COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

9-13-CA

JAMES VAUGHAN

(Respondent) APPELLANT

- and -

SUSAN AMANDA VAUGHAN

(Applicant) RESPONDENT

Vaughan v. Vaughan, 2014 NBCA 6

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
December 19, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
2012 NBQB 411

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 16, 2013

Judgment rendered:
February 20, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee

Separate concurring reasons by:
The Honourable Justice Robertson

JAMES VAUGHAN

(Intimé) APPELANT

- et -

SUSAN AMANDA VAUGHAN

(Réquérante) INTIMÉE

Vaughan c. Vaughan, 2014 NBCA 6

CORAM :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 19 décembre 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d’appel :
2012 NBBR 411

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 16 septembre 2013

Jugement rendu :
le 20 février 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
l’honorable juge Larlee

Motifs concordants distincts :
l’honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

For the appellant:
Kenneth W. Martin

For the respondent:
Sheila J. Cameron, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed in part and the portion of the order respecting the amount of spousal support payable post-retirement is set aside. The spousal support amount is to be reviewed when Mr. Vaughan retires. Due to the unusual circumstances of this case no costs are awarded.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Kenneth W. Martin

Pour l'intimée :
Sheila J. Cameron, c. r.

LA COUR

L'appel est accueilli en partie et les dispositions de l'ordonnance qui concernent le montant des aliments payables à l'épouse à la retraite sont annulées. Le montant de l'obligation alimentaire sera réexaminé lorsque M. Vaughan prendra sa retraite. Étant donné les circonstances inhabituelles de la présente instance, aucuns dépens ne sont accordés.

The judgment of Larlee and Quigg, JJ.A. was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] This case presents an interesting question: whether a judge possesses the authority to issue an advance ruling with respect to spousal support in circumstances where the payor spouse announces "an intention to retire". At the divorce hearing, Mr. Vaughan requested a pre-determination of spousal support as he wished to retire. At that time, he was still engaged in full-time employment, earning a six-figure salary. A judge of the Family Division granted the request by fixing an amount of spousal support payable if and when Mr. Vaughn retires. At the appeal hearing, counsel were asked whether the judge possessed the authority to make the advance ruling. Both parties were given the opportunity to submit post-hearing briefs and both parties did in fact make submissions having regard to the Supreme Court decision *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, [1983] S.C.J. No. 80 (QL). In the circumstances of this case, the response has to be "no". But this appeal raises other issues such as the imputation of income, whether veteran's disability payments and retirement pensions may be included in calculations of spousal support, and whether retirement income and income generated from the division of assets should be included in the calculation of the amount of life insurance necessary to secure spousal support payments.

II. Background

[2] James Vaughan and Susan Amanda Vaughan were married in May 1972. They separated on August 19, 2010, after 38 years of marriage. They are the parents of two adult children. Mr. Vaughan is presently 61 years of age and Mrs. Vaughan is 60 years of age. An interim hearing was held on February 2, 2011. On March 15, 2011, a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, determined Mr. Vaughan's employment income to be $140,568, his disability income to be $12,588 and his pension

income to be $27,900, for a total of $181,056. As a result, the judge ordered interim spousal support payments of $6,601.00 retroactive to October 1, 2010. The parties had effected an equalization of marital property. This equalization resulted in the husband receiving $350,348 and the wife receiving $347,823. The next hearings were held on May 9 and 10, 2012. The parties took an all or nothing approach, with Mr. Vaughan claiming he wished to retire and wanted to terminate the spousal support and Mrs. Vaughan requesting that spousal support continue. On December 19, 2012, the Court made the following order respecting spousal support and life insurance to secure spousal support:

> A) $1300 per month commencing the 1st day of the first month subsequent to retirement is ordered until further order of the court.
>
> B) The within determination of $1300.00 is of course premised on Mr. Vaughn retiring forthwith. He indicated December 31st. The within determination of Spousal Support upon retirement is valid for six months from the date of this decision.
>
> C) So, if retirement does not occur within six months of the filing of the within decision, spousal support shall revert to the pre-retirement amount of $6,500 (based on the pension having been divided) each and every month thereafter until further order of the court.
>
> Mr. Vaughn's shall have life insurance of twice his salary payable to Ms. Vaughn in relation to ongoing spousal support obligations pre-retirement.
>
> However, post-retirement, Mr. Vaughn's monthly spousal support obligations are significantly reduced, and accordingly so should his life insurance obligation is significantly reduced. […] [paras. 265-267]

[3] The judge determined that Mr. Vaughan's request to be permitted to retire from his "current position" was reasonable but that it "was not reasonable given the entirety of the circumstances for Mr. Vaughan to entirely leave the workforce at this time". The judge imputed post-retirement income to Mr. Vaughan in the amount of

$40,000 and imputed income to Mrs. Vaughan in the amount of $6,000, although neither party had raised the prospect of imputation of income. Mr. Vaughan was ordered to maintain a life insurance policy in the amount of $140,000 to the benefit of Mrs. Vaughan to secure the spousal support. He was at liberty to reduce the rate of insurance by $7,000 per year which would conclude the requirement for insurance by the time he attained the age of 81. In determining the spousal support payments, the judge included as income the disability payments received by Mr. Vaughan from the Canadian Forces due to his service-related hearing loss and disc issues. In addition, Mrs. Vaughan was to receive the amount of $299,728 upon the division of Mr. Vaughan's military pension. Counsel for Mr. Vaughan filed the Judgment Following Hearing or Trial.

[4] On February 22, 2013, Mrs. Vaughan filed a Notice of Motion seeking to have the December decision set aside as there were errors in the calculation of prospective spousal support. In his decision dated December 19, 2012, the judge had not grossed up the amount of disability pension in accordance with paragraph 212 of the decision. In his corrigendum, he stated that he had utilized an incorrect figure in the imputation of income for Ms. Vaughan. After these corrections were made, the amount of spousal support increased to $1,859. On July 8, 2013, a new Judgment Following Hearing or Trial was filed reflecting the contents of the corrigendum.

III. Issues on Appeal

[5] Mr. Vaughan submits the judge erred in law in four instances by:

(1) Imputing post retirement income to him without a finding of fact that his anticipated retirement was unreasonable;

(2) Including the Canadian Forces Service Income Security Insurance Plan (SISIP) payments as income in the computation of spousal support, both pre- and post-retirement;

(3) Including pension income in the calculation of post–retirement support, when the pension had been included in the equalization of marital property; and

> (4) Including the pension income and the income generated from marital property asset division in his calculation of the amount of life insurance required post-retirement.

[6] In my view, there is an error in law which could not have been included by Mr. Vaughan in his grounds of appeal but perhaps should have been raised by Mrs. Vaughn. The issue is whether the trial judge had jurisdiction to order an amount for prospective spousal support when Mr. Vaughan retires.

IV. Standard of Review

[7] This Court does not re-try cases, nor does it substitute its views for those of the application judge. In family law matters we take the view that considerable deference must be shown to a judge's decision. Of course, we will intervene when there is an error of law, a significant misapprehension of the evidence or if the decision is clearly wrong. This principle has been restated often in our decisions, among them *LeBlanc v. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 401 N.B.R. (2d) 334; *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, at paras. 8 and 9; *Smith v. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 N.B.R. (2d) 208, at para. 10; *Doiron v. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 N.B.R. (2d) 183, at paras. 9 to 11 and *C.M.H. v. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 N.B.R. (2d) 154, at para. 8.

[8] In *MacLean v. MacLean*, 2004 NBCA 75, 274 N.B.R (2d) 90, this Court further held that the same standard of review must be applied when reviewing support orders (see *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL); *J.E.J. v. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 N.B.R. (2d) 119, at para. 35; *Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 N.B.R. (2d) 300, at para. 14; *Scott v. Scott*, 2011 NBCA 7, 368 N.B.R. (2d) 281, at paras. 15 and 16; *Smith v. Smith*, at para. 11; *C.M.H. v. J.R.H.*, at para. 11 and *Grant v. Grant*, 2012 NBCA 101, 397 N.B.R. (2d) 254 at paras. 4 and 5). In my view, this is a case that warrants appellant intervention.

V. Analysis

A. *Spousal Support Post-Retirement*

(1) Advance Ruling Regarding Spousal Support

[9] The case before us has evolved from a request by Mr. Vaughan for a pre-determination of the amount he would pay in spousal support, after his retirement, to a situation where Mr. Vaughan submits the judge included inappropriate income in order to determine the speculative spousal support. In my view, the judge erred in law in determining the amount of spousal support payable should Mr. Vaughan retire. Here is the essence of his determination:

> The Court notes that Justice Sirois' interim order was just that, an interim order. There is further and better evidence available on this date with respect to the 2011 income. By the same token, and following extension of the same logic when in fact Mr. Vaughan does retire, it is anticipated that his spousal support payments would be based on his retirement income in his first year of retirement, rather than his anticipated much higher income for the previous taxation year.
>
> […]
>
> Mr. Vaughan clearly indicates he wishes to retire December 31st, this year and secondly, from the evidence before us, we know what the parties' respective income would be. The court's decision as to spousal support upon retirement effective December 31st would be based on the existing factors now known and the parties' potential income from retirement now known.
>
> I do not believe it is reasonable, pragmatic, or principled to refuse to indicate what spousal support would be on retirement when there are definitive plans for retirement on a specific close date and sufficient evidence as to circumstances impacting spousal support levels upon retirement such as income and means. In effect, the Court would be putting persons in the position of retiring with all

> its finality and then seeking a decision from the Court as to what their obligations may be.
> This arbitrary lack of provision of certain[t]y has to be contrary to public policy. Of course the situation would be different if we were dealing with something entirely speculative such as a person tilting at windmills with respect to the possibility of retirement, and seeking in effect an advance ruling from the court. For instance a person not having the necessary information for an appropriate analysis of the parties' income or position at retirement, or if the intent to retire was a unspecified time frame, or a time frame not being in the immediate future. In these cases then the degree of speculation inherent in a decision may prevent the Court from making a decision based on such speculation and such lack of certainty. [paras. 211, 224-226]

[10] *Messier v. Delage* concerned an appeal of a motion to vary spousal support. At the time of the divorce, the wife, who had not worked outside the home for 12 years, obtained custody of the couple's two children. She had returned to university to pursue a master's degree in translation. Four years subsequent to the divorce, the husband applied to vary the amount of spousal support on the basis that the wife had obtained her master's degree and had commenced working on a part-time basis. The children were older and one had moved in with the husband. Despite the fact the wife was only working part-time, the judge of first instance reduced the amount of spousal and child support and ordered a termination date for the spousal support. The Quebec Court of Appeal reversed this in part by setting aside the termination date but allowing the reduction in child support. The Supreme Court considered the provisions of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 that provided for spousal support. The Court concludes :

> The decision must therefore be made on the facts of each case. The facts may change with time: that is the way of life. This is why s. 11(2) provides that an order may be varied from time to time; but in my opinion, the judge must arrive at his decision on each occasion [TRANSLATION]) "having regard to the present circumstances, as Albert Mayrand J.A. of the Quebec Court of Appeal suggests in a study titled "L'obligation alimentaire entre époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la Loi fédérale sur le

> divorce", Lois nouvelles II, P.U.M., 1970, p. 41, at p. 61. The decision therefore must not be made in accordance with events which may or may not occur. [pages 415-416]

[11] The last sentence of the above quote states the decision "must not be made in accordance with events which may or may not occur". In this case, the judge erred in making a determination regarding spousal support as Mr. Vaughan had not retired at the time of trial. Therefore, any order made with respect to post-retirement support was premature and in conflict with *Messier*. Furthermore, the judge's imputation of income for both parties post-retirement lacked any evidentiary foundation. In *Messier*, the Court, quoting *McKay v. McKay*, [1970] M.J. No. 155 (QB) (QL), continues:

> [...] it is the financial position of the parties as it exists today that governs, and not as it might exist a year or a year and a half from now. Any changes in circumstances can be dealt with at the appropriate time. [page 416]

[12] The Supreme Court determined the trial court erred in speculating and disregarding the actual circumstances of the parties at the time of the hearing. The Supreme Court is clear that courts should make support determinations based upon actual income:

> After their marriage the parties lived together for twelve years. They had two children, whose education was [the] respondent's constant concern. She never worked outside the home. Immediately after the divorce, she began studies in translation and took her Master's degree. She has since then been able to obtain part-time employment, which in the year preceding the trial judgment brought her some $5,000. Appellant's means enable him to pay the pension awarded, which in fact was reduced by the Court of Appeal in the same proportion as it was by the Superior Court to take into account respondent's earnings and the fact that one of the children is no longer dependent on her. <u>If other changes occur, it will be for appellant to apply to the Court again.</u> [page 417]
>
> [Emphasis added.]

[13] In *Butler v. Butler* (1998), 195 N.B.R. (2d) 156, [1998] N.B.J. No. 75 (C.A.) (QL), this Court followed the rationale of *Messier*, which is: judges should not speculate about "future employment prospects" (see also, *O'Donnell v. O'Donnell*, 2002 NBQB 148, [2002] N.B.J. No. 154 (QL); *Clark v. Cooper–Clark*, 2002 NBQB 26, [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 3; *Ferguson v. Ferguson* (2001), 237 N.B.R. (2d) 330, [2001] N.B.J. No. 196 (Q.B. Fam. Div.) (QL)). Although the majority of these cases concern the prospect of a payee wife obtaining self-sufficiency, the situations are analogous to the one before us. In this case, Mr. Vaughan wishes to retire in the near future and is asking for a predetermination of spousal support payable when, or if, he retires. In my view, this calls for speculation on the part of the judge and, as such, does not fall within the parameters of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp). In *LeMoine v. LeMoine* (1997), 185 N.B.R. (2nd) 173, [1997] N.B.J. No. 31 (C.A.) (QL), this Court considered *Messier*:

> The appellant admitted that evidence of the expenditures submitted by him in 1991 was not dependable. The respondent used these same expenditures to argue that the disposable income of the appellant had in fact increased. The arguments on disposable income and comparisons of total revenue of each party must also be addressed in light of the fact that Mrs. LeMoine has no job security and no pension plan. If she retires at 65, her income will be reduced while that of her former spouse will remain the same. On future contingencies, the Court must not look too far in the future, but it must take into consideration what is known (*Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; 35 R.F.L. (2d) 337).
>
> […]
>
> In *Linton v. Linton* (1990), 30 R.F.L. (3d) 1, the Ontario Court of Appeal decided that the best approach was to take the equalization payments into account before the quantum of support is determined, and to treat all income as "means" after the division of assets. With respect to pensions and future retirement, it held that it was not improper to extend support beyond the payor spouse's retirement simply because of the inclusion of the pension in the property

> division. A payor spouse could always apply to vary if, after retirement, the ability to pay was compromised. This solution was also adopted in *Vennels v. Vennels*, supra, at p.175, *Grainger v. Grainger*, supra, at pp. 105-106, and *Nantais v. Nantais*, supra, at pp. 210-11. [paras. 22 and 29]

Recently, in *Rondeau v. Rondeau*, 2011 NSCA 5, [2011] N.S.J. No. 10 (QL), Hamilton J.A. succinctly summarized:

> As Dr. Rondeau has not yet retired, or even suffered a material reduction of income toward retirement, the application of the *LeMoine* principle is premature. It is important to remember that determinations as to whether there has been a material change in circumstances are based on the facts as they exist or are known at the time of the application, not on speculation as to what may happen in the future; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Casey v. Casey*, 2008 NSSC 56, para. 8; *Meade v. Meade*, [1990] N.S.J. No. 453; *Skelly v. Skelly*, 2007 BCSC 810; *LeBlanc v. LeBlanc* (1995), 163 N.B.R. (2d) 192.
>
> Dr. Rondeau is entitled to make a further application to vary if there is a material change in circumstances in the future. [paras. 31-32]

It is apparent from this jurisprudence that trial judges must consider the financial positions of both parties at the time they make original spousal support orders or vary them.

[14] Time limitations on spousal support have not generally been imposed in long-term traditional marriages such as the one before us. It is my view that, in this case, spousal support may be reviewed if and when Mr. Vaughan retires. Because it is probable that Mr. Vaughan will retire in the near future, it would be appropriate to impose a review hearing after Mr. Vaughan's retirement so that he is not obliged to prove his retirement is a "change in circumstances" in order to justify a variation (see *Francis v. Sappier*, 2004 NBCA 70, [2004] N.B.J. No. 452 (QL)). Also, at such time, all other relevant factors (means, needs and other circumstances) must be considered in order to undertake a

proper analysis under s. 17 of the *Divorce Act*. Re-partnering and health issues may also be factors in the determination. The proper time to decide what the appropriate amount of spousal support is, in a case such as this, after Mr. Vaughan's income has changed; it is only then that all of the relevant factors can be put before the decision-maker.

