

Robert Kenneth Hartshorne *Appellant*

v.

**Kathleen Mary Mildred
Hartshorne** *Respondent*

INDEXED AS: HARTSHORNE v. HARTSHORNE

Neutral citation: 2004 SCC 22.

File No.: 29531.

2003: November 6; 2004: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Family law — Division of property — Marriage agreement — Parties electing separate property regime in marriage agreement — Whether marriage agreement unfair — Whether judicial reapportionment should be upheld — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 65(1).

Family law — Family assets — Law practice — Wife contributing indirectly to husband's law practice through household management and childrearing — Whether law practice should be considered a family asset — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 58(3)(e), 59(2).

Family law — Maintenance — Division of property — Double recovery — Parties electing separate property regime in marriage agreement — Whether judicial reapportionment of asset constituting main source of income resulted in double recovery.

The parties began to cohabit in 1985 and their first child was born in 1987. They married in 1989, a second marriage for both, and a second child was born later that year. Nine years later, they separated. From the time of the birth of their first child, the respondent wife withdrew from the practice of law to remain at home to raise the children. The appellant husband, also a lawyer, had made it clear to the respondent prior to the marriage that he would never again allow a division of his property. He brought assets worth approximately \$1.6 million

Robert Kenneth Hartshorne *Appellant*

c.

**Kathleen Mary Mildred
Hartshorne** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : HARTSHORNE c. HARTSHORNE

Référence neutre : 2004 CSC 22.

N° du greffe : 29531.

2003 : 6 novembre; 2004 : 26 mars.

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

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

Droit de la famille — Partage des biens — Contrat de mariage — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — Le contrat de mariage est-il inéquitable? — La redistribution judiciaire des biens doit-elle être maintenue? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 65(1).

Droit de la famille — Biens familiaux — Cabinet d'avocats — Contribution indirecte de l'épouse au fonctionnement du cabinet d'avocats de son mari grâce à la gestion du ménage et à l'éducation des enfants — Le cabinet d'avocats doit-il être considéré comme un bien familial? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 58(3)e, 59(2).

Droit de la famille — Aliments — Partage des biens — Double indemnisation — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — La redistribution judiciaire d'un bien constituant la principale source de revenu d'un conjoint a-t-elle donné lieu à une double indemnisation?

Les parties ont commencé à cohabiter en 1985 et leur premier enfant est né en 1987. Elles se sont mariées en 1989 — un second mariage dans les deux cas — et un deuxième enfant est né plus tard au cours de la même année. Les parties se sont séparées neuf ans plus tard. Après la naissance de leur premier enfant, l'intimée a choisi d'abandonner la pratique du droit et de rester à la maison pour élever les enfants. Avant le mariage, l'appellant, qui était lui aussi avocat, avait clairement dit à l'intimée qu'il ne consentirait jamais à un deuxième

into the marriage, including his law practice, while the respondent entered the relationship with no assets and heavily in debt. On the day of the wedding, the appellant insisted that the respondent sign a marriage agreement that rendered the parties separate as to property, but with a provision that the respondent would be entitled to a 3 percent interest in the matrimonial home for each year that the parties were married up to a maximum of 49 percent. The parties obtained independent legal advice and the respondent was advised that the agreement was grossly unfair. She nevertheless signed the agreement with a few amendments, including a clause confirming her right to spousal support. Pursuant to the agreement, the respondent was entitled to property valued at \$280,000 on separation, while the appellant was entitled to property worth \$1.2 million. In divorce proceedings, the appellant relied upon the agreement to avoid the operation of the statutory family property regime while the respondent argued that the agreement should be set aside on common law principles or that the distribution of assets should be reapportioned because the agreement was unfair pursuant to s. 65(1) of the British Columbia *Family Relations Act* (“*FRA*”). The trial judge concluded that the agreement was unfair and ordered a reapportionment on a 60/40 basis in favour of the appellant of most of the family assets including the appellant’s law practice. Each party was held to be entitled to a half interest in the matrimonial home and contents. In addition, the appellant was ordered to pay spousal support. This judgment was upheld by the Court of Appeal.

Held (Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour and Fish JJ.: The primary policy objective guiding the court’s role in division of assets on marital breakdown in British Columbia is fairness. The *FRA* explicitly recognizes marriage agreements as a mechanism to govern a division of property upon the dissolution of marriage. To be enforceable, however, any such agreement must operate fairly at the time of distribution. If it does not, judicial reapportionment of property will be available to achieve fairness. Although the statutory scheme in British Columbia sets a lower threshold for judicial intervention than the schemes in the other provinces, courts should respect private arrangements that spouses make for the division of their property on the breakdown of their relationship particularly where the

partage de ses biens. Lors de son mariage, l’appelant possédait déjà des biens — dont son cabinet d’avocats — évalués à environ 1,6 million de dollars. Pour sa part, l’intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée à l’époque. Le jour du mariage, l’appelant a insisté pour que l’intimée signe un contrat de mariage qui stipulait que les parties se mariaient sous le régime de la séparation de biens, mais qui comportait une clause prévoyant que, pour chaque année de mariage, l’intimée acquerrait un intérêt de 3 pour 100 dans la résidence familiale, et ce, jusqu’à un maximum de 49 pour 100. Les parties ont obtenu des avis juridiques indépendants et l’intimée a été avisée que le contrat créait une injustice flagrante. Elle a néanmoins signé le contrat après y avoir apporté quelques modifications, dont l’insertion d’une clause confirmant son droit à des aliments entre époux. Le contrat prévoyait que, en cas de séparation, l’intimée aurait droit à des biens évalués à 280 000 \$, alors que l’appelant aurait droit à des biens évalués à 1,2 million de dollars. Pendant les procédures de divorce, l’appelant a invoqué le contrat dans le but de se soustraire au régime légal applicable aux biens familiaux, alors que l’intimée considérait que le tribunal devait soit annuler le contrat en application de certains principes de common law, soit procéder, conformément au par. 65(1) de la *Family Relations Act* (« *FRA* ») de la Colombie-Britannique, à une redistribution des biens familiaux en raison de l’iniquité du contrat. La juge de première instance a conclu que le contrat était inéquitable et a ordonné une redistribution 60-40, en faveur de l’appelant, de la plupart des biens familiaux, y compris le cabinet d’avocats de l’appelant. Elle a décidé que chaque partie avait droit à la moitié du domicile conjugal et de son contenu. La juge a, en outre, ordonné à l’appelant de verser des aliments entre époux. La Cour d’appel a confirmé ce jugement.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour et Fish : L’équité est le principal objectif d’intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique. La *FRA* reconnaît explicitement la validité du contrat de mariage comme mécanisme de gestion du partage des biens à la dissolution du mariage. Cependant, pour être exécutoire, un tel contrat doit être équitable, sans quoi un tribunal pourra redistribuer les biens de manière à réaliser un partage équitable. Bien que le régime légal de la Colombie-Britannique établisse manifestement un critère préliminaire d’intervention judiciaire moins strict que ceux qu’établissent les régimes des autres provinces, les tribunaux devraient respecter les arrangements privés que les époux

agreement in question was negotiated with independent legal advice. Individuals may choose to structure their affairs in a number of different ways and courts should be reluctant to second-guess the arrangement on which they reasonably expected to rely.

Marital cases must reconcile respect for the parties' intent, on the one hand, and the assurance of an equitable result, on the other. There is no "hard and fast" rule regarding the deference to be afforded to marriage agreements as compared to separation agreements. The court must determine whether the marriage agreement is substantively fair when the application for reapportionment is made. The essence of this inquiry is whether the circumstances of the parties at the time of separation were within the reasonable contemplation of the parties at the time the agreement was formed, and whether at that time the parties made adequate arrangements in response to these anticipated circumstances. In determining whether a marriage agreement operates unfairly, a court must first apply the agreement, assessing and awarding those financial entitlements provided to each spouse under the agreement and from other sources, including spousal and child support. Secondly, the court must consider the factors listed in s. 65(1) of the *FRA*, and make a determination as to whether the contract operates unfairly, and whether a different apportionment should be made. At this stage, consideration must be given to how the parties' personal and financial circumstances evolved over time.

Here, the financial and domestic arrangements between the appellant and the respondent unfolded just as the parties had expected, so that the burden to establish unfairness is heavier. They were living out their intention to "remain completely independent of the other as regard to their own property, both real and personal", the main feature of the agreement. There was no commingling of funds, there were no joint accounts of significant value, and the assets that the appellant brought into the marriage remained in his name. As planned they had a second child and the respondent remained at home to raise the children. While the duration of the marriage was a significant factor, it had to be considered in light of the fact that the vast majority of the property was acquired by the appellant prior to the commencement of the relationship. In addition, before making a determination that the agreement operated unfairly, the trial judge should have considered the impact of the spousal and child support to which the respondent was entitled under the agreement, which would have recognized the economic disadvantage

prennent au sujet du partage de leurs biens à la rupture de leur relation, particulièrement lorsque le contrat en question a été négocié sur la foi de conseils juridiques indépendants. Les gens peuvent choisir d'organiser leurs affaires de maintes façons et les tribunaux doivent hésiter à remettre en question l'arrangement que ces gens s'attendaient raisonnablement à invoquer.

