusion de la juge de première instance concernant son actif et son passif. Comme l'a signalé le juge Fraser dans *Cunha c. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93 (C.S.), par. 9 :

32

33

34

Non-disclosure of assets is the cancer of matrimonial property litigation. It discourages settlement or promotes settlements which are inadequate. It increases the time and expense of litigation. The prolonged stress of unnecessary battle may lead weary and drained women simply to give up and walk away with only a share of the assets they know about, taking with them the bitter aftertaste of a reasonably-based suspicion that justice was not done.

If problems of calculation exist the appellant is largely the author of his own difficulties. I would not interfere on that basis.

D. *Was the Chambers Proceeding Properly Characterized as a “Review” or an Application to Vary?*

35 The final issue is whether the courts below treated the appellant’s application as a motion for review pursuant to s. 15.2 or an application to vary under s. 17 of the *Divorce Act*. The latter route, if taken, would have unfairly thrown on him the burden of establishing changed circumstances, as required by s. 17(4.1):

(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.

The appellant says that his application was for a s. 15.2 “review” as explicitly contemplated in para. 2 of Collver J.’s formal order that “the Plaintiff shall be at liberty to apply for an Order reviewing both entitlement to and quantum of spousal support”. As noted earlier, Collver J. had in mind that a review might properly occur once the uncertainties then surrounding the respondent’s employment situation had been resolved.

36 Review orders under s. 15.2 have a useful but very limited role. As the *amicus curiae* pointed out, one

[TRANSDUCTION] La dissimulation d’éléments d’actif est le fléau des litiges relatifs aux biens matrimoniaux. Elle fait obstacle au règlement ou favorise les transactions insatisfaisantes. Elle accroît la durée et le coût des litiges. Le stress prolongé causé par une bataille inutile peut amener une femme lasse et épuisée à simplement laisser tomber et se contenter d’une partie seulement de l’actif dont elle connaît l’existence, emportant avec elle l’impression désagréable mais légitime que justice n’a pas été rendue.

Si l’appelant est victime d’erreurs de calcul, il est dans une large mesure l’artisan de son propre malheur. Je suis d’avis de ne pas intervenir à ce chapitre.

D. *La juge en chambre était-elle saisie d’une demande de « révision » ou de « modification »?*

La dernière question qui se pose est de savoir si les tribunaux inférieurs ont considéré la demande de l’appelant comme une demande de révision suivant l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* ou une demande de modification suivant l’art. 17. Dans ce dernier cas, l’appelant aurait été injustement tenu d’établir l’existence d’un changement de situation conformément au par. 17(4.1) :

(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’appelant soutient que sa demande visait la « révision » de l’ordonnance suivant l’art. 15.2, comme le prévoyait expressément le deuxième paragraphe de l’ordonnance formelle du juge Collver : [TRANSDUCTION] « le demandeur pourra saisir la Cour d’une demande de révision du droit à la pension et du montant de celle-ci ». Je le répète, le juge Collver pensait qu’il pourrait y avoir révision une fois clarifiée la situation professionnelle de l’intimée.

La révision fondée sur l’art. 15.2 est utile, mais sa portée est très limitée. Comme l’*amicus curiae*

or both parties at the time of trial may not, as yet, have the economic wherewithal even to commence recovering from the disadvantages arising from the marriage and its breakdown. Common examples are the need to establish a new residence, start a program of education, train or upgrade skills, or obtain employment. In such circumstances, judges may be tempted to attach to s. 15.2 orders a condition pursuant to s. 15.2(3) of the *Divorce Act*, that entitles one or other or both of the parties to return to court for a reconsideration of a specified aspect of the original order. This will properly occur when the judge does not think it appropriate that at the subsequent hearing one or other of the parties need show that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred, as required by s. 17(4.1) of the *Divorce Act*.

Review orders, where justified by genuine and material uncertainty at the time of the original trial, permit parties to bring a motion to alter support awards without having to demonstrate a material change in circumstances: *Choquette v. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384 (Ont. C.A.). Otherwise, as the *amicus curiae* fairly points out, the applicant may have his or her application dismissed on the basis that the circumstances at the time of the variation application were contemplated at the time of the original order and, therefore, that there had been no change in circumstances. The test for variation is a strict one: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at pp. 688-90.