[15] Mr. Vaughan submits the judge erred in law by imputing post-retirement income to him without a finding of fact that Mr. Vaughan's potential retirement was unreasonable. I agree. A review of the decision does not reveal any findings of fact with respect to the imputation of income that would be entitled to deference on our part. With respect to Mrs. Vaughan, there was absolutely no evidence that the $6,000 imputed to her was from an income-producing asset from the marriage. In imputing income to her, the judge believed she was able to find employment for one third of the year at minimum wage. Not only was there no evidence to support this imputation, but Mrs. Vaughan was also not obliged to accept minimum wage part-time work. She had suffered a substantial economic disadvantage from the marriage and its breakdown. Mrs. Vaughan had been removed from the workforce for far too long to consider that she would ever establish any measure of self-sufficiency (see *Flieger v. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 N.B.R. (2d) 322).

[16] I understand that counsel for Mr. Vaughan was attempting to take a pragmatic approach to the retirement/spousal support issue in order to determine whether or not Mr. Vaughan had the financial means to retire or, perhaps, to avoid a future hearing respecting retroactive arrears of spousal support. Further, had Mr. Vaughan continued to pay support at the current rate, he may have been faced with having to collect overpayment from Mrs. Vaughan if he retired and then proceeded to court for a hearing regarding a retroactive and prospective reduction in support. Regardless, in my view it was impossible, in the circumstances of this case, to provide an advance ruling as to what his spousal support payment would be on a speculative retirement: not only was the date of retirement unknown at the time of the trial, but there was also no evidence regarding his post-retirement earning capacity or the appropriateness of imputing $40,000 a year in income to him.

[17] There may be situations in which a trial judge can fix post-retirement income but this is not such a case. The trial judge erred in law in proceeding to fix a post-retirement spousal support award when there was no evidence before him to support the award. This error warrants appellate intervention. I would set aside that portion of the judge's order and order that the pre-retirement amount of spousal support, $6,500 per month, be paid until such time as Mr. Vaughn actually retires. At that point, spousal support may be reviewed by a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, in order to determine the appropriate level of support based upon the parties' actual incomes, Mrs. Vaughan's need, Mr. Vaughan's ability to pay and the objectives of spousal support as set out in the *Divorce Act*.

(2) Reasonableness of Retirement

[18] Another issue that the judge attempted to address was whether or not it was "reasonable" for Mr. Vaughan to retire from his current position. As previously stated, Mr. Vaughan is 61 years of age. He retired from the military in 1996 as a Captain. Upon his retirement, the parties relocated to Saint John, where Mr. Vaughan resumed working, this time as a "handyman" at Profact. In 1998, Mr. Vaughan commenced employment with Barrington Industrial as a Supervisor and progressed to General Manager. At the time he left Barrington Industrial, Mr. Vaughan's income was approximately $50,000-$60,000 a year. Mr. Vaughan then began to work for Gulf Operators, a division of Irving Equipment, as Safety Coordinator. Subsequent to this, Mr. Vaughan worked for Cavendish Farms as a Health, Safety and Environment Director in Prince Edward Island, for four years. At that time, his income increased to $80,000-$85,000 a year. The parties relocated when Mr. Vaughan accepted employment as a Vice-President of Employee Health and Safety Corporate for Irving in Moncton. At the time of the hearing, the judge determined that Mr. Vaughan's employment income was $157,868.

[19] Mrs. Vaughan submits it is not reasonable for Mr. Vaughan to retire at this time and, in so doing, he is attempting to reduce the amount of spousal support being paid to her. She states in her written brief that "the judge held it was unreasonable for Mr. Vaughan to fully retire from the workforce". In the decision the judge says:

> Given the entirety of the circumstances, the Court is satisfied that it is reasonable that he retire from his current position at this particular point in time, and that there be a corresponding adjustment in spousal support.
>
> Following the court's analysis herein the court has determined the parties in the entirety of the circumstances are left in a reasonable financial position considering their past living situation, their past retirement goals, etc. with the order I make herein.
>
> As can be seen I have ultimately arrived at the decision that it is not reasonable given the entirety of the circumstances for Mr. Vaughn to entirely leave the workforce at this time. Further as will be seen I have ultimately imputed a very marginal future income to Ms. Vaughn. [paras. 174-176]

[20] In *LeMoine v. LeMoine*, this Court held that a court should only look behind the decision to retire when a spouse is acting in bad faith:

> Mr. LeMoine's decision to accept early retirement is not relevant to determining the issues in this case. I agree with the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Ross v. Ross* (1994), 7 R.F.L. (4th) 146 at p.150, where it found that, generally, a supporting spouse cannot be required to continue working. It is only when a spouse is acting in bad faith in order to frustrate the right of a former spouse to support that the Court should look behind the decision to retire (see *Vennels v. Vennels* (1993), 45 R.F.L. (3d) 165 at p. 175 (B.C.S.C.)). In this case, there is no evidence of bad faith. [para. 10]

[21] In my view, a trial judge attempting to set spousal support once a payor spouse has retired must undertake an analysis of the situation, comparing the finances of both parties taking into consideration their means, needs and ability to pay. Trial judges should also consider whether the support ordered was compensatory in nature. In order to

make this determination, the trial judge should have all relevant financial information at his or her disposal, including but not limited to: pertinent income tax documentation (i.e. T4s or Notices of Assessment), financial statements, and pre- and post-retirement budgets of both parties. I would encourage judges to review financial information respecting any new partners of the parties, as well as evidence respecting the parties' utilization of their capital assets, if applicable. In this case, I would order that either party be permitted to request a review at the time of Mr. Vaughan's actual retirement, which would avoid the necessity of finding a change of circumstances. In cases without court-ordered review, where parties must make motions to vary and indicate a change in circumstances, I would propose that courts engage in the same analysis as that undertaken in *Hoar v. Toner*, 2010 NBQB 167, 361 N.B.R. (2d) 94. Therein, Walsh J. suggests the fairest method to achieve the purposes of spousal support in the present circumstances of the parties is to compare their monthly budgetary surpluses (para.63).

[22] Mr. Vaughan submits the judge erred in law by imputing post-retirement income to him without a finding of fact that his potential retirement was unreasonable. I agree. As stated earlier, a review of the decision does not reveal any findings of fact with respect to the imputation of income that would be entitled to deference on our part. With respect to Mrs. Vaughan, there was absolutely no evidence that the $6,000 imputed to her was from an income producing asset from the marriage. In imputing income to her, the judge believed she was able to find employment for one third of the year at minimum wage.

B. *Veterans Disability Payments*

[23] *Manuge v. Canada*, 2012 FC 499, [2012] F.C.J. No. 512 (QL), dealt with a class action lawsuit brought by Mr. Manuge on behalf of approximately 4,500 members and former members of the Canadian Forces. At issue was the legality of the Crown's policy of reducing long-term disability benefits payable to disabled members under the Canadian Forces Service Income Security Insurance Plan (SISIP) by the monthly amounts payable to members under the *Pension Act*, R.S.C. 1985, c P-6. The Federal

Court determined that the benefit was not intended to be a form of income replacement and, therefore, the Crown's policy of offsetting the pension payments from the long-term disability payments was not contractually justified. Relying on *Manuge*, Mr. Vaughan argues the judge erred in including his veterans disability payment in the calculation of spousal support. There are presently two conflicting cases at the superior court level regarding the inclusion of veterans disability payments as income to be used in the calculation of spousal support. In *Storey v. Simmons*, 2013 ABQB 168, [2013] A.J. No. 271 (QL), Veit J. determined, after invoking *Manuge*, that a father's veterans disability payment should not be included as income under the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, on the basis that it does not replace income. In her view, the disability pension paid to veterans was not a form of income replacement and was, therefore, not income to be included for child support purposes. However, the portion of the pension the father received because he was the parent of two children was considered to be income for the calculation of child support. This decision was released March 21, 2013.

[24] When *Storey* was released there was one other case which dealt with the same issue, *Darlington v. Moore*, 2013 NSSC 103, [2013] N.S.J. No. 205 (QL). That decision was released on March 15, 2013. (The case before us was filed on December 19, 2012). In *Darlington*, O'Neil A.C.J.S.C. (F.D.) came to the opposite conclusion reached in *Storey* by distinguishing *Manuge*. The central issue in *Darlington* was whether the husband's disability income should be considered for the purpose of determining spousal and child support obligations. The husband was a member of the RCMP, working full-time yet receiving disability payments from Veterans Affairs Canada. Relying on *Manuge*, he argued the disability payment was not income for spousal support purposes. The wife submitted there are many situations where a financial benefit received by a spouse, common law or otherwise, although not taxable as income under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c.1 (5th Supp.), is considered to be income for the purpose of calculating child and spousal support. Furthermore, the amount should be grossed up as it is non-taxable. The judge distinguished *Manuge* on the basis that the decision to exclude the disability benefits from the definition of income was based on "an interpretation of the governing contract of insurance" (para. 67). He further notes that "[t]he calculation of

child and spousal support requires the Court to interpret statutory instruments that address broad policy objectives" (para.69), going on to say:

> When determining the quantum of spousal support, the Court has wider latitude to consider disability income received by a payor. For example, s.15.2(4) of the *Divorce Act* directs that spousal support, if any, will reflect the "condition, means, needs or other circumstances" of either spouse. The MCA at s.4(l) directs the Court to consider the payor's ability to pay when considering the amount of "spousal" maintenance to be ordered.
>
> In my view, this broad language requires the Court to consider the fact a payor has disability income when called upon to determine a quantum of spousal/partner maintenance.
>
> The case for considering a payor's disability income is made more obvious when one asks whether disability income in the hands of a prospective recipient of "spousal" support should be considered when determining the quantum of "spousal" support to award. It should.
>
> In conclusion, I am satisfied that both the *Divorce Act* and '*MCA*' direct that income for child support and spousal/partner maintenance purposes includes tax free disability income. The disability income should be grossed up. [paras. 70-73]

[25] I agree the *Divorce Act* allows for tax free disability income to be included in any determination of child and spousal support. Section 15.2(4) directs as follows:

Factors	Facteurs
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	15.2(4) En rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :

(a) the length of time the spouses cohabited;	*a*) la durée de la cohabitation des époux;
(b) the functions performed by each spouse during cohabitation; and	*b*) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;
(c) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.	*c*) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux.

[26] I am persuaded by the ratio in *Darlington*. This is not a situation where benefits should be excluded because of the interpretation of a contract of insurance. Rather, trial judges should endeavour to determine support payments based on the broad policy objectives contained in the *Divorce Act*. When fashioning a spousal or child support order, the court is obligated to consider the "condition, means, needs and other circumstances of each spouse". This includes the tax-free disability payments, and, in future, these payments should be taken into consideration in the calculation of child and spousal support. (The same conclusion was reached in *Ste-Marie v. Ste-Marie*, 2013 NBQB 375, [2013] N.B.J. No. 399 (QL)).

C. *Effect of Boston v. Boston*

[27] In *Boston v. Boston*, 2001 SCC 43, [2001] 2 S.C.R. 413, the majority held that double-dipping into a payor spouse's pension should generally be avoided. In *Boston*, the husband's pension was included in the calculation for spousal support but the wife's pension was not. Furthermore, the wife had received assets in excess of $493,000 while the husband had assets of $7,000. This Court had the opportunity to apply *Boston* in *Chamberlain v. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 N.B.R. (2d) 309:

> Nonetheless, the motions judge refused to vary the amount of spousal support payable by Mr. Chamberlain to Mrs. Chamberlain. The motions judge maintained the support award, payable at the rate of $225.00 per week. He concluded as follows:

> Under the general rule when practicable courts are not to resort to an asset such as a pension that has already been used in a division of property to produce spousal support. However, in my opinion every case must be dealt with on its own merits and a spouse should not be left on the fringes of economic viability in order to allow a person's pension to remain sacrosanct. That is not appropriate in this case.
>
> I have heard the evidence of the parties on two occasions. They have been afforded a fair opportunity to be heard. Having considered counsels' submissions, written and oral, the evidence of the parties and the implications of *Boston*, I have determined that my judgment should stand without further variation. [para. 11]

[28] The facts in *Boston* are not the facts of the present case. As mentioned, this case is unique in that after the equalization of the marital assets and debts, the parties are on equal ground. Mr. Vaughan submits that *Boston* disapproves of “double-dipping”. Mr. Vaughan has the ability to pay (means) and Mrs. Vaughan faces economic hardship as a result of the breakdown of the marriage. *Boston*, however, allows exceptions to the rule against double-dipping. In *Flieger*, this Court explained:

> The motion judge then considered the caselaw: in particular, the relevant principles as enunciated in the majority opinion in *Boston* and the objectives of a spousal support variation order under the *Divorce Act*. She relied on the concepts found in *Gallant v. Gallant*, 2002 NBQB 180, 250 N.B.R. (2d) 380, per Wooder J.; *Meiklejohn v. Meiklejohn*, [2001] O.J. No. 3911 (C.A.) (QL), per Rosenberg J.A.; and *Beninger v. Beninger*, 2007 BCCA 619, [2007] B.C.J. No. 2657 (QL), per Prowse J.A. I summarize them as follows: where any "economic hardship from the marriage or its breakdown" persists, the award of spousal support on a variation application must give effect to the objectives of spousal support in s. 17(7) of the *Act*; where the satisfaction of the objectives in s. 17(7) of the *Act* can only be achieved by "double dipping", then the

> practice is, and should be, condoned; the spousal support award must include a significant compensatory factor arising from the length of the marriage, the fact that the spouse gave up a career to raise children, and a significant needs-based component, taking into account the relative means and needs of the parties. It should also attempt to adjust to some degree for the disparity in the standards of living of the parties, taking into account the standard which they enjoyed during the marriage.
>
> In this case, the motion judge applied the principles to the facts and, in so doing, found this case was an exception to the rule in *Boston* because the spousal support order was based on need, as opposed to compensation, and the respondent continued to suffer economic hardship from the breakdown of the marriage. I would not give effect to the ground of appeal based upon alleged double recovery. [paras. 15–16]

[29] The case before us is one in which the exception can be applied. The spousal support order is based on need and Mrs. Vaughan continues to suffer economic hardship from the breakdown of the marriage. Thus, the trial judge did not err in fashioning the pre-retirement spousal support order as he did.

D. *Life Insurance to Secure Post Retirement Spousal Support*

[30] Mr. Vaughn's final ground of appeal is that the trial judge erred in calculating the amount of life insurance required to secure the spousal support payable, post-retirement, by including pension income and income generated from marital property which had been previously divided. As I would set-aside the portion of the order respecting the amount of spousal support payable if and when Mr. Vaughn retires, it is not necessary to address this issue.

VI. Conclusion

[31] In the result, I would set aside the amount determined for post-retirement spousal support and confirm the amount of $6,500 be paid monthly, until such time as Mr. Vaughn retires. At that time, either party may request a review of spousal support without the requirement of proving a change in circumstances. I would set aside the portion of the decision where the trial judge imputes income to both parties. I would uphold the trial judge's inclusion of the veterans disability payment in his determination of pre-retirement spousal support as well as his finding that this case meets the exception as described in *Boston.* I would also uphold the portion of the decision where the trial judge ordered insurance to secure the spousal support payments.

VII. Disposition

[32] I would allow the appeal in part and set aside the portion of the order respecting the amount of spousal support payable post-retirement. I would further amend the order to incorporate a provision for a review of spousal support when Mr. Vaughan retires. Due to the unusual circumstances of this case I would not make an order of costs.

The following are the concurring reasons delivered by

ROBERTSON, J.A.

[33] I have had the advantage of reading my colleague's comprehensive reasons and agree with her disposition of the appeal. I take this opportunity to elaborate on two fundamental issues underscoring this appeal. The first relates to the question of whether judges of the Family Division possess the discretion to make "advance rulings" with respect to post-retirement spousal support obligations. I address this issue because the trial judge advanced compelling policy reasons in support of his decision to do so. The second issue relates to the analytical framework for determining post-retirement spousal support. This brings into issue this Court's decision in *LeMoine v. LeMoine* (1997), 185 N.B.R. (2d) 173, [1997] N.B.J. No. 31 (C.A.) (QL) and the trial judge's application of an incompatible framework, but admittedly one that finds support in the jurisprudence. While there are aspects of the other frameworks with which I am troubled, I recognize that the application of *LeMoine* is potentially problematic when it comes to the "Freedom 55" cases.

[34] It is important to recognize that cases involving post-retirement spousal support invariably follow a shared factual pattern. Typically, the court is faced with a long-term marriage in which the husband has worked outside the home and the wife has worked from within. Typically, the marriage is twenty to thirty years in duration and separation occurs when the children are no longer considered children of the marriage; the parties are ordinarily between 55 and 65 years of age at the time of separation or divorce. And, typically, the husband has been working for 30 years or more and retirement occurs before his 65th birthday such that the allegation of "early retirement" resonates throughout the pleadings. The retirement generally brings about a dramatic decrease in disposable income which is suggestive of a case in which the husband has had several employers, there being no single defined benefit pension plan.

[35] The paradigm continues. Inevitably, the husband's decision to retire, and the corresponding loss of income, results in a dramatic and diminished capacity to pay spousal support and, correlatively, places the wife in a precarious financial situation, even though the property of the marriage has been divided equally. More often than not there is no reasonable prospect of her entering the workforce post-divorce, and the plea of continued "need" is invoked under the principles of *Boston v. Boston*, 2001 SCC 43, [2001] 2 S.C.R. 413. There is frequently a perception that any financial hardship which the husband faces, as a result of the retirement, can be remedied by his reentering the workforce.