En matière matrimoniale, il faut concilier la nécessité de respecter l'intention des parties, d'une part, et celle d'assurer un résultat équitable, d'autre part. Il n'y a pas de règle absolue en ce qui concerne la déférence requise dans le cas d'un contrat de mariage comparativement à celle requise dans le cas d'un accord de séparation. Le tribunal doit déterminer si le contrat de mariage est substantiellement équitable au moment de la présentation de la demande de redistribution. Pour ce faire, il doit essentiellement se demander si, au moment de la formation du contrat, les parties pouvaient raisonnablement prévoir dans quelle situation elles seraient au moment de leur séparation et, le cas échéant, si elles ont alors pris des mesures adéquates pour réagir à la situation anticipée. Pour décider si un contrat de mariage est inéquitable, le tribunal doit commencer par l'appliquer en déterminant et en accordant à chaque époux ce à quoi il a droit, sur le plan financier, en vertu du contrat, en plus de tenir compte des autres droits émanant d'autres sources, dont les aliments entre époux et ceux payables aux enfants. Le tribunal doit ensuite décider si le contrat est inéquitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*, et s'il y a lieu de répartir différemment les biens. À cette étape, il faut prendre en considération la façon dont la situation personnelle et financière des parties a évolué au fil des ans.

En l'espèce, les arrangements financiers et familiaux pris par l'appellant et l'intimée se sont révélés conformes à ce qu'ils avaient prévu, ce qui rend plus lourd le fardeau d'établir l'existence d'une iniquité. Ils étaient « entièrement indépendants l'un de l'autre en ce qui avait trait à leurs propres biens, tant meubles qu'immeubles », conformément à l'intention constituant la principale caractéristique de leur contrat. Il n'y avait aucune confusion de fonds, aucun compte conjoint d'une valeur appréciable et les biens que possédait l'appellant avant de se marier étaient restés à son nom. Ils avaient eu un deuxième enfant comme prévu et l'intimée était restée à la maison pour élever les enfants. Bien qu'elle fût un facteur important, la durée du mariage devait être considérée à la lumière du fait que la plupart des biens avaient été acquis par l'appellant avant le début de la relation. De plus, avant de conclure que le contrat était inéquitable, le juge de première instance aurait dû prendre en considération l'incidence des aliments entre époux et des aliments destinés aux enfants auxquels l'intimée avait

suffered by the respondent in sacrificing her career for her family, the lingering effects of the sacrifice, and the true onus of the respondent's parental responsibilities. The trial judge should have first applied the agreement, then determined the need for spousal support, and finally decided whether the result warranted a different apportionment of property in light of the s. 65 factors.

The agreement was fair at the time of the triggering event, in light of the provisions of the *FRA*, the provisions of the agreement and the circumstances of the parties at the time of separation, and the trial judge erred in finding otherwise. The implications of the agreement were understood, the respondent having specifically reviewed its shortcomings with her lawyer. The explicit preservation of a right to spousal support was an amendment made to the draft agreement at the respondent's insistence, supporting an understanding on her part that her future needs could be met through support. Moreover, by signing the agreement, the appellant and the respondent entered their marriage with certain expectations on which they were reasonably entitled to rely. With respect to the appellant's law practice, considering the provisions of s. 59(1) and that the value of the practice had not increased since the time of the marriage, it was not a family asset.

Per Binnie, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting in part): A marriage agreement is merely a presumptive entitlement. Under the *FRA* the deciding inquiry is whether the agreement is substantively fair at the time of application to the court, considering the parties' rights, entitlements and obligations at that moment, in light of the factors set out in s. 65(1) and the other separation conditions of custody and maintenance. While the circumstances at the time of the negotiation or execution of the agreement may provide indicators that it is either fair or unfair, the s. 65(1) factors in no way suggest that fairness during this time is determinative. Fairness must be based on a contemporaneous evaluation of the s. 65(1) factors, rather than the original intention of the parties. Various public policy concerns support this interpretation, such as the fact that marriage agreements are often executed years prior to separation at a time when the risk of the provisions ever coming into effect may be assumed to be low. Fairness is not always synonymous with equal division. If the agreement is fair in light of the s. 65(1) factors, it will stand; if not, a judge will redress it. Once a judge has redressed the unfairness, the s. 65(1) reapportionment may be compared to the division that would have been ordered absent any

droit en vertu du contrat, lesquels aliments auraient tenu compte du désavantage économique que l'intimée avait subi en sacrifiant sa carrière à sa famille, des effets que continuait d'avoir ce sacrifice et du fardeau que représentaient véritablement les responsabilités parentales de l'intimée. La juge de première instance aurait d'abord dû appliquer le contrat, ensuite évaluer le besoin d'aliments entre époux et enfin décider si le résultat justifiait de répartir différemment les biens à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65.

Compte tenu des dispositions de la *FRA*, des clauses du contrat et de la situation des parties lors de la séparation, le contrat était équitable au moment où est survenu l'événement déclencheur, et la juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment. L'intimée avait compris les conséquences du contrat étant donné qu'elle en avait précisément examiné les lacunes avec son avocat. Le maintien explicite d'un droit aux aliments entre époux est une modification qui avait été apportée à l'avant-projet de contrat parce que l'intimée insistait pour que ce soit fait, ce qui tend à confirmer qu'elle avait compris que les aliments lui permettraient de subvenir à ses besoins futurs. De plus, le contrat signé par l'appelant et l'intimée témoigne du fait qu'ils avaient des attentes raisonnables au moment de se marier. Le cabinet d'avocats de l'appelant n'est pas un bien familial eu égard aux dispositions du par. 59(1) et au fait que sa valeur n'a pas augmenté depuis le mariage.

Les juges Binnie, LeBel et Deschamps (dissidents en partie) : La conclusion d'un contrat de mariage ne fait qu'établir un droit présomptif. En vertu de la *FRA*, le tribunal doit répondre à la question déterminante de savoir si le contrat est substantiellement équitable au moment où la demande lui est présentée, en examinant, à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) et des autres conditions de séparation relatives à la garde et aux aliments, les droits et les obligations qu'avaient alors les parties. Bien que les circonstances ayant entouré la négociation et la conclusion du contrat puissent indiquer qu'il est équitable ou inéquitable, rien dans les facteurs énumérés au par. 65(1) n'indique que l'équité qui existe alors est déterminante. Pour déterminer s'il y a équité, il faut apprécier les facteurs énumérés au par. 65(1) à la lumière des circonstances existantes et non de l'intention initiale des parties. Différentes considérations d'intérêt public appuient cette interprétation, tel le fait qu'un contrat de mariage est souvent conclu plusieurs années avant la séparation, à un moment où les parties peuvent présumer qu'elles risquent peu de devoir y recourir un jour. L'équité n'est pas toujours synonyme de partage égal. Un contrat sera valide s'il est équitable à la lumière des facteurs énumérés au

contract. Since marriage agreements are not included in the s. 65(1) factors for the court to consider, giving an unfair agreement any weight in the reapportionment process would defeat the fairness objective and parties would not be encouraged to make genuine efforts to conclude and update fair agreements. However, once the judge has reapportioned the total value of family assets, the marriage agreement will affect which specific assets will be awarded to each spouse.

Questions of reapportionment should generally be settled before turning to a consideration of maintenance as it is easier to deal with the parties' need to become economically independent after a fair division of capital family assets. Imbalances in resources and independence after separation must be addressed in a principled and systematic manner. As a general rule, the trial judge should try to address in sequence (1) the apportionment of matrimonial property, (2) the existence of a right to maintenance and support and, if such a right exists, (3) the extent of the need for such maintenance or support. However, failure to follow this sequence, as in this case, does not amount to an error in law or principle, although it may lead to unforeseen hazards in the evaluation process.

Here, the trial judge properly concluded that the division of property provisions in this agreement were unfair, based on a consideration of s. 65(1) factors: the 12½-year relationship (s. 65(1)(a)), the fact that almost all of the property was acquired by the appellant prior to the relationship (s. 65(1)(c)), the respondent's need to become or remain economically self-sufficient (s. 65(1)(e)), and the effect that the respondent's assumption of homemaking responsibilities had on the appellant's ability to focus on his law practice and on her own future career development (s. 65(1)(f)). Moreover, there were indications that the agreement was unfair at the time of negotiation and execution. That the respondent signed it knowing it to be unfair does not cure the agreement of its substantive unfairness. Married spouses must fully assume the responsibilities flowing from their decision to get married. By choosing to marry the respondent, to have children, and to support and benefit from his wife's domestic work, the appellant agreed to bear all the consequences of the legislative regime

par. 65(1). S'il n'est pas équitable, le juge remédiera à la situation. Dès qu'un juge a remédié à l'iniquité, la redistribution fondée sur le par. 65(1) peut être comparée au partage qui aurait été ordonné en l'absence de contrat. Étant donné que les contrats de mariage ne figurent pas parmi les facteurs du par. 65(1) dont le tribunal doit tenir compte, l'objectif d'équité serait contrecarré si, en procédant à une redistribution, un tribunal tenait compte d'un contrat même dans ses aspects inéquitables, et les parties ne seraient pas encouragées à s'efforcer de conclure des ententes équitables et de les réviser afin d'en maintenir le caractère équitable. Cependant, dès que le juge a procédé à une redistribution de la valeur totale des biens familiaux, le contrat de mariage lui sert alors de guide pour déterminer quels biens peuvent être attribués à l'une ou l'autre des parties.