Here the review order was justified by serious doubt at the time of trial as to the true financial situation and prospects of the wife and what level of support would actually be needed. See *Schmidt v. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113 (C.A.), at para. 9:

[Review orders] are considered particularly useful in circumstances where there is some doubt as to whether spousal maintenance should be continued and, if so, in what amount. Rather than force the parties to go

l'a fait remarquer, il arrive qu'au procès l'une des parties, ou les deux, ne disposent pas encore des moyens financiers de même remédier peu à peu aux inconvénients découlant du mariage et de son échec. Il suffit de penser à la nécessité de trouver un nouveau lieu de résidence, d'entreprendre des études, d'acquérir une formation ou de se perfectionner, ou de se trouver un emploi. Le tribunal peut donc être tenté d'assortir l'ordonnance rendue en application de l'art. 15.2 de modalités fondées sur le par. 15.2(3) de la *Loi sur le divorce* permettant à l'une et à l'autre des parties de lui demander de réexaminer un aspect précis de l'ordonnance initiale. Le cas s'y prête bien lorsque le tribunal ne juge pas opportun d'exiger que l'une ou l'autre des parties établisse à une audience subséquente un changement dans leurs ressources, leurs besoins ou, d'une façon générale, leur situation conformément au par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*.

Lorsqu'elle est justifiée par une incertitude à la fois réelle et importante constatée à l'audience initiale, la révision permet aux parties de faire modifier une ordonnance alimentaire sans avoir à prouver un changement de situation important : *Choquette c. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384 (C.A. Ont.). Sinon, comme le signale à juste titre l'*amicus curiae*, le demandeur pourrait voir sa demande rejetée au motif que la situation existant au moment de la demande de modification avait été envisagée lors du prononcé de l'ordonnance initiale, de sorte qu'aucun changement de situation n'est survenu. Le critère applicable en matière de modification est strict : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688-690.

En l'espèce, la révision était justifiée par le fait qu'au procès, la situation et l'avenir financiers réels de l'épouse et le montant de l'aide dont elle aurait vraiment besoin ne pouvaient être déterminés. Voir l'arrêt *Schmidt c. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113 (C.A.), par. 9 :

[TRADUCTION] L'ordonnance de révision est particulièrement utile lorsque se pose la question de savoir si le versement de la pension alimentaire devrait se poursuivre et, dans l'affirmative, quel montant devrait être

through a variation proceeding with its strict threshold test of change in circumstances, the court provides that maintenance shall be reviewed.

At the date of the trial before Collver J., there were outstanding issues which the trial judge anticipated would be resolved in a relatively short time.

39

Willick and *Choquette* establish that a trial court should resist making temporary orders (or orders subject to “review”) under s. 15.2. See also: *Keller v. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL) (S.C.J.). Insofar as possible, courts should resolve the controversies before them and make an order which is permanent subject only to change under s. 17 on proof of a change of circumstances. If the s. 15.2 court considers it essential (as here) to identify an issue for future review, the issue should be tightly delimited in the s. 15.2 order. This is because on a “review” nobody bears an onus to show changed circumstances. Failure to tightly circumscribe the issue will inevitably be seen by one or other of the parties as an invitation simply to reargue their case. That is what happened here. The more precise condition stated in the reasons of the trial judge was excessively broadened in the formal order. This resulted in a measure of avoidable confusion in the subsequent proceedings.

40

At trial, there was a real contingency that was incapable of immediate resolution. The respondent was off work and what the trial judge referred to as the “TD Bank dilemma” (para. 21) remained up in the air. It was not at all clear at trial what the wife’s financial position would be in six months or a year’s time. It was thought that she would either get a disability pension equivalent to her then \$45,000 salary, or go back to work (with or without retraining). In the event she did neither. She left the bank with an \$83,000 severance payment. The problem with the “review” order in this case therefore is not

versé. Plutôt que d’obliger les parties à recourir à la demande de modification et à satisfaire au critère strict du changement de situation, le tribunal prévoit la révision de l’ordonnance alimentaire.

Lors de l’audience initiale, le juge Collver a estimé que des questions demeuraient en suspens et qu’elles seraient réglées dans un délai relativement court.