[36] The paradigm outlined above forces the question of whether it is in the best interests of both parties to have an advance ruling with respect to the post-retirement support obligation. While the decision to award continuing spousal support is appealable, the decision to retire will be perceived as final. While neither of the parties questioned whether the trial judge possessed the authority to make an advance ruling with respect to Mr. Vaughan's post-retirement support obligation to Mrs. Vaughan, the trial judge was acutely aware of the issue. The relevant passages from his reasons for decision are worthy of replication:

> I do not believe it is reasonable, pragmatic, or principled to refuse to indicate what spousal support would be on retirement when there are definitive plans for retirement on a specific close date and sufficient evidence as to circumstances impacting spousal support levels upon retirement such as income and means. In effect, the Court would be putting persons in the position of retiring with all its finality and then seeking a decision from the Court as to what their obligations may be.
>
> This arbitrary lack of provision of certainly has to be contrary to public policy. Of course the situation would be different if we were dealing with something entirely speculative such as a person tilting at windmills with respect to the possibility of retirement, and seeking in effect an advance ruling from the court. For instance a person not having the necessary information for an appropriate analysis of the parties' income or position at retirement, or if the

> intent to retire was a unspecified time frame, or a time frame not being in the immediate future. In these cases then the degree of speculation inherent in a decision may prevent the Court from making a decision based on such speculation and such lack of certainty. [paras. 225-226]

[37] Inevitably, those contemplating retirement will assess the financial impact of that decision on their present standard of living. More so in those instances where the person is under a present legal obligation to pay substantial spousal support and retirement will result in a substantial reduction of disposable income. The present case is on point. Mr. Vaughan was earning in the vicinity of $150,000 to $160,000 per year and paying Mrs. Vaughan spousal support of $6,500 per month (her only source of income). However, his employment was such that he would not be in receipt of a company pension. Having regard to Mr. Vaughan's post-retirement pension income of approximately $40,000, it is evident that he could not reasonably afford to continue paying support at the pre-retirement rate. After imputing income to both parties, the trial judge reduced the support obligation to $1,300 per month. Whether or not the trial judge's decision to award that amount was infected with legal error is a matter dealt with below. What is of immediate concern is the fact Mr. Vaughan sought an advance ruling with respect to his post-retirement support obligation, thereby preserving the option of continuing with his present employment should the monthly support obligation be deemed too onerous.

[38] In theory, both parties should benefit from an advance ruling with respect to post-retirement spousal support. Mrs. Vaughan would not be faced with the prospect of Mr. Vaughan being unable to meet his post-retirement support obligation if the existing support obligation remains intact following his actual retirement. And Mr. Vaughan would not be faced with the financial realities tied to the irreversible decision to retire. In short, an advance ruling allows the spouse contemplating retirement to make an informed decision as to whether it is best to continue with employment having regard to the post-retirement support obligation. Of course, the need for an advance ruling is greatly diminished if the legal framework for determining post-retirement spousal support is firmly established and easy to apply. But where there is uncertainty in the law, the

attractiveness of an advance ruling is even more alluring. This is particularly true in those jurisdictions where the decision to elect "early retirement" is subjected to a "reasonableness" test and courts are prepared to impute income to the retiring spouse.

[39] The trial judge in this case was also aware that the law does not favour the crafting of support orders that require "speculation" on the part of courts. Hence, he put a time limit on the "if and when order". Mr. Vaughan would have six months to retire, failing which spousal support would continue at the pre-retirement rate. The trial judge was also aware of the need for Mr. Vaughan to produce accurate statements with respect to his post-retirement income and expenses, together with a statement of capital assets, fixed and income-producing. Presumably, benefits available, for example, under the Canada Pension Plan (CPP) or Old Age Security would be disclosed. The objective is to avoid criticism that the applicant is engaging in speculation when it comes to calculating post-retirement income.

[40] While the trial judge made a compelling argument in favour of judges possessing the discretion to provide advance rulings with respect to post-retirement spousal support, I suspect there is opposition to recognizing such a discretionary right, save in those cases where both parties agree that an advance ruling is desirable. However, there is always the fear that the advance ruling will be motivated by tactical considerations which are antagonistic to the legitimate interests of those in receipt of spousal support. The motion for an advance ruling could be perceived as threatening retirement for the purposes of re-negotiating a spousal support order (see, for example, *Brown v. Brown*, 2013 NBQB 369, at para. 41). In fact, the threat of retirement may have the badge of bad faith conduct, which is generally difficult to establish. Hence, it would not be surprising in cases where the advance ruling involves an application for variation of an existing support order, that skeptics will properly shelter behind the question of whether there is room in family law for such a discretionary power. After all, s. 17(4.1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) provides that a variation may be granted only in cases where a change of circumstances has "occurred". Nothing is said of circumstances which are about to occur.

[41] There is case law to support the understanding that an "intention" to retire is not sufficient to trigger the right seek a variation (invariably a reduction) in spousal support. As was stated in *Rondeau v. Rondeau*, 2011 NSCA 5, [2011] N.S.J. No. 10 (QL): "It is important to remember that determinations as to whether there has been a material change in circumstances are based on the facts as they exist or are known at the time the of the application, not on speculation as to what may happen in the future" (para. 31). On the other hand, the authorities being cited are dealing with matters that are truly "speculative" in nature. For example, in *LeMoine* this Court cited *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, [1983] S.C.J. No. 80 (QL) for the proposition that: "[on] future contingencies, the Court must not look too far in the future, but it must take into consideration what is known" (para. 22). In *LeMoine*, this Court was looking at the possibility of the payee spouse retiring when she reached age 65, and in *Messier*, the Supreme Court was dealing with the question of whether the wife would be able to obtain future employment. See also *LeBlanc v. LeBlanc* (1995), 163 N.B.R. (2d) 192, [1995] N.B.J. No. 238 (QB Fam. Div.) (QL), aff'd 167 N.B.R. (2d) 375, [1995] N.B.J. No. 468 (C.A.) (QL), where Mr. LeBlanc sought to vary support in order to "plan" for retirement.

[42] The question remains whether s. 17(4.1) of the *Divorce Act* leaves room for a discretionary power to make advance rulings with respect to post-retirement spousal support obligations. In short, is it permissible to read into the statutory requirement such that it refers to changes of circumstances that have occurred or are imminent? Of course, we know that as a matter of interpretative principle it is permissible to read words into a statute. This accounts for the reality that s. 17(4.1) makes no reference to a "material change of circumstances". But everyone reads in the word "material" for reasons that are obvious. If it were necessary to decide the issue, I would align myself with those willing to interpret to s. 17(4.1) so as to embrace advance rulings. But as my colleague has pointed out in her reasons, on the facts we need not provide an answer to the question posed.

[43] This case does not involve the application of s. 17(4.1) and a request to vary spousal support. Mr. Vaughan's request for an advance ruling was made at the time of the final divorce hearing. Accordingly, there is no potential statutory impediment to

holding that trial judges possess the discretionary authority to make advance rulings with respect to post-retirement spousal support. However, as would be expected, the exercise of that discretion in favour of the applicant will depend on the facts of each case. At the very least, the court must be presented with financial statements that accurately disclose both pre-retirement and post-retirement monthly income together with a statement of actual and projected monthly expenses that are not the product of self-induced inflation ("no padding allowed"). As will be explained, the significance of this requirement is critical to the outcome to this appeal.

[44] Putting aside the issue of advance rulings, the legal framework to be applied in regard to post-retirement spousal support obligations is set out in *LeMoine.* That case stands for several propositions. First, it must be determined whether the possibility of retirement was considered at the time the initial support order was made. However, as one court pointed out, had the matter of retirement been contemplated at the time of the earlier hearing, one would expect the resulting order to provide for review on retirement (see *Hoar v. Toner*, 2010 NBQB 167, 361 N.B.R. (2d) 94). Second, the court must decide whether the decision to retire constitutes a material change in circumstances, thereby warranting consideration of a variation. In cases where the retirement results in a substantial drop in the payor's income, this criterion is easily satisfied. Third, the court must then consider the merits of the application in accordance with established principles, including those set out in *LeMoine*.

[45] *LeMoine* affirms that courts should not go behind the decision of a spouse to retire early unless that spouse is "acting in bad faith in order to frustrate the right of a former spouse to support" (para. 10). Of course, *LeMoine* is reflective of the law prevailing at that time it was decided. The reasoning in *Vennels v. Vennels*, [1993] B.C.J. No. 378 (S.C.) (QL) is representative:

> Retirement of a payor under a maintenance order usually results in a significant reduction of income; that is so in this case. Courts are not guided by legislation to enquire into the circumstances of retirement. Courts have no power to compel people to work. However, courts should, in the interests of

> justice, refuse to consider a reduced income resulting from retirement, to be a material change in circumstances justifying a variation of a support order, where a payor spouse has intentionally put him or herself out of the money in order to frustrate a maintenance order. Any such deliberate self-induced impecuniosity constitutes deceit.

[46] In *LeMoine*, this Court affirmed the above proposition by relying on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Ross v. Ross*, [1994] B.C.J. No. 1526 (C.A.) (QL). The facts in *Ross* are interesting. Mr. Ross was 70 when he stopped working. But Mrs. Ross insisted that his monthly support obligation should not be reduced; otherwise she would be unable to retain her condominium. The Court of Appeal disagreed and reduced the support obligation to zero while crafting an order that would require the payment of spousal support "if and when" Mr. Ross decided to reenter the workforce. Under that order, Mr. Ross would retain the first $200 earned each month and pay Mrs. Ross half of what he earned monthly between $200 and $1,200.

[47] It is not surprising that the law makes no attempt to define what is meant by early retirement. All that one can say with a degree of confidence is that a spouse or former spouse who retires before age 65 will be faced with the plea of early retirement. In short, it is commonly assumed that retirement before age 65 qualifies as early retirement. Certainly, there can be no doubt that *LeMoine* was a case of early retirement. But it was also a case in which the decision to retire made eminent good sense. Mr. LeMoine's election to retire at age 55 was precipitated by health considerations, an employment severance package, and a pension benefit pegged at 70% of his yearly salary (the "golden handshake").

[48] While *LeMoine* establishes that courts should not go behind good faith decisions to take early retirement, this Court also held the onus remains on the paying spouse to show that continuation of support at the same level imposes on him an inequitable sharing of the benefits and disadvantages of the marriage and its breakdown. In short, the payor spouse bears the onus of showing that a variation in support is required to maintain an equitable sharing and that adherence to the same level of support

will cause him undue hardship (see *Caverhill v. Caverhill*, 2013 NBQB 69, 401 N.B.R. (2d) 155). Of course, all of this is consistent with *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, [1992] S.C.J. No. 107 (QL) and this Court's ruling in *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147, [1995] N.B.J. No. 463 (C.A.) (QL) (*per* Bastarache J.A., as he then was), cited with approval in *Bracklow v. Bracklow* [1999] 1 S.C.R. 420, [1999] S.C.J. No. 14 (QL), at para. 36.

[49] Above all, *LeMoine* firmly establishes that spousal support cannot be varied simply because the income differential of the parties has changed since the time of the original support order. Hence, there is no legal requirement that the ratio which resulted from the original order be maintained. On the facts, the Court held Mr. LeMoine had not met the onus of showing that a variation was required to maintain an equitable sharing. This was true even though his yearly income fell from $40,000 to $29,000. Moreover, it was held Mrs. LeMoine was entitled to maintain a reasonable standard of living. With support payments of $600 per month and employment income, her total income was $24,000. [Note: Both spouses ended up with approximately the same annual income.]

[50] While *LeMoine* provides one analytical framework for determining post-retirement spousal support, it is not the only one. Reference is made in *Hoar v. Toner* to two other frameworks and the relevant jurisprudence. Both frameworks look at the reasonableness of the decision to retire, even though it is found that the decision to retire is not motivated by a desire to frustrate the payment of spousal support.

[51] The first of the two frameworks is set out in *Francis v. Logan*, 2008 BCSC 1028, [2008] B.C.J. No. 1455 (QL). Therein, the husband elected to retire, at age 63, for personal reasons. Consequently, his annual income dropped from $100,000 to $27,000. As the husband's decision to take early retirement was not dictated by health or economic exigencies, but rather personal preferences, the drop in income was found not to constitute a material change of circumstances. Hence, the original spousal support order remained in place without consideration of any other issue. In brief, *Francis* stands for the bald proposition that a voluntary decision to elect early retirement does not qualify as

a material change in circumstances. However, the reasoning in *Francis* is problematic. It leaves the impression that a former spouse can be legally pressed into working past age 65 to honour a support obligation based on pre-retirement income. The notion is that former spouses who are 65 years of age or older will continue to pay support at the pre-retirement level unless they establish that the decision to retire was reasonable. This may explain why the decision has attracted few followers. While it is obvious that I am troubled by the precedential scope of *Francis*, I am equally troubled by a case in which a payor spouse has voluntarily reduced his income by 75% and yet gives no apparent explanation as to how the payor will cope with the diminution in income (see discussion *infra*).

[52] The second additional framework for assessing post-retirement spousal support is articulated in *Bullock v. Bullock*, [2004] O.J. No. 909 (Ont. Sup. Ct.) (QL), a case which Mrs. Vaughan relied on in the court below and which the trial judge found persuasive. The framework adopted in *Bullock* represents an implicit rejection of the one outlined in *Francis*. In *Bullock*, the court was prepared to accept that a substantial decrease in income, arising from a decision to retire early, qualifies as a material change in circumstances. However, in those cases where the decision to retire early is prompted by personal considerations, the court is entitled to impute income to the retiree on the basis he is "voluntarily underemployed".

[53] The facts of *Bullock* are somewhat similar to those in *Francis*. Upon retirement at age 62, Mr. Bullock's annual income from his business dropped from $120,000 to $47,000. At that time he was paying spousal support of $2,500 a month. While the judge did not fault Mr. Bullock for his decision to retire "early", because of the demands flowing from self-employment, the judge found that Mr. Bullock was still capable of engaging in work as a consultant or as an employee. The judge cited several cases in support of that holding while declining "to follow" a decision of the Saskatchewan Court of Appeal to the extent it "reaches a different conclusion" (para. 13) (see *Scory v. Scory*, [1999] S.J. No. 644 (C.A.) (QL)).

[54] There are two other aspects of *Bullock* that cannot be overlooked. First, the judge declined to impute income to Mr. Bullock in a fix amount. Instead, the judge declared that Mr. Bullock had the *capacity* to earn at least $120,000 per annum and, accordingly, he was more than capable of continuing to pay spousal support at the rate of $2,500 per month. [Note: Same result as in *Francis*: retiree pays spousal support at pre-retirement rate.]

[55] The second aspect of *Bullock* worthy of note is that the judge "declined" to put a "stop date" on Mr. Bullock's obligation to pay support, as he had failed to ask for such relief. The judge goes on to state there is no evidence as to when the parties expected Mr. Bullock to retire. Finally, the judge holds that Mr. Bullock must pay support until such time as he no longer has the capacity to earn sufficient income to cover the cost of the support obligation. Of course, this finding runs contrary to the general principle that a supporting spouse cannot be required to continue working. It follows that *Bullock* is inconsistent with the law of this Province.

[56] The understanding that voluntary and early retirement can result in the imputation of income to the party paying spousal support is incompatible with this Court's holding in *LeMoine*. However, it is apparent that the option of imputing income to those who retire early for personal reasons has gained hold in the jurisprudence of provinces such as British Columbia: see *Szczerbaniwicz v. Szczerbaniwicz*, 2010 BCSC 421, 2010 B.C.J. No. 562 (QL) and *Gajdzik v. Gajdzik*, 2008 BCSC 160, [2008] B.C.J. No. 206 (QL).

[57] The trial judge in this case imputed income to both Mr. and Mrs. Vaughan should Mr. Vaughan elect to retire ($40,000 to Mr. Vaughan and $6,000 to Mrs. Vaughan). However, there is no evidential record to support the imputation of either amount. It is one matter to impute income to a spouse who refuses to work or is acting for the singular purpose of frustrating the other spouse's ability to receive support. It is quite another to impute income solely on the basis of judicial intuition or abstract considerations of fairness. For example, in the present case the trial judge imputed yearly income of $6,000 to Mrs. Vaughan on the following grounds: "As stated earlier, the court

is satisfied that given the circumstances concerning Mrs. Vaughan, her age, absence from the workforce, lack of experience and health conditions one cannot expect her to earn anything more than a very minimal amount" (para. 179). Similarly, there was no evidential foundation for imputing $40,000 of income to Mr. Vaughan.

[58] To the extent that *LeMoine* remains the law of this Province, it can be fairly asked whether that legal framework is flawed to the extent it fails to take into consideration the reasonableness of the decision to retire. What of the situation where a spouse in the military elects to "retire" at age 42 and returns to university, as was the case in *Beaudoin v. MacDonald*, 2004 NBQB 56, [2004] N.B.J. No. 43 (QL). While Mr. Beaudoin's income went from $51,000 to $16,000, his application to vary his support obligation (fixed at $600 per month) was rejected even though his former spouse was presently earning $21,000 from her employment. The motion judge concluded the retiree had failed to establish that continuing to pay support payments at the present level imposed on him an inequitable sharing of the benefits and disadvantages of the marriage and its breakdown. The underlying facts of that case fully support that conclusion. At the same time, I find it difficult to place this case in the "retirement" category. The appropriate category is "career change".