Il faut généralement régler toutes les questions de redistribution avant d'aborder la question des aliments, étant donné qu'il est plus facile de répondre au besoin des parties de devenir économiquement indépendantes après avoir procédé à un partage équitable des biens en capital familiaux. Tout déséquilibre sur le plan des ressources et de l'indépendance après une séparation doit être corrigé d'une manière systématique et fondée sur des principes. En général, le juge de première instance devrait tenter d'aborder, dans l'ordre suivant, (1) la répartition des biens matrimoniaux, (2) l'existence d'un droit aux aliments et, si ce droit existe, (3) l'ampleur du besoin d'aliments. Toutefois, l'omission de procéder dans cet ordre, comme ce fut le cas en l'espèce, ne constitue pas une erreur de droit ou de principe, bien qu'elle puisse exposer le processus d'évaluation à des risques imprévus.

Dans la présente affaire, la juge de première instance a eu raison de conclure à l'iniquité des clauses du contrat relatives au partage des biens, compte tenu des facteurs énumérés au par. 65(1) : les 12 années et demie pendant lesquelles la relation a duré (al. 65(1)a)), le fait que presque tous les biens ont été acquis par l'appelant avant la relation (al. 65(1)c)), le besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement autonome (al. 65(1)e)), et l'incidence que le rôle de ménagère de l'intimée a eu sur l'avancement de sa propre carrière et sur la capacité de l'appelant de se consacrer à la pratique du droit (al. 65(1)f)). En outre, certains faits portaient à croire que le contrat était inéquitable au moment où il a été négocié et conclu. Le fait que l'intimée l'a signé alors qu'elle le savait inéquitable n'élimine pas l'iniquité substantielle du contrat. Les conjoints mariés doivent assumer pleinement les responsabilités découlant de leur décision de se marier. En décidant d'épouser l'intimée, d'avoir des enfants, d'appuyer son choix de travailler à la maison et d'en bénéficier, l'appelant a

regulating his decisions, including the judicial review under s. 65 of the *FRA*.

The trial judge's reapportionment of the family assets should be shown deference, particularly as the litigation resulted in a protracted trial and the judgment involved complex factual assessments. Except for her reapportionment of the law practice, the trial judge did not commit any error. The respondent provided an indirect contribution to the appellant's law practice through the assumption of full-time responsibility for child care and homemaking, allowing the appellant to continue to practice full time. The appellant's interest in the law partnership was therefore a family asset capable of judicial reapportionment. Nevertheless, the trial judge erred in reapportioning the law practice, as it was the appellant's main source of revenue, from which he had been previously ordered to pay significant spousal support. This resulted in double dipping. The respondent may apply for a reevaluation of her need for spousal support.

Cases Cited

By Bastarache J.

Approved: *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; **considered:** *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24; **distinguished:** *N. (D.K.) v. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142; **referred to:** *Clarke v. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383; *Gold v. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813.

By Deschamps J. (dissenting in part)

Gold v. Gold (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24; *Stark v. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. xiv; *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Underhill v. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244; *Elsom v. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293, aff'd (1983), 37 R.F.L. (2d) 150, leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. vii; *Gillespie v. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Piercy v. Piercy* (1991),

accepté de supporter toutes les conséquences du régime législatif régissant ses décisions, parmi lesquelles figure l'examen judiciaire prévu à l'art. 65 *FRA*.

La redistribution des biens familiaux par la juge de première instance doit être traitée avec déférence, d'autant plus que le litige a donné lieu à un long procès et que le jugement est caractérisé par des évaluations factuelles complexes. La juge de première instance n'a commis aucune erreur, sauf en ce qui concerne sa redistribution du cabinet d'avocats. L'intimée a apporté une contribution indirecte au fonctionnement du cabinet d'avocats de l'appelant en s'occupant seule des enfants et des tâches ménagères, et en permettant ainsi à l'appelant de continuer à exercer le droit à temps plein. L'intérêt que détenait l'appelant dans le cabinet d'avocats constituait donc un bien familial pouvant faire l'objet d'une redistribution judiciaire. La juge du procès a néanmoins commis une erreur en procédant à une redistribution du cabinet d'avocats de l'appelant, après lui avoir ordonné de se servir de cette principale source de revenus pour payer une importante pension alimentaire. Il en a résulté une double ponction. L'intimée peut demander une réévaluation de son besoin d'aliments.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts approuvés : *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; **arrêt examiné :** *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24; **distinction d'avec l'arrêt :** *N. (D.K.) c. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142; **arrêts mentionnés :** *Clarke c. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383; *Gold c. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

Citée par la juge Deschamps (dissidente en partie)

Gold c. Gold (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24; *Stark c. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. xiv; *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Underhill c. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244; *Elsom c. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293, conf. par (1983), 37 R.F.L. (2d) 150, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. vii; *Gillespie c. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28; *Peter*

31 R.F.L. (3d) 187, supplementary reasons (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285; *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2 [am. 1997, c. 1, s. 2], 15.2(4) [formerly s. 15(5)].
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 66(4).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 56(4).
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 55(4).
Family Property Act, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 24(2).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, Part 5, ss. 56, 58, 59, 61, 65, 68, 89.
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.
Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 41.
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 29.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. Working Paper No. 63. *Property Rights on Marriage Breakdown*. Vancouver: The Commission, 1989.
 Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369.
 Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. "Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B.: A New Trilogy?" (1999), 16 *Can. J. Fam. L.* 51.
 Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press, 1985.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 220 D.L.R. (4th) 655, 174 B.C.A.C. 129, 31 R.F.L. (5th) 312, [2002] B.C.J. No. 2416 (QL), 2002 BCCA 587, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, [2001] B.C.J. No. 409 (QL), 2001 BCSC 325, and [1999] B.C.J. No. 2861 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting in part.

c. Beblow, [1993] 1 R.C.S. 980; *Piercy c. Piercy* (1991), 31 R.F.L. (3d) 187, motifs supplémentaires (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, art. 66(4).
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, ch. 12, art. 55(4).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, partie 5, art. 56, 58, 59, 61, 65, 68, 89.
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2 [mod. 1997, ch. 1, art. 2], 15.2(4) [auparavant art. 15(5)].
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 56(4).
Loi sur les biens familiaux, L.S. 1997, ch. F-6,3, art. 24(2).
Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1, art. 41.
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 29.

Doctrine citée

British Columbia. Law Reform Commission. Working Paper No. 63. *Property Rights on Marriage Breakdown*. Vancouver : The Commission, 1989.
 Grassby, Miriam. « Women in Their Forties : The Extent of Their Rights to Alimentary Support » (1991), 30 R.F.L. (3d) 369.
 Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
 Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. « Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy? » (1999), 16 *Rev. Can. D. Fam.* 51.
 Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York : Free Press, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 220 D.L.R. (4th) 655, 174 B.C.A.C. 129, 31 R.F.L. (5th) 312, [2002] B.C.J. No. 2416 (QL), 2002 BCCA 587, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, [2001] B.C.J. No. 409 (QL), 2001 BCSC 325, et [1999] B.C.J. No. 2861 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents en partie.

Megan Rehill Ellis, for the appellant.

Charlene E. Le Beau, for the respondent.

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

BASTARACHE J. —

I. Introduction

Domestic contracts are explicitly permitted by the matrimonial property regime in British Columbia. They allow spouses to substitute a consensual regime for the statutory regime that would otherwise be imposed on them. Domestic contracts are, however, like the statutory regime itself, subject to judicial intervention when provisions for the division of property which they contain are found to be unfair at the time of distribution, after considering the various factors enumerated in s. 65 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 (the “Act” or the “FRA”).

At issue in this appeal is whether a marriage agreement respecting the division of property, entered into after receiving independent legal advice, without duress, coercion or undue influence, can later be found to be unfair and set aside on the basis that it failed to provide anything “for the respondent’s sacrifice in giving up her . . . law practice and postponing [her] career development”, notwithstanding that the parties’ agreement preserved the right to spousal support. The parties in this appeal also raised the issues of whether an agreement entered into prior to or at the time of marriage should be subject to the same review on appeal as a separation agreement, and whether, where provisions for the division of property in a marriage agreement are found to be unfair at the time of distribution, the whole agreement should simply be ignored.

The appellant and the respondent began to live together in 1985 after becoming romantically involved with each other in 1982. Their first child was born in July 1987 and the parties married on

Megan Rehill Ellis, pour l’appelant.

Charlene E. Le Beau, pour l’intimée.

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

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le régime applicable aux biens matrimoniaux en Colombie-Britannique autorise expressément la conclusion de contrats familiaux. Ces contrats permettent aux époux de substituer un régime consensuel au régime légal auquel ils seraient par ailleurs assujettis. À l’instar du régime légal lui-même, les contrats familiaux sont cependant soumis à l’intervention des tribunaux lorsque, à la suite d’un examen des divers facteurs énumérés à l’art. 65 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128 (la « Loi » ou la « FRA »), leurs clauses en matière de partage des biens sont jugées inéquitables au moment d’effectuer ce partage.