Les arrêts *Willick* et *Choquette* établissent que le tribunal de première instance doit éviter de rendre une ordonnance temporaire (ou susceptible de « révision ») en application de l’art. 15.2. Voir aussi : *Keller c. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL) (C.S.J.). Dans la mesure du possible, il doit résoudre les différends dont il est saisi et rendre une ordonnance définitive ne pouvant faire l’objet d’une modification que selon l’art. 17 s’il est prouvé qu’un changement de situation est survenu. Lorsque, comme en l’espèce, le tribunal saisi d’une demande d’ordonnance fondée sur l’art. 15.2 juge essentiel de déterminer une question qui fera ultérieurement l’objet d’une révision, il doit le faire très précisément dans l’ordonnance qu’il rend. La raison en est que dans une instance de « révision », nul n’a à établir un changement de situation. L’omission de bien circonscrire la question sera inévitablement interprétée par l’une ou l’autre des parties comme une invitation à simplement présenter ses arguments de nouveau. C’est ce qui s’est produit dans la présente affaire. La condition précise énoncée dans les motifs du juge de première instance est devenue trop générale dans l’ordonnance formelle. D’où une certaine confusion qui aurait pu être évitée lors de l’instance subséquente.

Au procès, une inconnue ne pouvait être déterminée dans l’immédiat. L’intimée était sans travail et, pour reprendre l’expression employée par le juge de première instance, le [TRADUCTION] « dilemme relatif à la Banque TD » (par. 21) n’était pas encore résolu. On ne pouvait alors prévoir quelle serait la situation financière de l’épouse six mois ou un an plus tard. L’on s’attendait à ce qu’elle obtienne des prestations d’invalidité équivalant à son salaire de 45 000 \$ d’alors ou retourne travailler (avec ou sans formation d’appoint). Or, ni l’une ni l’autre de ces possibilités ne s’est réalisée. Elle a quitté la

that the contingency did not justify it, but that the contingency referred to in the trial judge's reasons was not spelled out in the formal order and the lack of specification was taken by the appellant as an invitation to relitigate his case.

The appellant is correct that his application (though framed under both s. 15.2 and s. 17) is properly characterized as a review application. It was not necessary for him to demonstrate a change in circumstances. Nevertheless, while certain financial issues had been resolved between the time of Collver J.'s trial decision and the date of the application to Morrison J., the respondent's failure to become self-sufficient had not changed.

This procedural point seems not to have been taken in the courts below, and in any event was not explicitly addressed in their reasons. In my view, whether the application is treated as brought under s. 15.2 (more favourable to the appellant) or under s. 17 (less favourable) it makes no difference to the outcome. His application does not rise or fall on the issue of onus. It fails on the facts.

IV. Conclusion

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal without costs, save and except that the respondent is entitled to be reimbursed for her actual out-of-pocket expenses incurred to respond to the appeal in this Court.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: MacLean Family Law Group, Vancouver.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Richards Buell Sutton, Vancouver.

banque avec une indemnité de départ de 83 000 \$ en poche. Le problème de la « révision » en l'espèce ne tient donc pas à ce que l'inconnue ne la justifiait pas, mais au fait que celle mentionnée par le juge de première instance dans ses motifs n'a pas été reprise dans l'ordonnance formelle, ce que l'appelant a considéré comme une invitation à plaider sa cause de nouveau.

L'appelant a raison de dire que sa demande (bien qu'elle soit fondée tant sur l'art. 15.2 que sur l'art. 17) doit être considérée comme une demande de révision. Il n'avait pas à établir l'existence d'un changement de situation. Toutefois, s'il est vrai que certaines questions financières avaient été réglées entre la décision du juge Collver et la présentation de sa demande à la juge Morrison, l'incapacité de l'intimée d'acquiescer son indépendance était demeurée la même.

Cet argument procédural ne semble pas avoir été présenté aux tribunaux inférieurs et, quoi qu'il en soit, il n'est pas abordé expressément dans leurs motifs. Selon moi, que la demande de l'appelant soit fondée sur l'art. 15.2 (qui lui est plus favorable) ou l'art. 17 (qui lui est moins favorable) ne change rien au résultat. Son sort ne dépend pas du fardeau de preuve. Son rejet est imputable aux faits.

IV. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens, l'intimée ayant toutefois droit au remboursement des dépenses qu'elle a engagées pour contester l'appel interjeté devant notre Cour.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : MacLean Family Law Group, Vancouver.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Richards Buell Sutton, Vancouver.

41

42

43