[59] While most of the cases discussed in these reasons involve persons who elected to retire somewhere between the ages of 60 and 65, there is a cluster of cases that fall within the "Freedom 55" category. *LeMoine* is one such case, as is *Hoar v. Toner*. The latter involved a spouse who, five years after his divorce, elected to retire at age 55. Although Mr. Hoar could have worked till 65, he decided to retire early after working at the same pulp and paper mill for over 35 years. Consequently, his yearly income went from $148,000 to $55,000, which generated an application to reduce the monthly support obligation, earlier fixed at $1,400. At the time of Mr. Hoar's retirement, his former spouse's annual income, including spousal support, was $40,000. Applying *LeMoine*, the judge reduced the support obligation to $1,050. In reaching that determination, the judge looked at each spouse's monthly budget and concluded that the downward adjustment

from the present support level would result in a monthly surplus to the husband of $909 and to the wife of $1,200.

[60] Looked at holistically, the results in both *LeMoine* and *Hoar v. Toner* are consistent. Both were preoccupied with ensuring that both former spouses shared equitably in the benefits and disadvantages of the marriage and its breakdown. This was accomplished by looking at income streams and the financial needs of each party. In my view, the option of imputing income to Mr. LeMoine or Mr. Hoar would not have advanced the interests of the parties. Equity will never be achieved if judges arbitrarily impute income to one or both parties. On the other hand, perhaps it is time for this Court to revisit the entire issue of post-retirement spousal support. It has been over 15 years since *LeMoine* was decided, and there is now a substantial body of jurisprudence that warrants further reflection.

[61] Against the above background, I am left to consider whether the trial judge erred in making an advance ruling with respect to Mr. Vaughan's pending decision to elect so-called early retirement at age 62. Correlatively, it is necessary to decide whether the trial judge erred in imputing income to the parties, thereby looking at the reasonableness of Mr. Vaughan's decision to retire early. The answer to the corollary question is outlined above. But, I am also of the view that the trial judge erred in making an advance ruling with respect to post-retirement spousal support. The error stems from the failure of Mr. Vaughan to meet an evidential burden. He did not file with the court any sworn financial statements that clearly delineate his post-retirement income and reasonable expenses (existing or projected). The only documents presented to the trial judge were the financial statements submitted in regard to the interim order for support. In those documents, Mr. Vaughan declares an annual income of $162,000 which, in turn, provides for monthly revenue of $13,500 with projected monthly expenses of $14,500. That document is dated November 2010. Two years later, Mr. Vaughan seeks a final support order based on his pending decision to retire early.

[62] From the record on appeal, it is apparent that Mr. Vaughan's annual income will fall to somewhere around $40,000 (plus CPP) and yet he offers no evidence as to how he will cope with monthly expenses that two years earlier were projected at over $14,000 per month. Quite properly, counsel for Mrs. Vaughan asked Mr. Vaughan to explain how he intended to adjust his standard of living such that he could afford to live on less than 30% of what he was presently earning. Mr. Vaughan's replies to the line of questioning are at best unsatisfactory and, at worst, evasive. Either he failed to carefully consider the financial implications of retirement or he was totally indifferent to them. In either case, his request for an advance ruling should have been rejected. In the circumstances, it was proper for Mrs. Vaughan to persist with the argument that the decision to retire was motivated by a desire to bring Mr. Vaughan's support obligation to an end without regard to any of the financial realities surrounding his decision to retire.

[63] For these reasons, I would dismiss the appeal in the manner outlined in my colleague's reasons.

Version française de la décision des juges Larlee et Quigg rendue par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] La présente instance soulève une question intéressante : un juge a-t-il le pouvoir de rendre une décision anticipée relativement aux aliments à verser à un époux dans le cas où l'époux débiteur annonce son [TRADUCTION] « intention de prendre sa retraite »? À l'audience de divorce, M. Vaughan a demandé la détermination anticipée du montant de son obligation alimentaire envers Mme Vaughan parce qu'il voulait prendre sa retraite. À ce moment-là, il occupait encore un emploi à temps plein et gagnait un salaire de plus de cent mille dollars. Un juge de la Division de la famille a accédé à sa demande et a fixé le montant des aliments payables à l'épouse dans le cas où M. Vaughan prendrait sa retraite. Lors de l'audition de l'appel, nous avons demandé aux avocats si le juge avait le pouvoir de rendre cette décision anticipée. Les deux parties se sont vu offrir la possibilité de déposer des mémoires postérieurs à l'audience et toutes deux ont, en fait, présenté des observations à la lumière de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, [1983] A.C.S. n° 80 (QL). Dans les circonstances qui nous occupent, la réponse à cette question est forcément « non ». Toutefois, le présent appel soulève d'autres questions comme l'attribution d'un revenu, celle de savoir si les prestations d'invalidité et les pensions de retraite des anciens combattants peuvent être incluses dans le calcul des aliments à payer au profit d'un époux et celle de savoir si le revenu de retraite et le revenu provenant de la répartition des biens matrimoniaux devraient être inclus dans le calcul du montant de l'assurance-vie nécessaire pour garantir le versement des aliments au profit d'un époux.

II. Le contexte

[2] James Vaughan et Susan Amanda Vaughan se sont mariés en mai 1972. Ils se sont séparés le 19 août 2010 après trente-huit ans de mariage. Ils sont les parents de

deux enfants adultes. M. Vaughan est actuellement âgé de soixante et un ans et Mme Vaughan, de soixante ans. Une audience provisoire a été tenue le 2 février 2011. Le 15 mars 2011, un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, a déterminé que le revenu d'emploi de M. Vaughan s'établit à 140 568 $, que sa rente d'invalidité est de 12 588 $ et que son revenu de pension s'établit à 27 900 $, soit un total de 181 056 $. Il s'en est suivi que le juge a ordonné qu'une pension alimentaire provisoire de 6 601 $ soit versée à l'épouse avec effet rétroactif à compter du 1er octobre 2010. Les parties avaient effectué une égalisation des biens matrimoniaux. Par suite de cette égalisation, le mari a reçu 350 348 $ et l'épouse, 347 823 $. Les audiences suivantes ont eu lieu les 9 et 10 mai 2012. Les parties ont adopté une position sans moyen terme, M. Vaughan prétendant vouloir prendre sa retraite et mettre fin à ses obligations alimentaires et Mme Vaughan demandant le maintien des aliments à son profit. Le 19 décembre 2012, la Cour a rendu l'ordonnance suivante en ce qui concernait les aliments au profit de l'épouse et l'assurance-vie nécessaire pour garantir le versement de ces aliments :

> [TRADUCTION]
>
> A) Des aliments de 1 300 $ par mois à compter du premier jour du premier mois suivant la retraite sont ordonnés jusqu'à ce que la Cour rende une nouvelle ordonnance.
>
> B) Il va sans dire que ces aliments de 1 300 $ sont fondés sur l'hypothèse qui veut que M. Vaughan prenne sa retraite sur-le-champ. Il a indiqué qu'il la prendrait le 31 décembre. La présente détermination du montant des aliments payables à l'épouse au moment de la retraite est valable pour une période de six mois à compter de la date de la présente décision.
>
> C) Donc, si la retraite n'est pas prise dans les six mois du dépôt de la présente décision, le montant des aliments payables au profit de l'épouse sera de nouveau ce qu'il était avant la retraite, soit 6 500 $ (en fonction d'une répartition de la pension), et ce, chaque mois par la suite jusqu'à ce que la Cour rende une nouvelle ordonnance.

> M. Vaughan souscrira une assurance sur la vie égale au double de son salaire et payable à Mme Vaughan au titre de ses obligations alimentaires avant la retraite.
>
> Toutefois, lorsqu'il aura pris sa retraite, les obligations alimentaires mensuelles de M. Vaughan envers Mme Vaughan seront sensiblement réduites de sorte que son obligation en matière d'assurance-vie sera également considérablement réduite. […] [par. 265 à 267]

[3] Le juge a estimé que la demande de M. Vaughan afin qu'on lui permette de prendre sa retraite de son [TRADUCTION] « poste actuel » était raisonnable mais qu'il [TRADUCTION] « ne serait pas raisonnable, étant donné l'ensemble des circonstances, que M. Vaughan quitte entièrement le marché du travail à ce moment-ci ». Le juge a attribué à M. Vaughan un revenu postérieur à la retraite de 40 000 $ et a attribué à Mme Vaughan un revenu de 6 000 $ bien que ni l'une ni l'autre des parties n'aient évoqué la possibilité d'une attribution de revenu. Le juge a ordonné à M. Vaughan de maintenir en vigueur, au profit de Mme Vaughan, une police d'assurance-vie de 140 000 $ afin de garantir le versement des aliments. M. Vaughan pouvait, s'il le voulait, réduire le montant de l'assurance de 7 000 $ par année, de sorte que son obligation de souscrire une assurance s'éteindrait au moment où il atteindrait l'âge de quatre-vingt-un ans. Aux fins de déterminer le montant de la pension alimentaire payable à l'épouse, le juge a inclus dans les revenus les prestations d'invalidité que les Forces armées canadiennes versent à M. Vaughan au titre de la perte auditive et des problèmes de disques, tous liés au service, qu'il éprouve. De plus, Mme Vaughan devait recevoir la somme de 299 728 $ au moment du partage de la pension de service militaire de M. Vaughan. L'avocat de M. Vaughan a déposé le Jugement consécutif à l'audience ou au procès.

[4] Le 22 février 2013, Mme Vaughan a déposé un Avis de motion dans lequel elle demandait que la décision rendue en décembre soit annulée parce que des erreurs avaient été commises dans le calcul des aliments qui lui seraient versés à l'avenir. Dans sa décision datée du 19 décembre 2012, le juge n'avait pas majoré le montant de la rente d'invalidité conformément au paragraphe 212 de la décision. Dans son rectificatif, il a

indiqué qu'il avait utilisé le mauvais chiffre aux fins de l'attribution d'un revenu à Mme Vaughan. Une fois ces corrections apportées, le montant des aliments au profit de Mme Vaughan est passé à 1 859 $. Le 8 juillet 2013, un nouveau Jugement consécutif à l'audience ou au procès faisant état du contenu du rectificatif a été déposé.

III. Questions en litige en appel

[5] M. Vaughan prétend que le juge a commis les quatre erreurs de droit suivantes :

> [TRADUCTION]
> (1) Il lui a attribué un revenu postérieur au départ à la retraite sans que soit tirée une conclusion de fait voulant qu'une retraite anticipée de sa part fût déraisonnable;
>
> (2) Il a considéré les prestations touchées sous le Régime d'assurance-revenu militaire des Forces canadiennes (RARM) comme un revenu pour les fins du calcul des aliments au profit de l'épouse, tant avant qu'après la retraite.
>
> (3) Il a inclus le revenu de pension dans le calcul des aliments payables à la retraite alors que la pension avait été comprise dans l'égalisation des biens matrimoniaux.
>
> (4) Il a inclus le revenu de pension et le revenu provenant de la répartition des biens matrimoniaux dans le calcul du montant de l'assurance-vie requis à la retraite.

[6] À mon avis, il y a une erreur de droit que M. Vaughan n'aurait pas pu inclure dans ses moyens d'appel mais que Mme Vaughan aurait peut-être dû soulever. Il s'agit de la question de savoir si le juge du procès avait compétence pour prescrire le montant des aliments que M. Vaughan devrait verser au profit de Mme Vaughan, pour l'avenir, à compter du moment où il prendrait sa retraite.

IV. Norme de contrôle

[7] Notre Cour ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge saisi de la requête. En droit de la famille, notre Cour a adopté le point de vue selon lequel elle doit faire montre d'une grande déférence à l'égard de la décision d'un juge. Certes, elle interviendra en cas d'erreur de droit, d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou encore si la décision est manifestement erronée. Nous avons rappelé la pertinence de ce principe à maintes reprises, entre autres dans les arrêts *LeBlanc c. LeBlanc*, 2013 NBCA 22, 402 R.N.-B. (2e) 334; *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2e) 100, aux par. 8 et 9; *Smith c. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 R.N.-B. (2e) 208, au par. 10; *Doiron c. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 R.N.-B. (2e) 183, aux par. 9 à 11; et *C.M.H. c. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 R.N.-B. (2e) 154, au par. 8.

[8] Dans l'arrêt *MacLean c. MacLean*, 2004 NBCA 75, 274 R.N.-B. (2e) 90, notre Cour a également conclu que la même norme de contrôle doit être appliquée à la révision des ordonnances alimentaires (voir les arrêts *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. no 9 (QL); *J.E.J. c. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 R.N.-B. (2e) 119, au par. 35; *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2e) 300, au par. 14; *B.S. c. L.S.*, 2011 NBCA 7, 368 R.N.-B. (2e) 281, aux par. 15 et 16; *Smith c. Smith*, au par. 11; *C.M.H. c. J.R.H.*, au par. 11; et *Grant c. Grant*, 2012 NBCA 101, 397 R.N.-B. (2e) 254, aux par. 4 et 5). J'estime que l'intervention de la Cour d'appel est justifiée en l'espèce.

V. Analyse

A. *L'obligation alimentaire à la retraite*

(1) La décision anticipée concernant les aliments au profit de l'épouse

[9] L'instance dont nous sommes saisis qui était au départ une demande de la part de M. Vaughan en vue de la détermination anticipée du montant des aliments qu'il verserait à Mme Vaughan après avoir pris sa retraite est devenue une situation

dans laquelle M. Vaughan prétend que le juge a à tort tenu compte de certains revenus afin de calculer l'hypothétique montant des aliments payables à l'épouse. J'estime que le juge a commis une erreur de droit en déterminant le montant des aliments que M. Vaughan devrait verser à Mme Vaughan pour le cas où il prendrait sa retraite. Voici l'essentiel de sa décision :

> [TRADUCTION]
> La Cour souligne que l'ordonnance provisoire du juge Sirois n'était que cela, une ordonnance provisoire. Nous disposons maintenant de meilleurs éléments de preuve en ce qui concerne le revenu de l'année 2011. De ce fait, et si l'on pousse plus loin le même raisonnement, au moment où M. Vaughan prendra effectivement sa retraite, on s'attendrait à ce que ses obligations alimentaires soient fonction de son revenu de retraite pendant la première année de sa retraite plutôt que du revenu beaucoup plus élevé qu'il toucherait sans doute au cours de l'année fiscale précédant sa retraite.
>
> […]
>
> M. Vaughan laisse clairement savoir qu'il désire prendre sa retraite le 31 décembre de cette année et de plus, étant donné la preuve déposée devant nous, nous savons ce que serait le revenu respectif des parties. La décision de la Cour en ce qui concerne le montant des aliments à verser au profit de l'épouse à compter du départ à la retraite le 31 décembre serait fondée sur les facteurs existants qui sont maintenant connus ainsi que sur l'éventuel revenu des parties à la retraite qui est maintenant connu.
>
> Je ne crois pas qu'il soit raisonnable, pragmatique ou justifié de refuser d'indiquer ce que seraient les aliments versés à l'épouse à la retraite alors qu'il existe des projets concrets en vue d'une retraite à une date précise, dans un avenir proche, et suffisamment d'éléments de preuve en ce qui concerne les circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur le montant des aliments à verser à la retraite comme le revenu et les ressources. En fait, la Cour se trouverait à mettre des personnes dans l'obligation de prendre leur retraite, avec ce que cela suppose d'irrévocable, pour ensuite s'adresser à la Cour afin qu'elle rende une décision sur ce que peuvent être leurs obligations.