Il s’agit de savoir, en l’espèce, si un contrat de mariage régissant le partage des biens, que des parties ont conclu — en l’absence de contrainte, de pression ou d’abus d’influence —, après avoir reçu des avis juridiques indépendants, peut être subséquentement jugé inéquitable et annulé pour le motif qu’il n’accorde rien [TRADUCTION] « en échange du sacrifice [qu’une partie] a consenti en abandonnant [l]a pratique du droit et en retardant [. . .] l’avancement de sa carrière », et ce, en dépit du fait qu’il maintient le droit aux aliments entre époux. Les parties au pourvoi soulèvent également les questions de savoir si un contrat conclu au moment du mariage ou avant celui-ci devrait être assujéti au même examen en appel qu’un accord de séparation, et s’il y a lieu de passer outre à un contrat de mariage dont les clauses relatives au partage des biens sont jugées inéquitables au moment d’effectuer ce partage.

L’appelant et l’intimée ont commencé à cohabiter en 1985, dans le cadre d’une liaison amoureuse qui avait débuté en 1982. Leur premier enfant est né en juillet 1987 et les parties se sont mariées le 11 mars

1

2

3

March 11, 1989 (a second marriage for both). Their second child was born in November 1989. The parties separated in January 1998 and were divorced on July 29, 1999.

4 The appellant is 57 years old and was called to the Bar of British Columbia in 1972. He has provided support for his two children from a previous marriage who were born in 1976 and 1979. The respondent is 50 years of age and was called to the Bar of British Columbia in 1981. She articulated with the appellant's firm and practised there as an associate until June 1987, when she left on maternity leave. Her annual salary at the time was \$48,000. From that time, the respondent remained at home as the full-time caregiver for both children, one of whom has special needs. The respondent did not return to practice until after the parties had separated, when she took the necessary steps to become requalified to practise law.

5 Prior to the marriage, the appellant had made it clear to the respondent that, given the division of property that occurred after he and his first wife separated, he would never again allow a division of his property. He brought several assets into the marriage with the respondent, including a home, two recreational properties, RRSPs and savings, and his law practice. His assets were valued at approximately \$1.6 million. The respondent did not bring any assets into the marriage, but instead entered the relationship heavily in debt.

6 The appellant arranged for a marriage agreement (the "Agreement") to be drawn up, the terms of which clearly stipulated that the parties would be separate as to property. However, the Agreement provided that the respondent would be entitled to 3 percent interest in the family home for each year the parties were married, up to a maximum of 49 percent. The parties obtained independent legal advice. The respondent was told by her lawyer that the Agreement was unfair and that the courts would likely set it aside if the parties separated. The respondent nevertheless signed the Agreement (after making a few small amendments) on their wedding day, at the appellant's insistence.

1989 (un second mariage dans les deux cas). Leur deuxième enfant est né en novembre 1989. Les parties se sont séparées en janvier 1998 et ont divorcé le 29 juillet 1999.

L'appelant est âgé de 57 ans et a été admis au Barreau de la Colombie-Britannique en 1972. Il verse des aliments pour deux enfants nés d'un mariage antérieur, en 1976 et en 1979. L'intimée est âgée de 50 ans et a été admise au Barreau de la Colombie-Britannique en 1981. Elle a été stagiaire au cabinet de l'appelant et y a pratiqué comme associée jusqu'en juin 1987, date de son départ pour un congé de maternité. À l'époque, elle touchait un salaire annuel de 48 000 \$. Depuis, l'intimée est restée à la maison pour se consacrer entièrement à ses deux enfants, dont l'un nécessite des soins particuliers. Ce n'est qu'après la séparation du couple que l'intimée a fait les démarches nécessaires pour pouvoir retourner à la pratique du droit.

Avant le mariage, l'appelant avait clairement dit à l'intimée que, en raison du partage des biens qu'il avait dû faire lors de sa séparation d'avec sa première femme, il ne consentirait jamais à un deuxième partage. Lorsqu'il a épousé l'intimée, l'appelant possédait déjà plusieurs biens dont une maison, deux propriétés de plaisance, des REER et des économies, ainsi que son cabinet d'avocats. La valeur de ses biens était d'environ 1,6 million de dollars. Au moment de son mariage, l'intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée.

L'appelant a fait préparer un contrat de mariage (le « contrat ») qui stipulait clairement que les parties se mariaient sous le régime de la séparation de biens. Le contrat prévoyait toutefois que, pour chaque année de mariage, l'intimée acquerrait un intérêt de 3 pour 100 dans la résidence familiale, et ce, jusqu'à un maximum de 49 pour 100. Les parties ont obtenu des avis juridiques indépendants. L'intimée a été avisée par son avocat que le contrat était inéquitable et que les tribunaux l'annuleraient probablement si le couple se séparait. Devant l'insistance de l'appelant, l'intimée a néanmoins signé le contrat (après y avoir apporté quelques petites modifications) le jour de leur mariage.

After 12½ years of cohabitation, nine of which they spent married, the parties separated in January 1998. During the divorce proceedings, custody and access, spousal and child support, and division of property were at issue. The appellant relied upon the Agreement to avoid the operation of the statutory family property regime, while the respondent argued that the Agreement should be set aside on common law principles or that the court should reapportion the distribution of family assets because the Agreement was unfair.

The primary policy objective guiding the courts' role in division of assets on marital breakdown in British Columbia is fairness; it is achieved by reviewing either the presumptive division provided for in the Act itself, or the parties' private agreement, in light of the factors set out in s. 65 of the *FRA*. To give effect to legislative intention, courts must encourage parties to enter into marriage agreements that are fair, and to respond to the changing circumstances of their marriage by reviewing and revising their own contracts for fairness when necessary.

The authorities generally agree that courts should respect private arrangements that spouses make for the division of their property on the breakdown of their relationship. This is particularly so where the agreement in question was negotiated with independent legal advice. The difficulty of course is in determining the proper approach to deciding, at the time of distribution, what is fair under the terms of s. 65 of the *FRA*. A domestic contract constituting a derogation from the statutory regime, it is obvious that its fairness cannot be determined simply on the basis of its consistency with the said regime. In fact, s. 65(1) also provides for judicial reapportionment on the basis of fairness in the case of the statutory regime in s. 56(2). The appellant in these proceedings argues that the majority of the Court of Appeal effectively found the Agreement to be unfair on the basis that it derogated from the statutory regime. After reviewing the provisions of the *FRA* as well as

Après 12 années et demie de cohabitation, dont neuf en tant qu'époux, les parties se sont séparées en janvier 1998. Pendant les procédures de divorce, il a été question de la garde et des droits de visite, des aliments de l'épouse et de ceux des enfants, ainsi que du partage des biens. L'appellant a invoqué le contrat dans le but de se soustraire au régime légal applicable aux biens familiaux, alors que l'intimée considérait que le tribunal devait soit annuler le contrat en application de certains principes de common law, soit procéder à une redistribution des biens familiaux en raison de l'iniquité du contrat.

L'équité est le principal objectif d'intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique; l'équité est assurée en examinant, à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65 *FRA*, la présomption de droit au partage établie dans la Loi elle-même ou encore le contrat privé des parties. Pour donner effet à l'intention du législateur, les tribunaux doivent encourager les parties à conclure des contrats de mariage équitables et à réagir aux changements de circonstances de leur mariage en procédant, si nécessaire, à l'examen et à la révision de leurs contrats afin d'en assurer l'équité.

La jurisprudence et la doctrine s'accordent généralement sur le fait que les tribunaux devraient respecter les arrangements privés que les époux prennent au sujet du partage de leurs biens à la rupture de leur relation. Cela vaut particulièrement lorsque le contrat en question a été négocié sur la foi de conseils juridiques indépendants. Il va sans dire que le problème est de déterminer l'approche qui doit être adoptée, au moment de la répartition des biens, pour décider ce qui est équitable sous le régime de l'art. 65 *FRA*. Étant donné qu'un contrat familial déroge au régime légal, il est évident qu'on ne peut pas déterminer s'il est équitable en se fondant uniquement sur sa compatibilité avec ce régime. En fait, le par. 65(1) prévoit également une redistribution judiciaire fondée sur l'équité dans les cas prévus au par. 56(2). En l'espèce, l'appellant fait valoir qu'en réalité c'est parce qu'il dérogeait au régime légal que les juges

7

8

9

the Agreement, it is my opinion that said Agreement operated fairly at the time of distribution.

II. Overview of the *Family Relations Act*

10 Part 5 of the *FRA* deals with division of assets on marital breakdown. It provides for presumptive entitlements which can themselves be reviewed for fairness on application to the court, and for reappportionment if a finding of unfairness is made.

11 Domestic contracts are also permitted under the *FRA*'s matrimonial property regime. Indeed, when there is a marriage agreement, the terms of the agreement represent the spouses' presumptive entitlement. Accordingly, under s. 56, the presumption that each spouse is entitled to a one-half interest in each family asset as a tenant in common is subject to any marriage agreement upon the occurrence of a triggering event, such as divorce. A "marriage agreement" is statutorily defined under s. 61(2); its definition is not at issue in this appeal.

12 While s. 61 permits parties to avoid the statutory default regime by entering into binding contractual arrangements to govern their relationship during and upon dissolution of the marriage, s. 65 limits this freedom by permitting the court to vary the contractual terms if the division of property under the agreement is unfair at the time of distribution.