> Ce refus arbitraire d'apporter la certitude est forcément contraire à l'intérêt public. Bien sûr, la situation serait différente si nous nous trouvions devant quelque chose de purement hypothétique, comme dans le cas d'une personne qui se battrait contre des moulins à vent relativement à la possibilité d'une retraite et qui demanderait en fait à la Cour de rendre une décision anticipée. Prenons le cas d'une personne qui ne disposerait pas des renseignements nécessaires à une analyse sérieuse du revenu ou de la position des parties à la retraite ou qui aurait l'intention de prendre sa retraite dans un délai non précisé ou encore dans un délai qui ne ferait pas partie du futur immédiat. Dans ce genre de situation, l'aspect purement conjectural inhérent à toute décision pourrait empêcher la Cour de prendre une décision fondée sur ce genre de conjectures et sur ce manque de certitude. [par. 211 et 224 à 226]

[10] L'arrêt *Messier c. Delage* concernait l'appel d'une décision sur une motion en modification de la pension alimentaire versée à l'épouse. Au moment du divorce, l'épouse, qui n'avait pas travaillé à l'extérieur du foyer pendant douze ans, avait obtenu la garde des deux enfants du couple. Elle était retournée à l'université pour obtenir une maîtrise en traduction. Quatre ans après le divorce, l'époux avait déposé une requête afin que soit modifié le montant de la pension alimentaire versée à l'épouse pour le motif que celle-ci avait obtenu sa maîtrise et avait commencé à travailler à temps partiel. Les enfants étaient alors plus âgés et l'un d'eux avait emménagé chez le mari. Malgré le fait que l'épouse ne travaillait qu'à temps partiel, le juge de première instance avait réduit le montant des aliments versés au profit de l'épouse et des enfants et avait ordonné que la pension alimentaire de l'épouse cesse de lui être versée à une date précise. La Cour d'appel du Québec avait infirmé cette décision en partie en annulant la date de cessation de la pension versée à l'épouse, mais avait confirmé la réduction de la pension alimentaire versée au profit des enfants. La Cour suprême a examiné les dispositions de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, concernant les aliments au profit d'un conjoint. Elle a tiré les conclusions suivantes :

> C'est donc sur les faits particuliers à chaque affaire que doit se fonder la décision. Les faits peuvent changer avec le

> temps, c'est le propre de la vie. C'est pourquoi le par. 11(2) prévoit qu'une ordonnance peut être modifiée à l'occasion (*from time to time*). Mais, à mon avis, à chaque occasion c'est « en regard des circonstances actuelles » que le juge doit statuer, comme le suggère le juge Albert Mayrand de la Cour d'appel du Québec dans une étude intitulée « L'obligation alimentaire entre époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la Loi fédérale sur le divorce », *Lois nouvelles 11*, P.U.M., 1970, p. 41, à la p. 61. Ce n'est donc pas en regard de circonstances qui pourront être mais ne seront peut-être pas. [pages 415 et 416]

[11] La dernière phrase de la citation qui précède dit que « ce n'est […] pas en regard de circonstances qui pourront être mais ne seront peut-être pas » que le juge doit statuer. En l'espèce, le juge a commis une erreur en prenant une décision concernant les aliments au profit de l'épouse puisque M. Vaughan n'avait pas encore pris sa retraite au moment du procès. Par conséquent, une ordonnance concernant les aliments à verser à la retraite était prématurée et incompatible avec l'arrêt *Messier*. De plus, l'attribution d'un revenu aux deux parties après le départ à la retraite ne reposait sur aucune preuve. Dans l'arrêt *Messier*, la Cour, citant la décision *McKay c. McKay*, [1970] M.J. No. 155 (C.B.R.) (QL), a ensuite dit ceci :

> [TRADUCTION]
> [C]'est la situation financière présente des parties qui prévaut et non celle qui pourrait exister dans un an ou un an et demi d'ici. Tout changement dans les circonstances peut faire l'objet de nouvelles dispositions le temps venu. [page 416]

[12] La Cour suprême a jugé que le tribunal de première instance avait commis une erreur en se fondant sur des conjectures et en ne tenant pas compte de la situation réelle des parties au moment de l'audience. La Cour suprême a clairement dit que pour prendre des décisions en matière alimentaire, les tribunaux doivent s'appuyer sur le revenu réel :

> Après leur mariage les parties ont vécu ensemble pendant douze ans. Elles ont eu deux enfants à l'éducation desquels l'intimée s'est employée de façon constante. Elle n'a pas travaillé à l'extérieur. Dès après le divorce, elle a entrepris des études en traduction jusqu'au niveau de la maîtrise. Elle a par la suite réussi à obtenir de l'emploi à temps partiel qui lui a procuré durant l'année précédant le jugement de première instance quelque 5 000 $. Les facultés de l'appelant lui permettent de verser la pension ordonnée, réduite d'ailleurs par la Cour d'appel dans la même proportion que par la Cour supérieure pour tenir compte des gains de l'intimée et du fait qu'elle n'a plus qu'un enfant à sa charge. Si surviennent d'autres changements, il sera loisible à l'appelant de s'adresser de nouveau au tribunal. [page 417]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[13] Dans l'arrêt *Butler c. Butler* (1998), 195 R.N.-B. (2e) 156, [1998] A.N.-B. no 75 (C.A.) (QL), notre Cour a suivi le raisonnement adopté dans l'arrêt *Messier*, savoir que les juges ne doivent pas [TRADUCTION] « spéculer sur les possibilités d'emploi futures » (voir aussi les décisions *O'Donnell c. O'Donnell*, 2002 NBBR 148, [2002] A.N.-B. no 154 (QL); *Clark c. Cooper-Clark,* 2002 NBBR 26, [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 3; *Ferguson c. Ferguson* (2001), 237 R.N.-B. (2e) 330, [2001] A.N.-B. no 196 (C.B.R., Div. fam.) (QL)). Bien que ces instances concernent pour la plupart la possibilité que l'épouse créancière parvienne à l'indépendance économique, les situations sont semblables à celle qui nous occupe en l'espèce. Dans le cas qui nous occupe, M. Vaughan désire prendre sa retraite dans un proche avenir et il demande que le montant de son obligation alimentaire envers l'épouse au moment où il prendra sa retraite, à supposer qu'il la prenne, soit déterminé d'avance. À mon avis, cette demande oblige le juge à conjecturer, de sorte qu'elle ne relève pas des paramètres de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.). Dans l'arrêt *LeMoine c. LeMoine* (1997), 185 R.N.-B. (2e) 173, [1997] A.N.-B. no 31 (C.A.) (QL), notre Cour a examiné l'arrêt *Messier* :

> [TRADUCTION]
> L'appelant a reconnu qu'on ne peut se fier à la preuve de ses dépenses de 1991. De son côté, l'intimée s'est servie de ces mêmes dépenses pour faire valoir qu'en fait le revenu

> disponible de l'appelant avait augmenté. Les arguments portant sur le revenu disponible et sur les comparaisons entre le revenu total de chaque partie doivent aussi être tranchés en fonction du fait que Mme LeMoine n'a aucune sécurité d'emploi ni aucun régime de retraite. Si elle prend sa retraite à 65 ans, son revenu sera réduit, tandis que celui de son ex-époux demeurera le même. Sur la question des éventualités, la Cour ne doit pas trop s'avancer dans le futur, mais elle doit tenir compte de ce qui est connu (voir *Messier c.* Delage, [1983] 2 R.C.S. 401; […] 35 R.F.L. (2d) 337 […]).
>
> […]
>
> Dans *Linton c. Linton* (1990), […] 30 R.F.L. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la meilleure méthode consistait à prendre en compte les montants compensatoires avant de déterminer le montant des aliments et de traiter tous les revenus comme des « ressources » après la répartition des biens. Sur la question des pensions et de la future retraite, la Cour a statué qu'il n'était pas inéquitable de prolonger le versement des aliments après la retraite du conjoint payeur simplement parce que le régime de retraite avait été inclus dans la répartition des biens. Il est toujours loisible à ce conjoint de demander une modification si, après la retraite, sa capacité de payer est compromise. Cette solution a également été retenue dans l'affaire *Vennels c. Vennels*, précitée, à la p. 175, dans l'arrêt *Granger c. Granger*, précité, aux p. 105 et 106, et dans l'affaire *Nantais c. Nantais*, précitée, aux p. 210 et 211. [par. 22 et 29]

Récemment, dans l'arrêt *Rondeau c. Rondeau*, 2011 NSCA 5, [2011] N.S.J. No. 10 (QL), la juge d'appel Hamilton a succinctement résumé la situation :

> [TRADUCTION]
> Puisque le Dr Rondeau n'a pas encore pris sa retraite, ni même subi une baisse importante de son revenu avant la retraite, l'application du principe énoncé dans l'arrêt *LeMoine* serait prématurée. Il importe de se rappeler que la décision sur la question de savoir s'il y a eu un changement de situation important est fondée sur les faits existants ou connus au moment de la demande et non sur des suppositions relativement à ce qui peut arriver à l'avenir;

> *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Casey c. Casey*, 2008 NSSC 56, par. 8; *Meade c. Meade*, [1990] N.S.J. No. 453; *Skelly c. Skelly*, 2007 BCSC 810; *LeBlanc c. LeBlanc* (1995), 163 R.N.-B. (2e) 192.
>
> Le Dr Rondeau a le droit de déposer une nouvelle demande de modification s'il se produit un changement important de situation à l'avenir. [par. 31 et 32]

Il ressort de la jurisprudence mentionnée que les juges des procès doivent examiner la situation financière des deux parties au moment où ils rendent l'ordonnance alimentaire initiale au profit d'un époux ou modifient cette ordonnance.

[14] En général, les tribunaux n'imposent pas de limite temporelle à une obligation alimentaire envers un époux lorsqu'il s'agit d'un mariage traditionnel de longue durée comme celui dont il s'agit en l'espèce. J'estime qu'en l'espèce, l'obligation alimentaire envers Mme Vaughan pourra être révisée au moment où M. Vaughan prendra sa retraite. Puisqu'il est probable que M. Vaughan prendra sa retraite dans un proche avenir, il serait indiqué de prescrire une audience en révision après la retraite de M. Vaughan afin qu'il ne soit pas obligé de prouver que sa retraite constitue un « changement de situation » pour justifier une modification (voir l'arrêt *Francis c. Sappier*, 2004 NBCA 70, [2004] A.N.-B. no 452 (QL)). À ce moment-là, également, la Cour devra prendre en considération tous les autres facteurs pertinents (les ressources, les besoins et la situation générale) aux fins d'entreprendre une analyse convenable sous le régime de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. La présence de nouveaux conjoints et les problèmes de santé peuvent aussi être des facteurs à considérer aux fins de la décision. Dans un cas comme celui-ci, c'est après que le revenu de M. Vaughan aura changé qu'il y aura lieu de décider quel devrait être le montant des aliments versés à l'épouse; c'est seulement à ce moment-là que tous les facteurs pertinents pourront être soumis au décideur.

[15] M. Vaughan prétend que le juge a commis une erreur de droit en lui attribuant un revenu de retraite sans que soit tirée une conclusion de fait voulant que son éventuelle retraite fût déraisonnable. Je suis d'accord. L'examen de la décision ne révèle, en ce qui concerne l'attribution d'un revenu, aucune conclusion de fait susceptible de commander une quelconque déférence de notre part. En ce qui concerne Mme Vaughan, il n'y avait absolument aucune preuve établissant que le revenu de 6 000 $ qui lui a été attribué provenait d'un élément de l'actif matrimonial qui rapporterait un revenu. En lui attribuant un revenu, le juge croyait qu'elle était en mesure d'obtenir un emploi pendant un tiers de l'année au salaire minimum. Non seulement il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de l'attribution de ce revenu, mais Mme Vaughan n'était pas non plus obligée d'accepter du travail à temps partiel au salaire minimum. Le mariage et son échec lui avaient causé un important désavantage économique. Mme Vaughan avait été absente du marché du travail pendant beaucoup trop longtemps pour que l'on puisse envisager qu'elle atteindrait un jour une certaine indépendance économique (voir l'arrêt *Flieger c. Adams*, 2012 NBCA 39, 387 R.N.-B. (2e) 322).

[16] Je comprends que l'avocat de M. Vaughan essayait d'aborder la question de la retraite et des aliments au profit de l'épouse d'une façon pragmatique afin de déterminer si M. Vaughan avait les moyens, sur le plan financier, de prendre sa retraite ou, peut-être, d'éviter une audience future concernant un arriéré d'aliments au profit de l'épouse. De plus, si M. Vaughan avait continué à verser les mêmes aliments qu'actuellement, il aurait pu se trouver forcé de recouvrer auprès de Mme Vaughan des sommes versées en trop s'il prenait sa retraite et ensuite, s'adressait à un tribunal en vue d'une audience concernant une réduction des aliments tant rétroactive que pour l'avenir. Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il était impossible, dans les circonstances de la présente instance, de rendre une décision anticipée sur ce que serait le montant de son obligation alimentaire lors d'une hypothétique retraite : non seulement la date de la retraite était inconnue au moment du procès, mais il n'y avait non plus aucune preuve concernant sa capacité de gagner un revenu à la retraite ou la question de savoir s'il était indiqué de lui attribuer un revenu de 40 000 $ par année.

[17] Il peut y avoir des situations où le juge du procès est fondé à fixer un revenu de retraite, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Le juge du procès a commis une erreur de droit en déterminant le montant des aliments payables à l'épouse à la retraite alors qu'il ne disposait d'aucune preuve étayant sa décision. Cette erreur justifie l'intervention de la Cour d'appel. Je suis d'avis d'annuler cette partie de l'ordonnance du juge et d'ordonner que les aliments qui sont payables à Mme Vaughan avant la retraite, soit 6 500 $ par mois, soient versés jusqu'à ce que M. Vaughan prenne effectivement sa retraite. À ce moment-là, un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, pourra réviser l'ordonnance alimentaire afin de déterminer le montant des aliments qui sera approprié en fonction des revenus réels des parties, des besoins de Mme Vaughan, de la capacité de payer de M. Vaughan ainsi que des objectifs de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux qui sont énoncés dans la *Loi sur le divorce*.

(2) Le caractère raisonnable de la retraite

[18] Une autre des questions que le juge a essayé de trancher était celle de savoir s'il était ou non [TRADUCTION] « raisonnable » que M. Vaughan quitte le poste qu'il occupe actuellement pour prendre sa retraite. Comme nous l'avons vu, M. Vaughan est âgé de soixante et un ans. Il a pris sa retraite de l'armée en 1996 avec le grade de capitaine. À sa retraite, les parties ont déménagé à Saint John, où M. Vaughan a recommencé à travailler, cette fois comme [TRADUCTION] « homme à tout faire » à la compagnie Profact. En 1998, M. Vaughan a pris un emploi de superviseur à la société Barrington Industrial où il a ensuite gravi les échelons jusqu'au poste de directeur général. Au moment où il a quitté Barrington Industrial, M. Vaughan avait un revenu d'environ 50 000 $ à 60 000 $ par année. Il ensuite commencé à travailler pour Gulf Operators, une division d'Équipement Irving, à titre de coordonnateur – prévention des accidents. Par la suite, M. Vaughan a travaillé pour Les fermes Cavendish, à titre de directeur de la section santé, sécurité et environnement à l'Île-du-Prince-Édouard, pendant quatre ans. À ce moment-là, son revenu est passé à une somme se situant entre 80 000 $ et 85 000 $ par année. Les parties ont déménagé lorsque M. Vaughan a accepté un emploi comme vice-président à la santé et à la sécurité des employés, à la société

Irving, à Moncton. Au moment de l'audience, le juge a déterminé que le revenu d'emploi de M. Vaughan s'établissait à 157 868 $.

[19] Mme Vaughan prétend qu'il ne serait pas raisonnable que M. Vaughan prenne sa retraite à ce moment-ci et qu'en voulant la prendre, il cherche à réduire le montant des aliments qu'il lui verse. Dans son mémoire, elle fait valoir que [TRADUCTION] « le juge a conclu qu'il serait déraisonnable que M. Vaughan prenne une retraite complète du marché du travail ». Dans la décision, le juge affirme :

> [TRADUCTION]
> Compte tenu des circonstances dans leur ensemble, la Cour est convaincue qu'il est raisonnable qu'il prenne sa retraite de son poste actuel à ce moment précis et que les aliments versés à Mme Vaughan fassent l'objet d'un rajustement correspondant.
>
> À la suite de l'analyse qu'elle a effectuée en l'espèce, la Cour estime qu'étant donné l'ensemble des circonstances, les parties se trouvent dans une situation financière raisonnable compte tenu, notamment, de leur niveau de vie passé et de leurs objectifs de retraite passés, par suite de l'ordonnance qu'elle rend en l'espèce.
>
> Comme on peut le voir, j'en suis finalement arrivé à la décision qu'il ne serait pas raisonnable, à la lumière des circonstances dans leur ensemble, que M. Vaughan quitte entièrement le marché du travail à ce moment-ci. De plus, comme nous le verrons, j'ai au bout du compte attribué un revenu futur minime à Mme Vaughan. [par. 174 à 176]

[20] Dans l'arrêt *LeMoine c. LeMoine*, notre Cour a conclu que ce n'est que lorsqu'un époux agit de mauvaise foi qu'un tribunal doit examiner sa décision de prendre sa retraite :

> [TRADUCTION]
> La décision de M. LeMoine d'accepter de prendre une retraite anticipée est sans rapport avec le règlement des questions en litige en l'espèce. Je souscris à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Ross c. Ross* (1994), […] 7 R.F.L. (4th) 146, à la p. 150, qui

> a conclu qu'en règle générale on ne peut obliger un époux débiteur à continuer de travailler. C'est seulement lorsqu'un époux agit de mauvaise foi, en vue de priver son ex-époux de son droit à des aliments, que la Cour devrait examiner la décision de prendre sa retraite (voir l'affaire *Vennels c. Vennels* (1993), 45 R.F.L. (3d) 165, à la p. 175 (C.S.C.-B.)). Dans l'affaire qui nous occupe, il n'y a aucune preuve de mauvaise foi. [par. 10]

[21] À mon avis, le juge d'un procès qui essaie de fixer le montant des aliments payables après que le conjoint débiteur aura pris sa retraite doit entreprendre une analyse de la situation et comparer les finances des deux parties en tenant compte de leurs ressources, de leurs besoins et de leur capacité de payer. Le juge du procès doit aussi examiner la question de savoir si l'ordonnance alimentaire était de nature compensatoire. Pour prendre une décision à cet égard, le juge du procès doit disposer de tous les renseignements financiers pertinents y compris, notamment, les documents fiscaux pertinents (c'est-à-dire les formulaires T4 ou les avis de cotisation), les états financiers et les budgets des deux parties avant et après la retraite. J'encouragerais les juges à examiner les renseignements financiers relatifs aux nouveaux conjoints que peuvent avoir les parties ainsi que la preuve se rapportant à l'usage que font les parties de leurs immobilisations, le cas échéant. En l'espèce, j'ordonnerais que l'une et l'autre parties soient autorisées à demander une révision au moment où M. Vaughan prendra effectivement sa retraite, ce qui éviterait d'avoir à tirer une conclusion de changement de situation. Dans les instances où la révision n'a pas été ordonnée par le tribunal, et où les parties doivent déposer des motions en modification et indiquer qu'il s'est produit un changement de situation, je proposerais que les tribunaux entreprennent la même analyse que celle qui a été effectuée dans la décision *Hoar c. Toner*, 2010 NBBR 167, 361 R.N.-B. (2e) 94. Dans cette décision, le juge Walsh s'est dit d'avis que la façon la plus équitable de déterminer le montant des aliments au profit de l'époux dans la situation actuelle des parties est de comparer leurs excédents budgétaires mensuels (par. 63).