13 Specifically, s. 65(1) provides that if the provisions for division of property between spouses either under their marriage agreement or under the statutory regime would be unfair having regard to: (a) the duration of the marriage; (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart; (c) the date when property was acquired or disposed of; (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift; (e) the needs of each spouse to

majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le contrat était inéquitable. Après avoir examiné ses clauses et les dispositions de la *FRA*, j'estime que le contrat était équitable au moment de la répartition des biens.

II. Aperçu de la *Family Relations Act*

La partie 5 de la *FRA* traite du partage des biens à la rupture du mariage. Elle établit des droits présumptifs qu'un tribunal peut, sur demande, examiner pour déterminer si le partage qui en résulte est équitable. Si, dans un cas donné, le partage résultant de la présomption se révèle inéquitable, il pourra faire l'objet d'une redistribution judiciaire.

Le régime que la *FRA* établit en matière de biens matrimoniaux autorise également la conclusion de contrats familiaux. En fait, s'il existe un contrat de mariage, ce sont les conditions du contrat qui établissent le droit présumptif au partage. Par conséquent, en l'absence d'un contrat de mariage, l'art. 56 établit une présomption que chacun des conjoints a droit à la moitié de chaque « bien familial » à titre de tenant commun, dès la survenance d'un événement déclencheur tel un divorce. L'expression « contrat de mariage » est définie au par. 61(2) de la Loi. Cette définition n'est toutefois pas en cause dans le présent pourvoi.

Aux termes de l'art. 61, les parties ont toute latitude de se soustraire au régime légal supplétif en prenant des arrangements contractuels exécutoires qui régiront leur relation pendant le mariage et à sa dissolution. Cependant, l'art. 65 limite cette latitude en autorisant le tribunal à modifier ces arrangements dans le cas où le partage des biens qui y est prévu se révèle inéquitable au moment d'y procéder.

Le paragraphe 65(1) prévoit notamment que, lorsque les dispositions visant le partage des biens entre les conjoints en vertu de leur contrat de mariage ou du régime légal seraient inéquitables compte tenu a) de la durée du mariage, b) de la durée de la séparation de fait, c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien, d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation, e) du besoin de chaque conjoint de devenir ou de demeurer

become or remain economically independent and self-sufficient; or (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse, the Supreme Court, on application, may order that the property covered by such agreement or statutory regime be divided into shares fixed by the court.

Most of the provinces provide for judicial oversight of marriage agreements. For example, s. 56(4) of the Ontario's *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, permits a court to set aside a domestic contract or a provision thereof if a party failed to disclose significant assets or liabilities, if a party did not understand the nature or consequences of the contract, or otherwise, in accordance with the law of contract. See also *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 66(4); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 55(4), for this language. The threshold in Nova Scotia is a finding that any term is "unconscionable, unduly harsh on one party or fraudulent": see *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 29. Saskatchewan allows a court to redistribute property where an interspousal contract was unconscionable or grossly unfair at the time it was entered into: see *Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 24(2). New Brunswick permits a court to disregard a provision of a domestic contract where a spouse did not receive independent legal advice and application of the provision would be inequitable: see *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 41. By contrast, in British Columbia, as earlier noted, a court may reapportion assets upon finding that to divide the property as provided for in the agreement or the *FRA* would be "unfair". Clearly, the statutory scheme in British Columbia sets a lower threshold for judicial intervention than do the schemes in other provinces.

économiquement indépendant et autonome, ou f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou aux dettes d'un conjoint, la Cour suprême peut, sur demande, ordonner que les biens visés par ce contrat ou par ce régime légal soient répartis dans des proportions qu'elle fixe.

La plupart des provinces assujettissent les contrats de mariage à la surveillance des tribunaux. En Ontario, par exemple, le par. 56(4) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, permet à un tribunal d'annuler un contrat familial en tout ou en partie si une partie n'a pas divulgué des éléments d'actif ou de passif importants, si une partie n'a pas compris la nature ou les conséquences du contrat, ou encore pour toute autre raison découlant du droit des contrats. On trouve également ce libellé au par. 66(4) de la *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, et au par. 55(4) de la *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12. Le critère préliminaire applicable en Nouvelle-Écosse est la conclusion qu'une clause est [TRADUCTION] « exorbitante, trop dure pour une partie ou frauduleuse » : voir l'art. 29 de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275. En Saskatchewan, le tribunal peut procéder à une redistribution des biens dans le cas où, au moment de sa conclusion, le contrat de mariage était exorbitant (« *unconscionable* ») ou créait une injustice flagrante : voir le par. 24(2) de la *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6,3. Au Nouveau-Brunswick, un tribunal peut faire abstraction d'une clause d'un contrat domestique dans le cas où l'un des conjoints n'a pas obtenu un avis juridique indépendant et où l'application de cette clause serait inéquitable : voir l'art. 41 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1. Par contre, comme nous l'avons vu, les tribunaux de la Colombie-Britannique peuvent procéder à une redistribution des biens lorsqu'ils concluent que le partage prévu au contrat ou par la *FRA* serait « inéquitable ». Le régime légal de la Colombie-Britannique établit manifestement un critère préliminaire d'intervention judiciaire moins strict que ceux qu'établissent les régimes des autres provinces.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*, [1999] B.C.J. No. 2861 (QL) and (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325

15 Although the appellant sought joint custody of the children, after considering that the parties were unable to communicate, their different parenting styles and the different roles they assumed in caring for the children, Beames J. ordered sole custody in favour of the respondent with joint guardianship of the children. On the issue of child support, despite having found the appellant's income to be in excess of \$150,000, Beames J. ordered the appellant to pay the amount set out in the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, and the extraordinary expenses until such time as the respondent began to earn in excess of \$2,000 per month.

16 In quantifying spousal support, Beames J. considered the evidence in light of the factors set out in s. 89 of the *FRA* and s. 15.2(4) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). She awarded the respondent \$2,500 per month in support, to be reduced to \$1,500 per month after the respondent received at least \$2,000 per month in employment income. In addition, the appellant was ordered to pay a lump sum to the respondent in the amount of the fees required by the Law Society in order to be reinstated as a member. Beames J. determined that, though she had been out of the work force for 12 years, the respondent had a good chance of securing employment at a reasonable rate of remuneration and left either party at liberty to apply for a review of spousal support any time after July 1, 2001. Despite this finding, Beames J. recognized that the respondent had given up her career to assume full-time responsibility for child care and homemaking, and was completely dependent on the appellant for her support. She observed further that the respondent had suffered an economic disadvantage that would continue as long as she had custodial responsibilities. The appellant, on the other hand, had pursued his practice without interruption, secure in knowing

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] B.C.J. No. 2861 (QL) et (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325

L'appellant a demandé la garde partagée. Cependant, après avoir constaté l'incapacité des parties de communiquer entre elles et les différences qui les séparaient quant à la façon d'élever les enfants et aux responsabilités assumées à cet égard, la juge Beames a accordé à l'intimée la garde exclusive des enfants assortie d'une tutelle conjointe. En ce qui concerne les aliments destinés aux enfants, même après avoir conclu que l'appellant touchait un revenu supérieur à 150 000 \$, la juge Beames lui a ordonné de verser le montant prévu dans les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, et de supporter les dépenses extraordinaires jusqu'à ce que l'intimée commence à toucher un revenu mensuel supérieur à 2 000 \$.

Pour établir le montant des aliments entre époux, la juge Beames a examiné la preuve à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 89 *FRA* et du par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). Elle a accordé à l'intimée une pension alimentaire mensuelle de 2 500 \$, qui serait réduite à 1 500 \$ dès que l'intimée commencerait à toucher un revenu mensuel d'au moins 2 000 \$. Elle a, en outre, ordonné à l'appellant de verser à l'intimée un montant forfaitaire correspondant à la somme requise pour redevenir membre du Barreau. La juge Beames a conclu que, malgré ses 12 années d'absence du marché du travail, l'intimée avait de bonnes chances d'obtenir un emploi à un salaire raisonnable et elle a laissé aux parties toute latitude pour demander une révision des aliments entre époux en tout temps après le 1^{er} juillet 2001. En dépit de cette conclusion, la juge Beames a reconnu que l'intimée avait abandonné sa carrière pour s'occuper seule des enfants et des tâches ménagères, et qu'elle était entièrement à la charge de l'appellant. De plus, elle a fait observer que l'intimée avait subi un désavantage économique qui persisterait tant et aussi longtemps qu'elle aurait la garde des enfants. D'ailleurs, en s'occupant du foyer et des enfants, l'intimée avait

that the respondent was caring for the home and children. Beames J. accepted that it was improbable that the respondent would ever enjoy the appellant's earning capacity. On the other hand, she recognized that the respondent may not have attained the same earning capacity in any event.

With respect to the division of property, the appellant sought to rely upon the provisions of the Agreement. The respondent, on the other hand, denied that there was a valid marriage agreement or, in the alternative, argued that it was unenforceable as it was entered into under duress. The respondent argued in the further alternative that the Agreement was unfair and that there should be a reapportionment pursuant to the applicable provisions of the *FRA*. Reviewing the evidence surrounding the circumstances of the signing of the Agreement, Beames J. determined that the respondent failed to establish that the Agreement was unconscionable, or that it was entered into by the respondent under duress, coercion or undue influence. Beames J. did, however, conclude that the Agreement was unfair.

Beames J. examined the terms of the Agreement as well as the terms the parties had deleted from it. She also reviewed the letter the respondent received from her lawyer advising her not to sign the Agreement as it was "grossly unfair" and alerting her to the possible consequences of the unfairness. Beames J. noted that, despite this advice, no substantial changes were made to the Agreement and the appellant insisted that his original substantive proposal be accepted.

Under the terms of the Agreement, as signed by the parties, the most that the respondent could receive was a 49 percent interest in the family home (after 16 years of marriage), a joint interest in the household contents, and an interest in the family vehicles. Beames J. was struck by the fact that the Agreement provided nothing for the sacrifices that the respondent had made by giving up her own law practice and, in particular, that no provision was made for any entitlement to pension or retirement savings. By the time of separation, the terms of the Agreement provided that the respondent's interest in

permis à l'appelant de continuer à exercer le droit en toute quiétude. La juge Beames a reconnu qu'il était peu probable que l'intimée ait un jour la capacité de gain de l'appelant. Cependant, elle a ajouté que, de toute manière, l'intimée n'aurait peut-être jamais réussi à bénéficier de la même capacité de gain.

En ce qui a trait au partage des biens, l'appelant a tenté d'invoquer les clauses du contrat. Pour sa part, l'intimée a fait valoir que le contrat de mariage n'était pas valide et que, même s'il était valide, ce contrat serait inexécutoire du fait qu'il avait été conclu sous la contrainte. L'intimée a ajouté que le contrat était inéquitable et qu'il y avait lieu de procéder à une redistribution des biens conformément aux dispositions applicables de la *FRA*. Après avoir examiné la preuve relative aux circonstances ayant entouré la signature du contrat, la juge Beames a décidé que l'intimée n'avait pas prouvé que le contrat était exorbitant ou qu'elle l'avait signé sous l'effet de la contrainte, de pressions ou d'un abus d'influence. La juge Beames a cependant conclu que le contrat était inéquitable.

La juge Beames a examiné les conditions du contrat, y compris celles que les parties avaient supprimées. Elle a également pris connaissance de la lettre dans laquelle l'avocat de l'intimée l'avait avisé de ne pas signer le contrat parce qu'il créait [TRADUCTION] « une injustice flagrante », et la prévenait des conséquences que pourrait avoir cette injustice. La juge Beames a constaté que cet avis n'avait donné lieu à aucune modification importante du contrat et que l'appelant avait insisté pour que sa proposition initiale soit acceptée pour l'essentiel.

D'après le contrat signé par les parties, l'intimée pouvait tout au plus détenir un intérêt de 49 pour 100 dans la résidence familiale (après 16 années de mariage), un intérêt conjoint dans les biens du ménage et un intérêt dans les véhicules automobiles familiaux. La juge Beames a été frappée par le fait que le contrat n'accordait rien en échange du sacrifice que l'intimée avait consenti en abandonnant la pratique du droit et, en particulier, par le fait qu'il ne prévoyait aucun droit à une pension ou à une épargne-retraite. Lors de la séparation, l'intimée détenait, selon le contrat, un intérêt de 27 pour 100

17

18

19

the family home was 27 percent, using a period of cohabitation following marriage of 9 years, at 3 percent per year.

20 Beames J. reviewed ss. 56(1), 61, 65 and 68 of the *FRA*. She held that the court may review marriage agreements to determine whether or not the terms are fair. She stated that it was critical to bear in mind that domestic contracts were not to be treated the same way as commercial contracts (*Clarke v. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (B.C.C.A.)), and held, at para. 57 of her 1999 judgment:

In assessing fairness in this case, the most relevant factors in my view are section 65(a), (c), (e), and (f). The duration of the marriage, excluding the period of cohabitation, the relationship [*sic*] was almost nine years, and including the period of cohabitation, was approximately 12½ years. This was not a short term relationship. On the other hand, the vast majority of the property was acquired by the plaintiff, prior to the commencement of his relationship with the defendant, although the property which is now the matrimonial home was acquired while the parties were cohabiting, albeit with the plaintiff's financial resources. For the reasons I have already dealt with concerning the issue of spousal support, I consider the need of the defendant to become or remain economically independent and self-sufficient to be a significant factor in this case. I am also cognizant of the evidence with respect to the defendant's efforts concerning the construction of the family home, and her involvement therein, and the effect her assumption of home and child care responsibilities and the effect that had on the plaintiff's ability to concentrate on the maintenance and improvement of his law practice.

21 Having concluded that the Agreement was unfair, Beames J., at para. 60 of her 1999 decision, considered the judgment in *Gold v. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165 (C.A.), at para. 36, regarding the reapportionment of property between the spouses:

With respect, unless bound by authority to decide otherwise, I would conclude that subs. (a) to (f) of s. 51 [now s. 65] provide the grounds upon which a finding of unfairness must be based, but such a finding need not lead inevitably to an equal redistribution. In many cases, equality may be the only fair result. There will, however, be other cases, with or without a marriage agreement, where only an unequal division of family assets in favour of one spouse or the other will be fair. All that *Clarke*

dans la résidence familiale fondé sur une période de cohabitation de 9 ans après le mariage, à raison de 3 pour 100 par année.

La juge Beames a examiné le par. 56(1) et les art. 61, 65 et 68 de la *FRA*. Elle a conclu que les tribunaux peuvent examiner les contrats de mariage pour déterminer s'ils sont équitables. Après avoir insisté sur l'importance de ne pas traiter les contrats familiaux de la même façon que les contrats commerciaux (*Clarke c. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (C.A.C.-B.)), elle a conclu au par. 57 de sa décision de 1999 :

[TRADUCTION] Pour déterminer s'il y a équité en l'espèce, les facteurs les plus pertinents sont, à mon avis, énumérés aux al. 65a), c), e) et f). Abstraction faite de la période de cohabitation, le mariage a duré presque neuf ans et, si l'on ajoute la période de cohabitation, environ 12 ans et demi. Ce n'est pas une relation de courte durée. Par ailleurs, la plupart des biens ont été acquis par le demandeur avant le début de sa relation avec la défenderesse, quoique le bien qui constitue aujourd'hui le domicile conjugal ait été acquis pendant la période de cohabitation des parties, mais encore là grâce aux ressources financières du demandeur. Pour les motifs que j'ai déjà exposés au sujet des aliments entre époux, je considère que le besoin de la défenderesse de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome est un facteur important en l'espèce. J'ai également pris connaissance de la preuve concernant les efforts que la défenderesse a déployés relativement à la construction de la résidence familiale, ainsi que sa participation à cet égard, et l'effet que sa décision de s'occuper des enfants et des tâches ménagères avait eu sur elle et sur la capacité du demandeur de se consacrer à la pratique du droit et à l'avancement de sa carrière.

Après avoir conclu que le contrat était inéquitable, la juge Beames a examiné, au par. 60 de sa décision de 1999, le par. 36 de l'arrêt *Gold c. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165 (C.A.), où il est question de la redistribution des biens entre époux :

[TRADUCTION] En toute déférence, à moins que la jurisprudence et la doctrine ne commandent le contraire, je suis d'avis de conclure que les al. a) à f) de l'art. 51 [maintenant l'art. 65] énoncent les motifs sur lesquels doit reposer une conclusion d'iniquité, mais une telle conclusion ne doit pas nécessairement mener à une redistribution en parts égales des biens. Dans bien des cas, l'égalité peut être le seul résultat équitable. Dans d'autres cas, cependant, peu importe qu'il existe ou non un contrat

[v. *Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (B.C.C.A.)] decides is that when an agreement is unfair, the party having the advantages provided by the unfair agreement must expect that the Court will reapportion the assets for the purpose of achieving fairness. Fairness will not always be synonymous with equality.

Beames J. explained that as she did not have many of the asset valuations before her, she would merely define those assets that were family assets and, where possible, fix the percentage apportionments. On the evidence, she held that the family home, the contents, the RRSPs and savings, term deposits, the 1968 Mercedes, the Osoyoos vacation property, and the appellant's law practice were all family assets as defined by the *FRA*. The appellant's motorcycle, the lot in the State of Washington, and the appellant's interest in Commercial Appliance Centre Ltd. were held not to be family assets. Beames J. determined that the home and its contents should be divided on an equal basis. With respect to the vacation property, RRSPs and savings, and law practice, she ordered that the appellant retain 60 percent, with the respondent receiving 40 percent. The appellant was ordered to have his law corporation transfer the Ford Expedition to the respondent.

The trial judge subsequently heard evidence on the valuation of assets. On evidence that the home had depreciated in value since the date of trial, Beames J. noted that the respondent had been residing in the mortgage-free home for over three years with no rent. She was satisfied that the date of valuation should be July 1999 at a value of \$755,000. Each party's one-half interest was held to be \$377,500. Beames J. ordered that the respondent keep the family residence (by agreement of the parties), subject to a first mortgage in the amount of \$265,318 in favour of the appellant, most of its contents, and the Ford Expedition. The RRSPs were dealt with by permitting the respondent to retain those valued at \$16,391 in her own name and by ordering the appellant to roll over to the respondent RRSPs in the amount of \$87,018

de mariage, seul le partage inégal des biens familiaux au profit d'un époux sera équitable. L'arrêt *Clarke* [c. *Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (C.A.C.-B.)] établit uniquement que la partie qui bénéficie d'un contrat inéquitable doit s'attendre à ce que le tribunal procède à une redistribution des biens afin d'assurer l'équité. L'équité n'est pas toujours synonyme d'égalité.