[22] M. Vaughan prétend que le juge a commis une erreur de droit en lui attribuant un revenu de retraite sans que soit tirée une conclusion de fait voulant que son éventuelle retraite fût déraisonnable. Je suis d'accord. Comme je l'ai dit plus tôt,

l'examen de la décision ne révèle, en ce qui concerne l'attribution d'un revenu, aucune conclusion de fait susceptible de commander une quelconque déférence de notre part. En ce qui concerne Mme Vaughan, il n'y avait absolument aucune preuve établissant que le revenu de 6 000 $ qui lui a été attribué provenait d'un élément de l'actif matrimonial qui rapporterait un revenu. En lui attribuant un revenu, le juge croyait qu'elle était en mesure d'obtenir un emploi pendant un tiers de l'année au salaire minimum.

B. *Les prestations d'invalidité des anciens combattants*

[23] La décision *Manuge c. Canada*, 2012 CF 499, [2012] A.C.F. n° 512 (QL), se rapportait à un recours collectif institué par M. Manuge au nom de quelque 4 500 membres et anciens membres des Forces canadiennes. Le différend avait pour objet la légalité de la politique de la Couronne consistant en la réduction des prestations d'invalidité prolongée dues aux membres des Forces canadiennes aux termes du Régime d'assurance-revenu militaire des Forces canadiennes par la déduction des sommes mensuelles qui leur étaient dues au titre de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6. La Cour fédérale a jugé que la pension n'était pas censée constituer une forme de remplacement de revenu et par conséquent, la politique de la Couronne consistant dans la déduction des prestations d'invalidité du revenu d'invalidité prolongée n'était pas contractuellement justifiée. S'appuyant sur la décision *Manuge*, M. Vaughan prétend que le juge a commis une erreur en incluant ses prestations d'invalidité d'ancien combattant dans le calcul des aliments payables à Mme Vaughan. Il y a en ce moment deux décisions contradictoires rendues par des tribunaux supérieurs en ce qui concerne la prise en compte des prestations d'invalidité des anciens combattants à titre de revenu pour les fins du calcul des aliments au profit d'un époux. Dans la décision *Storey c. Simmons*, 2013 ABQB 168, [2013] A.J. No. 271 (QL), la juge Veit a estimé, après avoir invoqué la décision *Manuge*, que les prestations d'invalidité d'Anciens combattants que recevait un père ne devaient pas être considérées comme un revenu pour l'application des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, pour le motif qu'elles ne remplacent pas un revenu. Elle était d'avis que la pension d'invalidité qui est versée aux anciens combattants ne constituait pas une forme de remplacement du

revenu et ne constituait donc pas un revenu devant être pris en compte pour les fins des pensions alimentaires pour enfants. Toutefois, la partie de la pension que le père touchait parce qu'il était le père de deux enfants a été considérée constituer un revenu pour les fins du calcul des aliments à verser au profit des enfants. Cette décision a été publiée le 21 mars 2013.

[24] Au moment où la décision *Storey* a été rendue, il existait une autre instance traitant de la même question, la décision *Darlington c. Moore*, 2013 NSSC 103, [2013] N.S.J. No. 205 (QL). Cette décision a été rendue le 15 mars 2013. (L'instance dont nous sommes saisis a été déposée le 19 décembre 2012.) Dans la décision *Darlington*, le juge O'Neil, juge en chef adjoint de la Cour suprême (Div. fam.), a écarté la décision *Manuge* et en est arrivé à une conclusion contraire à celle tirée dans la décision *Storey*. La principale question à trancher dans l'affaire *Darlington* était celle de savoir si la rente d'invalidité du mari devait être prise en compte aux fins de déterminer son obligation alimentaire envers l'épouse et envers les enfants. Le mari était membre de la GRC, il occupait un emploi à temps plein et recevait néanmoins des prestations d'invalidité d'Anciens Combattants Canada. Invoquant la décision *Manuge*, il a fait valoir que les prestations d'invalidité ne constituaient pas un revenu pour les fins des aliments au profit de l'épouse. L'épouse a prétendu qu'il existe de nombreuses situations dans le cadre desquelles une prestation financière versée à un conjoint, de fait ou autre, bien que non imposable à titre de revenu en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), est considérée constituer un revenu pour les fins du calcul des aliments au profit des enfants et du conjoint. De plus, le montant en question devait être majoré parce qu'il est non imposable. Le juge a écarté la décision *Manuge* pour le motif que la décision d'exclure les prestations d'invalidité de la définition du mot « revenu » était fondée sur [TRADUCTION] « une interprétation du contrat d'assurance applicable » (par. 67). Il a également souligné que [TRADUCTION] « [d]ans son calcul de la pension alimentaire pour enfants et de la pension alimentaire pour époux, la Cour doit interpréter des textes réglementaires qui traitent des objectifs généraux en matière de politiques » (par. 69) pour ensuite ajouter ceci :

> [TRADUCTION]
> Lorsqu'elle détermine le montant de la pension alimentaire, la Cour jouit d'une plus grande latitude pour ce qui est du revenu du conjoint débiteur provenant de prestations d'invalidité. Par exemple, le paragraphe 15.2(4) de la *Loi sur le divorce* prévoit que la pension alimentaire, s'il en est, tiendra compte « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation » de chaque époux. Le paragraphe 4(1) de la loi intitulée *Maintenance and Custody Act* oblige la Cour à tenir compte de la capacité de payer du conjoint débiteur lorsqu'elle détermine le montant des aliments « au profit de l'époux » qui fera l'objet de l'ordonnance.
>
> À mon sens, ce libellé large oblige la Cour à tenir compte du fait qu'un conjoint débiteur reçoit des prestations d'invalidité lorsqu'elle est appelée à fixer le montant des aliments au profit de l'époux ou du conjoint.
>
> L'argument en faveur de l'inclusion du revenu d'invalidité du conjoint débiteur [dans son revenu total] est plus manifeste lorsqu'on se demande s'il devrait être tenu compte du revenu d'invalidité du bénéficiaire de la pension alimentaire « au profit de l'époux » au moment de fixer le montant de celle-ci. Il devrait en être tenu compte.
>
> Pour conclure, je suis convaincu que la *Loi sur le divorce* et la loi intitulée *Maintenance and Custody Act* prescrivent que le revenu à employer dans le calcul de la pension alimentaire au profit des enfants et de la pension alimentaire au profit de l'époux ou du conjoint comprend le revenu d'invalidité non imposable. Le revenu d'invalidité devrait être majoré. [par. 70 à 73]

[25] Je suis d'accord pour conclure que la *Loi sur le divorce* permet la prise en compte des prestations d'invalidité non imposables dans le calcul des aliments à verser au profit des enfants et de l'époux. Le paragraphe 15.2(4) prescrit ce qui suit :

Factors	Facteurs
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	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

and other circumstances of each spouse, including	façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :
(*a*) the length of time the spouses cohabited;	*a*) la durée de la cohabitation des époux;
(*b*) the functions performed by each spouse during cohabitation; and	b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;
(*c*) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.	*c*) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux.

[26] Le raisonnement suivi dans la décision *Darlington* emporte ma conviction. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une situation où il y aurait lieu d'exclure certaines prestations en raison de l'interprétation d'un contrat d'assurance. Les juges des procès devraient plutôt s'efforcer de déterminer le montant des aliments en s'appuyant sur les objectifs généraux en matière de politiques qui sont énoncés dans la *Loi sur le divorce*. Au moment de rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un époux ou d'un enfant, la Cour a l'obligation de tenir compte « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux ». Cela comprend les prestations d'invalidité non imposables et à l'avenir, ces prestations devraient être prises en compte dans le calcul des aliments au profit d'un enfant et d'un époux. (La Cour en est arrivée à la même conclusion dans la décision *Ste-Marie c. Ste-Marie*, 2013 NBBR 375, [2013] A.N.-B. n° 399 (QL)).

C. *L'incidence de l'arrêt Boston c. Boston*

[27] Dans l'arrêt *Boston c. Boston*, 2001 CSC 43, [2001] 2 R.C.S. 413, la Cour a conclu à la majorité qu'il y avait généralement lieu d'éviter la double ponction dans la pension d'un conjoint débiteur. Dans cette affaire, la pension du mari avait été incluse dans le calcul des aliments au profit de l'épouse mais la pension de l'épouse n'avait pas été prise en compte. De plus, l'épouse avait reçu des biens valant plus de 493 000 $ tandis que le mari avait des biens de 7 000 $. Notre Cour a eu l'occasion d'appliquer

l'arrêt *Boston* dans l'arrêt *Chamberlain c. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 R.N.-B. (2e) 309 :

> Néanmoins, le juge qui a entendu la motion a refusé de modifier le montant des aliments que M. Chamberlain verse à Mme Chamberlain. Il a confirmé l'ordonnance alimentaire, la pension à verser étant de 225 $ par semaine. Il a tiré les conclusions suivantes :
>
> > Dans le cadre de la règle générale, les tribunaux ne doivent pas, dans la mesure du possible, tenir compte d'un bien comme une pension de retraite qui a déjà été utilisé dans la répartition des biens pour déterminer le montant d'une pension alimentaire. Toutefois, à mon avis, chaque affaire doit être examinée d'après ses propres faits et aucun conjoint ne devrait être laissé aux limites de la viabilité économique pour permettre que la pension de retraite d'une personne demeure intouchable. Cela ne serait pas approprié dans la présente affaire.
> >
> > J'ai entendu les témoignages des parties à deux occasions. Elles ont pu être entendues de façon équitable. Après avoir tenu compte des observations orales et des mémoires des avocats, des témoignages des parties, de même que des répercussions de l'arrêt *Boston*, je suis d'avis de maintenir ma décision, sans autre modification. [par. 11]

[28] Les faits de l'affaire *Boston* ne sont pas ceux de la présente instance. Comme je l'ai dit, la présente instance est exceptionnelle en ce sens qu'une fois les biens matrimoniaux et les dettes matrimoniales égalisés, les parties sont sur le même pied. M. Vaughan fait valoir que l'arrêt *Boston* désapprouve la « double ponction ». M. Vaughan a la capacité de payer (les ressources) et Mme Vaughan est exposée à des difficultés économiques par suite de l'échec du mariage. L'arrêt *Boston*, toutefois, autorise certaines exceptions à la règle qui interdit la double ponction. Notre Cour a donné les explications suivantes dans l'arrêt *Flieger* :

> La juge saisie de la motion s'est ensuite penchée sur la jurisprudence, en particulier sur les principes pertinents, énoncés dans l'opinion des juges majoritaires de *Boston*, et sur les objectifs que doit avoir, suivant la *Loi sur le divorce*, l'ordonnance modificative des aliments d'un époux. La juge s'est appuyée sur les concepts issus de *Gallant c. Gallant*, 2002 NBBR 180, 250 R.N.-B. (2e) 380 (la juge Wooder), de *Meiklejohn c. Meiklejohn*, [2001] O.J. No. 3911 (C.A.) (QL) (le juge d'appel Rosenberg), et de *Beninger c. Beninger*, 2007 BCCA 619, [2007] B.C.J. No. 2657 (QL) (la juge d'appel Prowse). Je les résumerai ainsi : lorsque « des difficultés économiques découlant du mariage ou de la rupture de celui-ci » subsistent, la pension alimentaire octroyée par suite d'une demande d'ordonnance modificative doit mettre en œuvre les objectifs que le par. 17(7) de la *Loi* prescrit relativement aux aliments d'un époux; lorsque les objectifs du par. 17(7) de la *Loi* peuvent seulement être atteints par une « double ponction », la pratique est, et doit être, tolérée; le facteur compensatoire doit jouer fortement dans l'établissement de la pension alimentaire, d'après la durée du mariage, l'abandon d'une carrière pour élever des enfants, et les aliments doivent être fondés, en grande part, sur le besoin du bénéficiaire, compte tenu des ressources et des besoins relatifs des parties. Enfin, il convient de tenter, par la pension alimentaire accordée, d'atténuer dans une certaine mesure la disparité des niveaux de vie des parties, eu égard au niveau de vie dont elles jouissaient pendant le mariage.
>
> La juge saisie de la motion a appliqué les principes aux faits et conclu que la présente espèce relevait d'une exception à la règle de l'arrêt *Boston*, parce que l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'épouse était fondée sur le besoin, plutôt que sur l'indemnisation, et que celle-ci continuait d'éprouver des difficultés économiques découlant de la rupture du mariage. Je suis d'avis, en conséquence, de rejeter le moyen de double indemnisation. [par. 15 et 16]

[29] L'instance dont nous sommes saisis en est une où l'exception peut s'appliquer. L'ordonnance alimentaire rendue au profit de Mme Vaughan était fondée sur le besoin et celle-ci continue d'éprouver des difficultés économiques découlant de la rupture du mariage. Par conséquent, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en

rendant, au profit de l'épouse, l'ordonnance alimentaire qu'il a rendue en ce qui concerne la période précédant la retraite.

D. *L'assurance-vie comme moyen de garantir le versement des aliments à la retraite*

[30] Selon le dernier moyen d'appel de M. Vaughan, le juge du procès a commis une erreur en incluant le revenu de pension et le revenu provenant de biens matrimoniaux qui avaient déjà été répartis dans le calcul du montant de l'assurance-vie nécessaire pour garantir le versement des aliments au profit de Mme Vaughan à la retraite. Puisque je suis d'avis d'annuler la partie de l'ordonnance qui concerne le montant des aliments qui seront payables à Mme Vaughan au moment où M. Vaughan prendra sa retraite, il n'est pas nécessaire que j'examine cette question.

VI. Conclusion

[31] Il s'ensuit que je suis d'avis d'annuler le montant fixé au titre des aliments de l'épouse après la retraite et de confirmer que la somme de 6 500 $ doit être versée mensuellement jusqu'à ce que M. Vaughan prenne sa retraite. L'une ou l'autre partie pourra alors demander la révision de l'ordonnance alimentaire sans avoir à prouver qu'il est survenu un changement de situation. Je suis d'avis d'annuler la partie de la décision où le juge attribue un revenu aux deux parties. Je suis d'avis de confirmer la décision du juge du procès d'inclure les prestations d'invalidité des anciens combattants dans le calcul des aliments payables à l'épouse avant la retraite ainsi que sa conclusion selon laquelle la présente instance relève de l'exception décrite dans l'arrêt *Boston.* Je suis d'avis, également, de confirmer la partie de la décision où le juge du procès a ordonné qu'une assurance soit souscrite aux fins de garantir le versement des aliments à l'épouse.

VII. Dispositif

[32] Je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie et d'annuler la partie de l'ordonnance qui concerne le montant des aliments payables à Mme Vaughan à la retraite.

Je suis en outre d'avis de modifier l'ordonnance aux fins d'y incorporer une disposition prévoyant la révision des aliments payables à l'épouse au moment où M. Vaughan prendra sa retraite. Étant donné les circonstances inhabituelles de la présente instance, je n'accorderais aucuns dépens.