La juge Beames a expliqué que, parce qu'elle ne disposait d'aucune donnée relative à la valeur de plusieurs biens, elle se contenterait de relever les biens familiaux et, si possible, d'établir la part respective des parties. Après avoir examiné la preuve, elle a conclu que la résidence familiale et son contenu, les REER et les économies, les dépôts à terme, la Mercedes 1968, la résidence secondaire d'Osoyoos et le cabinet d'avocats de l'appelant étaient tous des biens familiaux au sens de la *FRA*. Elle n'a pas considéré que la motocyclette de l'appelant, le terrain situé dans l'État de Washington et l'intérêt détenu par l'appelant dans Commercial Appliance Centre Ltd. constituaient des biens familiaux. La juge Beames a décidé que la résidence et son contenu devaient être partagés en parts égales. En ce qui concerne la résidence secondaire, les REER, les économies et le cabinet d'avocats, elle a ordonné que l'appelant en conserve 60 pour 100 et que l'intimée reçoive une part de 40 pour 100. Elle a ordonné à l'appelant de veiller à ce que son cabinet d'avocats transfère à l'intimée la propriété du Ford Expedition.

La juge de première instance a subséquemment entendu la preuve relative à l'évaluation des biens. À la lumière de la preuve que la valeur de la résidence avait baissé depuis la date du procès, la juge Beames a fait remarquer que l'intimée avait habité la maison non grevée d'une hypothèque pendant plus de trois ans sans payer de loyer. Elle a estimé que la valeur de la maison devait être celle qu'elle avait en juillet 1999, soit 755 000 \$, et que chaque partie avait droit à la moitié de cette somme, soit 377 500 \$. La juge Beames a permis à l'intimée de conserver la résidence familiale (avec le consentement des parties) qui serait grevée d'une hypothèque de premier rang de 265 318 \$ en faveur de l'appelant, de même que la majeure partie de son contenu et le Ford Expedition. En ce qui concerne les REER, la juge a permis à l'intimée de

22

23

in order to effect a 60/40 division in favour of the appellant.

24 At the appellant's request, the trial judge reconsidered her previous decision with respect to the reapportionment of the appellant's law practice. She considered that the appellant had built it up before the parties had commenced their relationship, that the respondent had a law degree and was already leaving the marriage with substantial assets, and with significant child and spousal support. In deciding to maintain the original 60/40 division of this asset, Beames J. considered the factors on which she had originally relied. She weighed the evidence as to the value of the practice, including tax issues and loans, and determined that the final net value was \$261,624, to which the respondent was entitled to a 40 percent share.

25 The net effect was that the respondent received an interest in the family assets with a value of approximately \$654,000, about 46 percent of the family assets valued at approximately \$1,415,000. Under the Agreement, she would have received about 20 percent of the family assets with a value of about \$280,000.

B. *Supreme Court of British Columbia*, [2001] B.C.J. No. 2854 (QL), 2001 BCSC 1678

26 With the respondent past the probationary period at her law firm and earning a salary of \$52,000, Melnick J., on application by the appellant, ordered the spousal support of \$1,500 per month to terminate at the end of December 2002. The respondent initially appealed this decision, but filed a notice of abandonment on November 5, 2002 (following the judgment of the Court of Appeal affirming Beames J.'s order with respect to the division of family assets). Melnick J. noted that if there was some dramatic change in her circumstances as a result of the decision of the Court of Appeal with respect to the division of the parties' matrimonial assets, then

conserver ceux inscrits à son nom, qui valaient 16 391 \$, et a ordonné à l'appelant de transférer la somme de 87 018 \$ dans le REER de l'intimée de manière à réaliser un partage 60-40 en faveur de l'appelant.

La juge de première instance a réexaminé, à la demande de l'appelant, la décision qu'elle avait déjà rendue au sujet de la redistribution de son cabinet d'avocats. Elle a tenu compte du fait que l'appelant avait mis sur pied son cabinet avant le début de sa relation avec l'intimée, que l'intimée était titulaire d'un diplôme en droit et qu'elle disposait, à la fin du mariage, de biens substantiels et d'une pension alimentaire élevée pour elle et ses enfants. En décidant de maintenir le partage 60-40 prévu initialement pour ce bien, la juge Beames s'est inspirée des facteurs sur lesquels elle s'était fondée à l'origine. Elle a soupesé les éléments de preuve concernant la valeur du cabinet, y compris les questions fiscales et les emprunts, et a conclu que sa valeur finale nette était de 261 624 \$, dont 40 pour 100 revenait à l'intimée.

En fin de compte, la valeur approximative de l'intérêt que l'intimée détenait dans les biens familiaux était de 654 000 \$, soit à peu près 46 pour 100 de la valeur des biens familiaux qui était d'environ 1 415 000 \$. Aux termes du contrat, elle aurait eu droit à environ 280 000 \$, soit à peu près 20 pour 100 de la valeur des biens familiaux.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2001] B.C.J. No. 2854 (QL), 2001 BCSC 1678

Compte tenu du fait que l'intimée avait réussi son stage à son cabinet d'avocats et qu'elle touchait un salaire de 52 000 \$, le juge Melnick a, à la demande de l'appelant, ordonné que l'intimée cesse de toucher, à la fin de décembre 2002, sa pension alimentaire mensuelle de 1 500 \$. L'intimée a d'abord porté cette décision en appel, mais elle a ensuite déposé un avis de désistement le 5 novembre 2002 (à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel confirmant la validité de l'ordonnance de la juge Beames relativement au partage des biens familiaux). Le juge Melnick a fait observer que, si l'arrêt de la Cour d'appel relatif au partage des biens matrimoniaux

it would be open to the respondent to bring a new application for spousal support.

C. *Court of Appeal for British Columbia* (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 2002 BCCA 587

(1) Rowles J.A. (Huddart J.A. concurring)

The majority found no error in principle in the approach that the trial judge took to determine whether the Agreement was unfair having regard to the factors listed in s. 65(1) of the *FRA*. Affirming that the preservation of spousal support clause should be ignored, the majority agreed with the trial judge that the most serious deficiency with the Agreement was that it failed to compensate the respondent's sacrifice in giving up her law practice and postponing her career development. Further, the Agreement did not consider sufficiently either the respondent's need to become economically independent or the contribution she made to the appellant's career by her sacrifice of career development to homemaking and child care responsibilities. Although the majority recognized that the way the issues were presented and decided at trial made it difficult to discern how the trial judge evaluated the factors she found relevant under s. 65, they found no error that would permit the court to intervene with the reapportionment that the trial judge ordered.

The court analysed the matrimonial property regime and explained, at paras. 33-34, that:

It is important to note that s. 56 of the *FRA* does not set out the *prima facie* presumption that each spouse is entitled to an undivided half interest in each family asset, subject to judicial reapportionment under the *FRA*. It states that each spouse is entitled to an undivided half interest in each family asset as a tenant in common on the occurrence of a triggering event, subject to a marriage agreement or separation agreement. The relevant question is not whether the agreement strays too far from an

entre les parties avait pour effet de modifier radicalement la situation de l'intimée, celle-ci pourrait présenter une nouvelle demande d'aliments entre époux.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 2002 BCCA 587

(1) La juge Rowles (avec l'appui du juge Huddart)

Les juges majoritaires n'ont relevé aucune erreur de principe dans l'approche que la juge de première instance a adoptée pour déterminer si le contrat était équitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*. Confirmant qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de la clause de maintien du droit aux aliments entre époux, les juges majoritaires ont souscrit à l'opinion de la juge de première instance selon laquelle la lacune la plus grave du contrat était son omission d'accorder une contrepartie pour le sacrifice que l'intimée avait consenti en abandonnant la pratique du droit et en retardant l'avancement de sa carrière. De plus, le contrat ne tenait pas suffisamment compte du besoin de l'intimée de devenir économiquement indépendante, ni de la contribution qu'elle avait apportée à la carrière de l'appelant en sacrifiant sa propre carrière aux tâches ménagères et au soin des enfants. Tout en reconnaissant que, compte tenu de la façon dont les questions avaient été présentées et tranchées au procès, il était difficile de comprendre comment la juge de première instance avait apprécié les facteurs de l'art. 65 qu'elle avait considérés comme pertinents, les juges majoritaires n'ont relevé aucune erreur justifiant de modifier la redistribution qu'elle avait ordonnée.

Après avoir analysé le régime applicable aux biens matrimoniaux, la cour a expliqué, aux par. 33-34 :

[TRADUCTION] Il importe de souligner que l'art. 56 *FRA* n'établit pas la présomption *prima facie* que chacun des conjoints a droit à la moitié indivise de chaque bien familial, sous réserve d'une redistribution judiciaire effectuée en vertu de la *FRA*. Cet article prévoit que chacun des conjoints a droit à la moitié indivise de chaque bien familial à titre de tenant commun, dès la survenance d'un événement déclencheur, sauf s'il existe un contrat de mariage ou un accord de séparation. La

equal division, but whether the agreed division is unfair in the circumstances of the spouses, considering all the factors in s. 65, and all the provisions of the agreement. If the agreed division would be unfair, the ultimate question is what variation to the agreement the listed factors require, in the context of the entire agreement, to make the property division fair.