Version française des motifs concordants rendus par

LE JUGE ROBERTSON

[33] J'ai eu l'avantage de lire les motifs détaillés de ma collègue et je souscris à la façon dont elle tranche l'appel. Je profite de l'occasion pour approfondir davantage deux questions fondamentales qui sous-tendent le présent appel. La première est la question de savoir si les juges de la Division de la famille possèdent le pouvoir discrétionnaire de rendre des « décisions anticipées » relativement à des obligations alimentaires à l'endroit d'un époux au moment de la retraite. Si j'examine cette question, c'est parce que le juge du procès a invoqué des raisons de principe convaincantes à l'appui de sa décision à cet égard. La deuxième question concerne le cadre analytique qui régit la détermination des obligations alimentaires à l'endroit d'un époux au moment de la retraite. Cette question fait intervenir la décision de notre Cour dans l'arrêt *LeMoine c. LeMoine* (1997), 185 R.N.-B. (2e) 173, [1997] A.N.-B. no 31 (C.A.) (QL), ainsi que l'application, par le juge du procès, d'un cadre qui est incompatible avec l'arrêt *LeMoine* mais qui, il faut le reconnaître, trouve appui dans la jurisprudence. Bien que certains aspects de cet autre cadre analytique soient pour moi source de préoccupation, je reconnais que l'application de l'arrêt *LeMoine* peut se révéler problématique lorsqu'il s'agit d'une situation relevant du principe dit « Liberté 55 ».

[34] Il importe de reconnaître que les instances se rapportant aux aliments à verser à un époux à la retraite ont invariablement en commun un même cadre factuel. Habituellement, la Cour est en présence d'un mariage de longue durée dans le cadre duquel le mari a travaillé à l'extérieur du foyer et l'épouse, depuis l'intérieur du foyer. Habituellement, le mariage a eu une durée de vingt à trente ans et la séparation survient lorsque les enfants ne sont plus considérés être des enfants à charge; l'âge des parties se situe ordinairement entre cinquante-cinq et soixante-cinq ans au moment de la séparation ou du divorce. Habituellement, aussi, le mari travaille depuis trente ans ou plus et la retraite arrive avant son soixante-cinquième anniversaire de sorte que l'allégation de « retraite anticipée » imprègne les plaidoiries. La retraite s'accompagne généralement

d'une baisse spectaculaire du revenu disponible, auquel cas on peut penser que le mari a eu plusieurs employeurs étant donné l'absence d'un unique régime de pension à prestations déterminées.

[35] Le paradigme se poursuit. Inévitablement, la décision du mari de prendre sa retraite et la perte de revenu dont elle s'accompagne entraînent une baisse radicale de sa capacité de verser des aliments à l'épouse et, corrélativement, placent l'épouse dans une situation financière précaire, même si les biens matrimoniaux ont été partagés également. La plupart du temps, il n'y a aucune possibilité raisonnable qu'elle intègre le marché du travail après le divorce et le plaidoyer de permanence des « besoins » est formulé en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Boston c. Boston*, 2001 CSC 43, [2001] 2 R.C.S. 413. On estime souvent que pour résoudre les difficultés financières que peut éprouver le mari par suite de sa retraite, il suffit que ce dernier réintègre le marché du travail.

[36] Le paradigme exposé ci-dessus nous oblige à nous demander s'il est dans l'intérêt des deux parties d'obtenir une décision anticipée en ce qui concerne l'obligation alimentaire à la retraite. La décision d'accorder le maintien des aliments au profit d'un époux est susceptible de révision mais la décision de prendre sa retraite sera quant à elle considérée comme définitive. Bien qu'aucune des parties n'ait soulevé un doute en ce qui concerne la question de savoir si le juge du procès avait le pouvoir de rendre une décision anticipée relativement à l'obligation alimentaire de M. Vaughan envers Mme Vaughan une fois à la retraite, le juge du procès était parfaitement conscient de cette question. Il vaut la peine de reproduire les passages pertinents de ses motifs de décision :

> [TRADUCTION]
> Je ne crois pas qu'il soit raisonnable, pragmatique ou justifié de refuser d'indiquer ce que seraient les aliments versés à l'épouse à la retraite alors qu'il existe des projets concrets en vue d'une retraite à une date précise, dans un avenir proche, et suffisamment d'éléments de preuve en ce qui concerne les circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur le montant des aliments à verser à la retraite comme le revenu et les ressources. En fait, la Cour se

> trouverait à mettre des personnes dans l'obligation de prendre leur retraite, avec ce que cela suppose d'irrévocable, pour ensuite s'adresser à la Cour afin qu'elle rende une décision sur ce que peuvent être leurs obligations.
>
> Ce refus arbitraire d'apporter la certitude est forcément contraire à l'intérêt public.Bien sûr, la situation serait différente si nous nous trouvions devant quelque chose de purement hypothétique, comme dans le cas d'une personne qui se battrait contre des moulins à vent relativement à la possibilité d'une retraite et qui demanderait en fait à la Cour de rendre une décision anticipée. Prenons le cas d'une personne qui ne disposerait pas des renseignements nécessaires à une analyse sérieuse du revenu ou de la position des parties à la retraite ou qui aurait l'intention de prendre sa retraite dans un délai non précisé ou encore dans un délai qui ne ferait pas partie du futur immédiat.Dans ce genre de situation, l'aspect purement conjectural inhérent à toute décision peut empêcher la Cour de prendre une décision fondée sur ce genre de conjectures et sur ce manque de certitude. [par. 225 et 226]

[37] Les personnes qui envisagent de prendre leur retraite évalueront forcément l'impact financier de cette décision sur leur niveau de vie actuel. Cela est encore plus vrai dans le cas où une personne est tenue, en droit, de verser des aliments substantiels à son époux ou à son épouse et où la retraite entraînera une baisse substantielle du revenu disponible. La présente espèce en est un exemple. M. Vaughan gagnait aux environs de 150 000 $ à 160 000 $ par année et versait à Mme Vaughan des aliments de 6 500 $ par mois (ce qui était sa seule source de revenu). Étant donné la nature de son emploi, toutefois, il ne toucherait aucune pension d'une entreprise. Compte tenu du fait que le revenu de pension de M. Vaughan à la retraite s'établirait à environ 40 000 $, il est évident qu'il ne pourrait pas raisonnablement avoir les moyens de continuer à verser les mêmes aliments que ceux qu'il verse avant la retraite. Après avoir attribué un revenu aux deux parties, le juge a ramené l'obligation alimentaire à 1 300 $ par mois. La question de savoir si la décision du juge du procès d'accorder ce montant était, en droit, entachée d'erreur sera examinée plus loin. Ce qui nous préoccupe dans l'immédiat est le fait que M. Vaughan a sollicité une décision anticipée relativement à ce que sera son obligation

alimentaire à la retraite, ce qui lui permettait de se réserver la possibilité de conserver son emploi actuel pour le cas où l'obligation alimentaire mensuelle serait jugée trop lourde.

[38] En théorie, les deux parties devraient tirer avantage d'une décision anticipée concernant les aliments à verser au profit d'un des époux à la retraite. Mme Vaughan ne serait pas exposée au risque que M. Vaughan se trouve dans l'incapacité de s'acquitter de ses obligations alimentaires à la retraite si l'obligation alimentaire existante demeurait intacte après qu'il aura effectivement pris sa retraite. Quant à M. Vaughan il n'aurait pas à faire face aux réalités pécuniaires dont s'accompagnerait la décision irréversible de prendre sa retraite. En somme, une décision anticipée permet à l'époux qui envisage de prendre sa retraite de prendre une décision éclairée en ce qui concerne la question de savoir s'il vaut mieux continuer à travailler compte tenu de son obligation alimentaire à la retraite. Bien entendu, la nécessité d'une décision anticipée est beaucoup moins grande si le cadre juridique qui permet de déterminer les aliments à verser à un époux à la retraite est solidement établi et facile à appliquer. Toutefois, lorsque le droit applicable est incertain, la possibilité d'une décision anticipée est d'autant plus séduisante. Cela est particulièrement vrai dans les ressorts où la décision de choisir de prendre une « retraite anticipée » est assujettie à un critère de « raisonnabilité » et où les tribunaux sont disposés à attribuer un revenu à l'époux qui prend sa retraite.

[39] En l'espèce, le juge du procès était aussi conscient du fait que le droit n'encourage pas les tribunaux à rendre des ordonnances alimentaires qui exigent des [TRADUCTION] « conjectures » de leur part. D'ailleurs, il a accompagné l'ordonnance conditionnelle d'une échéance. M. Vaughan disposait d'un délai de six mois pour prendre sa retraite, à défaut de quoi les aliments versés au profit de Mme Vaughan resteraient ce qu'ils étaient auparavant. Le juge du procès était également conscient du fait que M. Vaughan devait produire des états exacts en ce qui concernait son revenu et ses dépenses une fois à la retraite ainsi qu'un relevé de ses immobilisations, tant corporelles que productives de revenu. Les prestations à recevoir en vertu, par exemple, du Régime de pensions du Canada ou de la Sécurité de la vieillesse, seraient sans doute révélées.

L'objectif est d'éviter toute critique voulant que la partie requérante se lance dans de pures conjectures lorsqu'il s'agit de calculer le revenu à la retraite.

[40] Bien que le juge du procès ait exposé de façon convaincante les raisons pour lesquelles les juges doivent posséder le pouvoir discrétionnaire de rendre des décisions anticipées concernant les aliments à verser, à la retraite, au profit d'un époux, je soupçonne qu'il existe une opposition à la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire de cette nature, sauf dans le cas où les deux parties s'entendent sur le fait qu'une décision anticipée est souhaitable. Toutefois, il est toujours à craindre que la décision anticipée soit motivée par des considérations tactiques qui sont contraires aux intérêts légitimes de l'époux qui reçoit des aliments. La motion en décision anticipée pourrait être perçue comme une menace de prendre sa retraite qui serait brandie en vue de la renégociation d'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux (voir, par exemple, *Brown c. Brown*, 2013 NBBR 369, au par. 41). En fait, la menace de retraite peut être considérée comme une manifestation de mauvaise foi, laquelle est généralement difficile à établir. Donc, dans les cas où la décision anticipée suppose une demande de modification d'une ordonnance alimentaire existante, on ne saurait s'étonner de ce que les sceptiques posent à bon droit la question de savoir si un pouvoir discrétionnaire de cette nature a sa place en droit de la famille. Après tout, le paragraphe 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), dispose qu'une modification n'est accordée que dans le cas où un changement de situation est « survenu ». Il ne dit rien des situations qui sont sur le point de se produire.

[41] Il existe des décisions à l'appui du principe voulant qu'une « intention » de prendre sa retraite ne soit pas suffisante pour donner à une personne le droit de solliciter la modification (qui consiste invariablement en une réduction) des aliments versés à un époux. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Rondeau c. Rondeau*, 2011 NSCA 5, [2011] N.S.J. No. 10 (QL) : [TRADUCTION] « Il importe de se rappeler que la décision sur la question de savoir s'il y a eu un changement de situation important est fondée sur les faits existants ou connus au moment de la demande et non sur des suppositions relativement à ce qui peut arriver à l'avenir » (par. 31). Par ailleurs, les

précédents qui sont cités traitent de questions qui sont vraiment de nature « hypothétique » ou « conjecturale ». Ainsi, dans l'arrêt *LeMoine*, notre Cour a invoqué l'arrêt *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, [1983] A.C.S. n° 80 (QL), à l'appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « [s]ur la question des éventualités, la Cour ne doit pas trop s'avancer dans le futur, mais elle doit tenir compte de ce qui est connu » (par. 22). Dans l'affaire *LeMoine*, notre Cour se penchait sur la possibilité que la conjointe bénéficiaire prenne sa retraite à l'âge de soixante-cinq ans et dans l'affaire *Messier*, la Cour suprême examinait la question de savoir si l'épouse serait en mesure d'obtenir un emploi à l'avenir. Voir aussi l'affaire *LeBlanc c. LeBlanc* (1995), 163 R.N.-B. (2e) 192, [1995] A.N.-B. n° 238 (C.B.R., Div. fam.) (QL), conf. 167 R.N.-B. (2e) 375, [1995] A.N.-B. n° 468 (C.A.) (QL), dans laquelle M. LeBlanc avait demandé la modification des aliments afin de pouvoir [TRADUCTION] « préparer » sa retraite.

[42] Il reste à savoir si le paragraphe 17(4.1) de la *Loi sur le divorce* laisse suffisamment de jeu pour qu'existe un pouvoir discrétionnaire de rendre des décisions anticipées relativement à des obligations alimentaires envers un conjoint, à la retraite. En résumé, est-il permis de donner à cette disposition législative une interprétation selon laquelle elle vise les changements de situation qui sont survenus ou qui sont imminents? Bien entendu, nous savons qu'au regard des principes d'interprétation, il est permis de conclure à l'existence implicite de mots dans un texte législatif. Cela explique que bien qu'en réalité il ne soit nullement question, au paragraphe 17(4.1), d'un [TRADUCTION] « changement important de situation », tout le monde conclut, pour des raisons évidentes, qu'il contient implicitement le mot « important ». S'il fallait trancher cette question, je pencherais du côté de ceux qui sont disposés à donner au par. 17(4.1) une interprétation selon laquelle il permet les décisions anticipées. Toutefois, comme l'a souligné ma collègue dans ses motifs, nous n'avons pas, d'après les faits, à donner de réponse à la question soulevée.

[43] La présente instance ne fait pas intervenir le par. 17(4.1) ni aucune demande en modification des aliments au profit d'un époux. La demande de M. Vaughan en vue d'obtenir une décision anticipée a été faite au moment de l'audience de divorce

finale. Par conséquent, il n'existe pas d'éventuel obstacle d'origine législative à une conclusion voulant que les juges des procès aient le pouvoir discrétionnaire de rendre des décisions anticipées en ce qui concerne des aliments à verser au profit d'un époux une fois à la retraite. Toutefois, comme on peut s'y attendre, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire en faveur de la partie requérante dépendra des faits propres à chaque instance. Il faut, à tout le moins, que la Cour dispose d'états financiers qui exposent avec exactitude le revenu mensuel avant la retraite et après la retraite ainsi que d'un relevé des dépenses mensuelles réelles et projetées qui ne sont pas le fruit d'une inflation que le débiteur a lui-même occasionnée (interdiction de « gonfler » les dépenses). Comme je l'expliquerai, cette condition revêt une importance fondamentale pour l'issue du présent appel.

[44] Si l'on met de côté la question des décisions anticipées, le cadre juridique qui doit être appliqué pour ce qui concerne les obligations alimentaires envers un époux, à la retraite, est énoncé dans l'arrêt *LeMoine.* Cet arrêt appuie plusieurs propositions. Premièrement, il faut déterminer si la possibilité d'une retraite a été prise en compte au moment où l'ordonnance alimentaire initiale a été rendue. Toutefois, comme l'a souligné un juge, si la question de la retraite avait été prise en considération au moment de l'audience antérieure, on s'attendrait à ce que l'ordonnance rendue à l'issue de cette audience prévoie une révision au moment de la retraite (voir la décision *Hoar c. Toner*, 2010 NBBR 167, 361 R.N.-B. (2e) 94). Deuxièmement, la Cour doit décider si la décision de prendre sa retraite constitue un changement de situation important, de sorte qu'elle serait fondée à envisager de rendre une ordonnance modificative. Dans le cas où la retraite entraîne une baisse considérable du revenu du conjoint débiteur, ce critère est facilement rempli. Troisièmement, la Cour doit ensuite examiner le fond de la demande conformément aux principes établis, y compris ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *LeMoine*.

[45] L'arrêt *LeMoine* confirme que les tribunaux n'ont pas à examiner la décision d'un époux de prendre sa retraite à moins que cet époux n'« agi[sse] de mauvaise foi, en vue de priver son ex-époux de son droit à des aliments » (par. 10).

Certes, l'arrêt *LeMoine* reflète l'état du droit au moment où il a été rendu. Le raisonnement suivi dans la décision *Vennels c. Vennels*, [1993] B.C.J. No. 378 (C.S.C.-B.) (QL), en constitue un exemple :

> [TRADUCTION]
> La retraite d'un conjoint débiteur en vertu d'une ordonnance alimentaire entraîne habituellement une importante baisse de revenu; c'est le cas en l'espèce. La loi n'enjoint pas aux tribunaux d'enquêter sur les circonstances d'une retraite. Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de contraindre les gens à travailler. Les tribunaux devraient toutefois, dans l'intérêt de la justice, refuser de considérer une baisse de revenu résultant de la retraite comme un changement de situation important justifiant la modification d'une ordonnance alimentaire dans le cas où l'époux débiteur a renoncé intentionnellement à l'argent afin de se soustraire à l'ordonnance alimentaire. Une indigence délibérée qui est le fait du débiteur constitue du dol.

[46] Dans l'arrêt *LeMoine*, notre Cour a confirmé la proposition susmentionnée en s'appuyant sur la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Ross c. Ross*, [1994] B.C.J. No. 1526 (C.A.) (QL). Les faits de l'affaire *Ross* sont intéressants. M. Ross était âgé de soixante-dix ans lorsqu'il a cessé de travailler. Toutefois, Mme Ross a insisté sur le fait que les aliments qu'il versait mensuellement ne devaient pas être réduits sans quoi elle ne pourrait pas conserver son condominium. La Cour d'appel n'a pas souscrit à sa prétention et a ramené l'obligation alimentaire à zéro tout en rendant une ordonnance prescrivant que des aliments devraient être versés au profit de l'épouse si M. Ross décidait de réintégrer le marché du travail. Aux termes de cette ordonnance, M. Ross devait conserver les premiers 200 $ gagnés chaque mois et verser à Mme Ross la moitié de la somme se situant entre 200 $ et 1 200 $ qu'il gagnerait chaque mois.

[47] Il n'est pas étonnant que le droit ne cherche pas à définir ce que l'on entend par retraite anticipée. Tout ce que l'on peut affirmer sans trop craindre de se tromper c'est qu'un époux ou un ex-époux qui prend sa retraite avant l'âge de soixante-cinq ans fera l'objet d'un plaidoyer de retraite anticipée. En résumé, il est

communément tenu pour acquis que la retraite avant l'âge de soixante-cinq ans constitue une retraite anticipée. Il ne fait certainement aucun doute que dans l'affaire *LeMoine*, il s'agissait d'une retraite anticipée. Toutefois, il s'agissait également d'un cas où la décision de l'époux de prendre sa retraite était éminemment sensée. La décision de M. LeMoine de prendre sa retraite à l'âge de cinquante-cinq ans avait été précipitée par des problèmes de santé, une indemnité de cessation d'emploi et des prestations de retraite égales à 70 % de son salaire annuel (le « cadeau d'adieu »).

[48] Bien que l'arrêt *LeMoine* établisse que les tribunaux ne doivent pas examiner la décision prise en toute bonne foi de prendre une retraite anticipée, notre Cour a également conclu que l'époux débiteur a toujours la charge d'établir que le maintien des aliments au même montant lui impose un partage inéquitable des avantages et des inconvénients du mariage et de son échec. En somme, l'époux débiteur a la charge d'établir qu'une modification de son obligation alimentaire est nécessaire pour que le partage demeure équitable et que le maintien du montant des aliments lui causera une contrainte excessive (voir la décision *Caverhill c. Caverhill*, 2013 NBBR 69, 401 R.N.-B. (2e) 155). Certes, tout cela est conforme à l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, [1992] A.C.S. no 107 (QL), et à la décision de notre Cour dans l'affaire *Ross c. Ross* (1995), 168 R.N.-B. (2e) 147, [1995] A.N.-B. no 463 (C.A.) (QL) (le juge d'appel Bastarache, tel était alors son titre), que la Cour suprême a citée, en marquant son approbation, dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, [1999] A.C.S. no 14 (QL), au par. 36.

[49] Avant tout, l'arrêt *LeMoine* établit fermement que les aliments versés au profit d'un époux ne sauraient être modifiés simplement parce que l'écart entre les revenus des parties a changé depuis que l'ordonnance alimentaire originale a été prononcée. Par conséquent, rien n'exige, en droit, le maintien du rapport résultant de l'ordonnance originale. D'après les faits, la Cour a conclu que M. LeMoine ne s'était pas acquitté du fardeau de prouver la nécessité d'une modification pour assurer le maintien d'un partage équitable. Tel était le cas malgré le fait que son revenu annuel avait chuté, étant passé de 40 000 $ à 29 000 $. De plus, la Cour a conclu que Mme LeMoine avait le

droit de continuer de jouir d'un niveau de vie satisfaisant. Avec des aliments de 600 $ par mois et un revenu d'emploi, son revenu total s'établissait à 24 000 $. [Remarque : Les deux époux se sont retrouvés, au final, avec environ le même revenu annuel.]

[50] Bien que l'arrêt *LeMoine* énonce un cadre analytique qui permet de déterminer le montant des aliments à verser au profit d'un époux, à la retraite, ce n'est pas le seul cadre qui existe. Dans la décision *Hoar c. Toner*, le juge mentionne deux autres cadres analytiques ainsi que la jurisprudence pertinente. Les deux cadres évaluent le caractère raisonnable de la décision de prendre sa retraite, même si l'on conclut que cette décision n'est pas motivée par un désir de se soustraire au versement des aliments au profit d'un époux.

[51] Le premier de ces deux cadres est exposé dans la décision *Francis c. Logan*, 2008 BCSC 1028, [2008] B.C.J. No. 1455 (QL). Dans cette affaire, le mari avait choisi de prendre sa retraite, à l'âge de soixante-trois ans, pour des raisons personnelles. En conséquence, son revenu annuel avait chuté, passant de 100 000 $ à 27 000 $. Puisque la décision du mari de prendre une retraite anticipée n'était pas motivée par son état de santé ni par des contraintes d'ordre économique mais plutôt par des préférences personnelles, la Cour a conclu que la chute de son revenu ne constituait pas un changement important de situation. L'ordonnance alimentaire initiale est donc restée en vigueur sans que d'autres facteurs soient pris en compte. En somme, la décision *Francis* appuie la proposition lapidaire voulant qu'une décision volontaire de prendre une retraite anticipée ne constitue pas un changement de situation important. Toutefois, le raisonnement suivi dans la décision *Francis* fait problème. Il donne l'impression que l'on peut légalement faire pression sur un ex-époux pour qu'il travaille passé l'âge de soixante-cinq ans afin d'honorer une obligation alimentaire fondée sur son revenu antérieur à la retraite. L'idée est que les ex-époux âgés de soixante-cinq ans ou plus continueront à verser les mêmes aliments qu'ils versaient avant la retraite à moins qu'ils n'établissent que la décision de prendre leur retraite était raisonnable. Cela explique sans doute pourquoi cette décision a été peu suivie. Bien qu'à l'évidence, je sois préoccupé par la portée jurisprudentielle de la décision *Francis*, je suis également préoccupé par une

affaire dans laquelle le conjoint débiteur a volontairement réduit son revenu de 75 % et ne donne néanmoins aucune explication apparente sur la façon dont il s'adaptera à cette baisse de revenu (voir la discussion plus loin).

[52] L'autre cadre analytique supplémentaire qui permet de déterminer les aliments à verser à un conjoint, à la retraite, est exposé dans la décision *Bullock c. Bullock*, [2004] O.J. No. 909 (C. sup. Ont.) (QL), décision que Mme Vaughan a invoquée devant le tribunal d'instance inférieure et que le juge du procès a trouvée convaincante. Le cadre retenu dans la décision *Bullock* représente un rejet implicite du cadre exposé dans la décision *Francis*. Dans la décision *Bullock*, la Cour était disposée à reconnaître qu'une baisse de revenu substantielle, découlant d'une décision de prendre une retraite anticipée, constitue un changement de situation important. Toutefois, dans le cas où la décision de prendre une retraite anticipée est motivée par des considérations personnelles, la Cour a le droit d'attribuer un revenu au retraité pour le motif qu'il a [TRADUCTION] « volontairement choisi d'être sous-employé ».

[53] Les faits de l'affaire *Bullock* sont quelque peu semblables à ceux de l'affaire *Francis*. Au moment où il avait pris sa retraite, à l'âge de soixante-deux ans, le revenu annuel que tirait M. Bullock de son entreprise était passé de 120 000 $ à 47 000 $. À l'époque, il versait des aliments de 2 500 $ par mois à son ex-épouse. Bien que le juge n'ait pas reproché à M. Bullock sa décision de prendre une retraite [TRADUCTION] « anticipée », étant donné les exigences découlant d'un travail à son compte, il a conclu que M. Bullock était encore capable de travailler comme expert-conseil ou comme employé. Le juge a invoqué plusieurs décisions à l'appui de cette conclusion tout en refusant [TRADUCTION] « de suivre » une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans la mesure où la Cour y [TRADUCTION] « arriv[ait] à une conclusion différente » (par. 13) (voir l'arrêt *Scory c. Scory*, [1999] S.J. No. 644 (C.A.) (QL)).

[54] Il y a deux autres aspects de la décision *Bullock* que nous ne saurions passer sous silence. En premier lieu, le juge a refusé d'attribuer un revenu précis à

M. Bullock. Il a plutôt déclaré que M. Bullock avait la *capacité* de gagner au moins 120 000 $ par année et était donc parfaitement en mesure de continuer à verser des aliments de 2 500 $ par mois. [Remarque : Même résultat que dans la décision *Francis* : le montant des aliments que verse le retraité est le même qu'avant la retraite.]

[55] Le deuxième aspect de la décision *Bullock* qui est digne de mention est le fait que le juge a [TRADUCTION] « refusé » d'imposer une [TRADUCTION] « date limite » à l'obligation alimentaire de M. Bullock parce que ce dernier avait omis de demander cette mesure de redressement. Le juge a ensuite dit qu'il n'existait aucune preuve en ce qui concernait le moment où, selon les attentes des parties, M. Bullock devait prendre sa retraite. Finalement, le juge a conclu que M. Bullock devait verser des aliments jusqu'à ce qu'il ne soit plus capable de gagner un revenu suffisant pour s'acquitter de son obligation alimentaire. Il va sans dire que cette conclusion va à l'encontre du principe général qui veut que l'époux qui verse des aliments ne puisse être contraint de continuer à travailler. Il s'ensuit que la décision *Bullock* est incompatible avec le droit en vigueur dans notre province.

[56] La notion selon laquelle une retraite volontaire et anticipée peut donner lieu à l'attribution d'un revenu à la partie qui verse des aliments au profit d'un époux est incompatible avec la décision de notre Cour dans l'arrêt *LeMoine*. Toutefois, il semble que la solution qui consiste à attribuer un revenu à ceux qui prennent leur retraite pour des raisons personnelles gagne du terrain dans la jurisprudence de provinces comme la Colombie-Britannique : voir les décisions *Szczerbaniwicz c. Szczerbaniwicz*, 2010 BCSC 421, 2010 B.C.J. No. 562 (QL), et *Gajdzik c. Gajdzik*, 2008 BCSC 160, [2008] B.C.J. No. 206 (QL).

[57] En l'espèce, le juge du procès a attribué un revenu à la fois à M. et à Mme Vaughan pour le cas où M. Vaughan déciderait de prendre sa retraite (40 000 $ à M. Vaughan et 6 000 $ à Mme Vaughan). Toutefois, il n'existe aucun élément de preuve qui appuie l'attribution de l'un ou l'autre montant. Attribuer un revenu à un époux qui refuse de travailler ou qui agit à seule fin de faire obstacle à la capacité de l'autre époux

de recevoir des aliments est une chose. Attribuer un revenu sur la seule base d'une intuition du juge ou de vagues considérations d'équité en est une toute autre. En l'espèce, par exemple, le juge du procès a attribué à Mme Vaughan un revenu annuel de 6 000 $ pour les motifs suivants : [TRADUCTION] « Comme nous l'avons dit, la Cour est convaincue qu'étant donné la situation de Mme Vaughan, son âge, le fait qu'elle a été absente du marché du travail, son manque d'expérience et ses problèmes de santé, on ne pourrait s'attendre à ce qu'elle gagne davantage qu'un montant infime » (par. 179). De même, il n'y avait aucun élément de preuve justifiant l'attribution d'un revenu de 40 000 $ à M. Vaughan.

[58] Puisque l'arrêt *LeMoine* énonce toujours le droit en vigueur dans notre province, il est légitime de se demander si ce cadre juridique est déficient dans la mesure où il ne prend pas en considération le caractère raisonnable de la décision de prendre sa retraite. Qu'en est-il de la situation où un époux qui est dans l'armée choisit de « prendre sa retraite » à l'âge de quarante-deux ans et retourne à l'université, comme ce fut le cas dans l'affaire *Beaudoin c. MacDonald*, 2004 NBBR 56, [2004] A.N.-B. n° 43 (QL). Bien que le revenu de M. Beaudoin soit passé de 51 000 $ à 16 000 $, sa demande en modification de son obligation alimentaire (qui était fixée à 600 $ par mois) a été rejetée malgré le fait que son ex-épouse avait maintenant un revenu d'emploi de 21 000 $. La juge saisie de la motion a conclu que le retraité n'avait pas établi que le fait de continuer à verser des aliments dont le montant était le même que celui déjà fixé lui imposait une part inéquitable des avantages et inconvénients découlant du mariage et de son échec. Les faits de l'affaire étayent amplement cette conclusion. En même temps, je trouve difficile d'inscrire cette affaire dans la catégorie des « retraites ». La catégorie appropriée est celle des « changements de carrière ».

[59] Bien que la plupart des instances examinées dans les présents motifs concernent des personnes qui avaient choisi de prendre leur retraite entre soixante et soixante-cinq ans, il existe une série d'affaires qui relèvent de la catégorie dite « Liberté 55 ». L'affaire *LeMoine* en est une, tout comme l'affaire *Hoar c. Toner*. Dans cette dernière instance, il s'agissait d'un époux qui, cinq ans après son divorce, avait choisi de

prendre sa retraite à l'âge de cinquante-cinq ans. M. Hoar aurait pu continuer à travailler jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans, mais il a décidé de prendre une retraite anticipée après avoir travaillé dans la même usine de pâtes et papiers pendant plus de trente-cinq ans. Son revenu annuel était par conséquent passé de 148 000 $ à 55 000 $, ce qui avait donné lieu à une demande en vue de la réduction de son obligation alimentaire mensuelle, laquelle avait été antérieurement fixée à 1 400 $. Au moment où M. Hoar avait pris sa retraite, le revenu annuel de son ex-épouse s'établissait à 40 000 $ en comptant les aliments versés à son profit. Le juge a appliqué l'arrêt *LeMoine* et a réduit l'obligation alimentaire, la ramenant à 1 050 $. Pour en arriver à cette décision, le juge a examiné le budget mensuel de chaque époux et a conclu que si les aliments alors versés au profit de l'épouse étaient réduits, le requérant aurait un excédent mensuel de 909 $ et l'intimée, de 1 200 $.

[60] Envisagés dans leur globalité, les résultats de l'affaire *LeMoine* et de l'affaire *Hoar c. Toner* sont compatibles. Les deux instances témoignent d'un souci de s'assurer que les avantages et les inconvénients du mariage et de son échec soient partagés également entre les ex-époux. Pour y parvenir, la Cour a examiné les sources de revenu et les besoins de chaque partie sur le plan financier. À mon avis, la solution qui aurait consisté à attribuer un revenu à M. LeMoine ou à M. Hoar n'aurait pas servi les intérêts des parties. Le partage ne sera jamais équitable si les juges attribuent arbitrairement un revenu à l'une des parties ou aux deux. Par ailleurs, peut-être est-il temps que notre Cour réexamine à neuf toute la question des aliments à verser au profit d'un époux au moment de la retraite. Plus de quinze années se sont écoulées depuis que l'affaire *LeMoine* a été tranchée et il existe maintenant une jurisprudence considérable qui justifie une plus ample réflexion.

[61] Je dois maintenant, à la lumière de ce qui précède, me demander si le juge du procès a commis une erreur en rendant une décision anticipée concernant l'éventuelle décision de M. Vaughan de prendre ce qu'il est convenu d'appeler une retraite anticipée, à l'âge de soixante-deux ans. Corrélativement, il faut décider si le juge du procès a commis une erreur en attribuant un revenu aux parties et, ce faisant, en examinant le

caractère raisonnable de la décision de M. Vaughan de prendre une retraite anticipée. La réponse à cette question accessoire est énoncée ci-dessus. Toutefois, je suis également d'avis que le juge du procès a commis une erreur en rendant une décision anticipée relativement aux aliments à verser au profit de l'épouse à la retraite. Cette erreur découle du défaut de M. Vaughan de s'acquitter d'un fardeau de présentation. Il n'a déposé devant la Cour aucun état financier fait sous serment qui aurait clairement exposé son revenu et ses dépenses raisonnables (réels ou projetés) à la retraite. Les seuls documents qui ont été présentés au juge du procès étaient les états financiers déposés pour les fins de l'ordonnance alimentaire provisoire. Dans ces documents, M. Vaughan déclare un revenu annuel de 162 000 $, qui se traduit par un revenu mensuel de 13 500 $, et établit ses dépenses mensuelles projetées à 14 500 $. Le document en question est daté de novembre 2010. Deux ans plus tard, M. Vaughan sollicite une ordonnance alimentaire définitive parce qu'il veut éventuellement décider de prendre une retraite anticipée.

[62] Il ressort du dossier d'appel que le revenu annuel de M. Vaughan chutera pour passer à environ 40 000 $ (plus les prestations du RPC) et pourtant il ne dépose aucun élément de preuve en ce qui concerne la façon dont il arrivera à acquitter des dépenses qui, selon les projections faites deux ans plus tôt, devaient s'établir à plus de 14 000 $ par mois. L'avocate de Mme Vaughan a demandé à M. Vaughan, avec raison, d'expliquer comment il prévoyait modifier son niveau de vie afin d'arriver à vivre avec moins de 30 % de ce qu'il gagnait alors. Les réponses de M. Vaughan aux questions qui lui ont été posées à ce sujet laissaient, au mieux, à désirer et étaient, au pire, évasives. Soit il n'avait pas soigneusement envisagé les conséquences financières de la retraite, soit ces conséquences le laissaient totalement indifférent. Dans l'un ou l'autre cas, sa demande en vue d'obtenir une décision anticipée aurait dû être rejetée. Dans les circonstances, Mme Vaughan était fondée à persister à faire valoir que la décision de prendre sa retraite était motivée par le désir de M. Vaughan de mettre fin à son obligation alimentaire sans égard pour les réalités pécuniaires dont s'accompagnerait cette décision.

[63] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter l’appel comme le propose ma collègue dans ses motifs.