A determination as to whether a division under a marriage agreement is unfair at the triggering event is a two-step inquiry. The first step is to determine the division of property under the agreement. The next step is to determine whether that division would be unfair having regard to the factors set down in s. 65. At the second step, the court must take into account all the provisions of the agreement, including any that relate to spousal support or provide a future income stream by some other vehicle. Trusts, insurance, deferred annuities, and pensions come to mind. The court must also be mindful of the context in which the agreement was made.

29 On the issue of fairness, generally, the majority stated, at paras. 61 and 64, that:

What the parties view as fair at the time of executing the agreement may become unfair as the relationship evolves, and as circumstances change. It does not follow that the agreement, and the considerations underlying it, can be ignored. . . .

The fairness of a marriage agreement at the time it was made may be an important factor to consider in reapportionment. If an agreement was fair in the circumstances of the parties when it was made and subsequent, unforeseen circumstances make it unfair, the extent of the variation may be limited to that required to redress the unfairness that change produced. [Emphasis added.]

30 The majority also held that while the court should respect private agreements, particularly where they are negotiated with legal advice, common sense dictates that there is a difference between a separation agreement and a marriage agreement. In their opinion, however, even an unfair marriage agreement merits deference. The question really comes down to what level of deference is appropriate.

question est de savoir non pas si le contrat s'écarte trop du partage égal des biens, mais plutôt si le partage convenu est inéquitable pour les époux eu égard à l'ensemble des facteurs énumérés à l'art. 65 et des clauses du contrat. S'il y a iniquité, il faut se demander, en définitive, quelle modification s'impose — à la lumière des facteurs énumérés et de tout le contrat — pour rendre le partage des biens équitable.

Il faut procéder à un examen en deux étapes pour décider si le partage prévu au contrat de mariage est inéquitable au moment où survient l'événement déclencheur. La première étape consiste à déterminer quel partage des biens est prévu au contrat. La deuxième étape consiste à déterminer si ce partage serait inéquitable eu égard aux facteurs énumérés à l'art. 65. À cette étape, le tribunal doit tenir compte de toutes les clauses du contrat, y compris celles qui se rapportent aux aliments entre époux ou qui assurent, par tout autre moyen, une future source de revenus. Fiducies, assurances, rentes différées et pensions viennent à l'esprit. Le tribunal doit également avoir à l'esprit le contexte dans lequel le contrat a été conclu.

Au sujet de la question de l'équité, en général, les juges majoritaires ont affirmé, aux par. 61 et 64 :

[TRADUCTION] Ce qui était équitable pour les parties à la conclusion du contrat peut devenir inéquitable au fur et à mesure que leur relation et leur situation évoluent. On ne saurait pour autant passer outre au contrat et aux considérations qui le sous-tendent. . . .

L'équité du contrat de mariage au moment de sa conclusion peut représenter un élément important que l'on doit prendre en considération en effectuant une redistribution. Si un contrat était équitable pour les parties au moment de sa conclusion et que des circonstances imprévisibles subséquentes le rendent inéquitable, il peut être modifié dans la mesure nécessaire pour corriger l'iniquité engendrée par ce changement. [Je souligne.]

Les juges majoritaires étaient aussi d'avis que, même si la cour doit respecter les contrats privés, particulièrement ceux négociés sur la foi de conseils juridiques, il doit logiquement y avoir une différence entre un accord de séparation et un contrat de mariage. Cependant, ils estiment que même un contrat de mariage inéquitable mérite d'être traité avec déférence. En réalité, il s'agit de déterminer le degré de déférence qui convient.

(2) Thackray J.A. (dissenting)

Thackray J.A. agreed that the Agreement was unfair, but he found that the trial judge erred by failing to give any deference to the Agreement. In his opinion, this led to an unfair reapportionment of the family assets. He noted that the intention of the parties was not only spelled out in the Agreement but was demonstrated during their marriage. In his view, people should be encouraged to resolve their marital economic issues by way of contract and that their initiative should be respected. Further, he stated that the courts should promote the view that once an agreement is reached, the parties are expected to fulfill the obligations they have undertaken.

Thackray J.A. also agreed that marriage agreements are different from separation agreements in that marriage agreements may become unfair over the passage of time. Even so, in his view, marriage agreements and the considerations underlying them cannot be ignored.

Thackray J.A. held that the legislative concept of fairness supported the trial judge's decision regarding the family home and its contents, the RRSPs, motor vehicles and savings. Nevertheless, he would have left the rest of the Agreement intact which, according to his calculation, would result in approximately \$525,000 or about 37 percent of the family assets being awarded to the respondent. In his opinion, such a division would provide the respondent with sufficient funds to re-establish herself, resolve the unfairness of the Agreement and, in deference to the Agreement, leave the appellant's law firm in his hands.

IV. AnalysisA. *The Purpose of the FRA*

The primary policy objective guiding the courts' role in a division of property on marital breakdown in British Columbia is fairness.

(2) Le juge Thackray (dissident)

Le juge Thackray était d'accord pour dire que le contrat était inéquitable, mais il a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en ne faisant pas montre de déférence à l'égard du contrat. Il estimait qu'il en avait résulté une redistribution inéquitable des biens familiaux. Il a souligné que les parties n'avaient pas seulement exprimé leur intention dans le contrat, mais qu'elles l'avaient démontrée tout au long de leur mariage. Selon lui, il faut encourager les gens à régler leur situation économique matrimoniale par voie contractuelle, et respecter les mesures qu'ils prennent à cet égard. Il a ajouté que les tribunaux devraient promouvoir l'idée que les parties qui concluent un contrat sont censées s'acquitter des obligations qui leur incombent aux termes du contrat.

Le juge Thackray était également d'avis que les contrats de mariage sont différents des accords de séparation du fait qu'ils peuvent devenir inéquitables au fil des ans. Il croyait malgré tout qu'on ne saurait passer outre aux contrats de mariage et aux considérations qui les sous-tendent.

Le juge Thackray a conclu que le concept législatif d'équité étayait la décision de la juge de première instance concernant la résidence familiale et son contenu, les REER, les véhicules automobiles et les économies. Il se serait néanmoins abstenu de modifier le reste du contrat qui, d'après ses calculs, lui aurait donné droit à environ 525 000 \$, soit à peu près 37 pour 100 de la valeur des biens familiaux. À son avis, un tel partage aurait permis à l'intimée de disposer de suffisamment de fonds pour prendre un nouveau départ, corriger l'iniquité du contrat et en respecter les clauses en laissant à l'appelant son cabinet d'avocats.

IV. AnalyseA. *L'objet de la FRA*

L'équité est le principal objectif d'intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique.

31

32

33

34

35 The *FRA* explicitly recognizes marriage agreements as a mechanism to govern a division of property upon the dissolution of marriage. To be enforceable, however, any such agreement must operate fairly at the time of distribution. If it does not, judicial reapportionment of property will be available to achieve fairness.

36 To give effect to legislative intention, courts must encourage parties to enter into marriage agreements that are fair, and to respond to the changing circumstances of their marriage by reviewing and revising their own contracts for fairness when necessary. Conversely, in a framework within which private parties are permitted to take personal responsibility for their financial well-being upon the dissolution of marriage, courts should be reluctant to second-guess the arrangement on which they reasonably expected to rely. Individuals may choose to structure their affairs in a number of different ways, and it is their prerogative to do so: see generally *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83.

37 It is important to note at this point that while both the parties and the courts speak of the contract being fair or unfair, it is really the apportionment under the contract that is under scrutiny. One must be careful when suggesting that the contract is unfair not to inadvertently suggest bad faith, or an intention on the part of one or both parties to cheat. At no point have allegations of this sort been made. One must instead consider the fairness of the division of property as contracted under the marriage agreement at a specific point in time. The provisions of a contract could well be fair if the marriage lasted one year and unfair if the marriage lasted 30 years.

B. *Marriage Agreements vs. Separation Agreements*

38 Marital cases must reconcile respect for the parties' intent, on the one hand, and the assurance of an equitable result, on the other. The parties here adopted opposite views as to the degree of deference to be afforded marriage agreements; the appellant submitted that more and the respondent

La *FRA* reconnaît explicitement la validité du contrat de mariage comme mécanisme de gestion du partage des biens à la dissolution du mariage. Cependant, pour être exécutoire, un tel contrat doit être équitable, sans quoi un tribunal pourra redistribuer les biens de manière à réaliser un partage équitable.

Pour donner effet à l'intention du législateur, les tribunaux doivent encourager les parties à conclure des contrats de mariage équitables et réagir aux changements de circonstances de leur mariage en procédant, si nécessaire, à l'examen et à la révision de leurs contrats afin d'en assurer l'équité. À l'inverse, lorsqu'il est loisible aux particuliers de veiller eux-mêmes à leur bien-être financier à la dissolution du mariage, les tribunaux doivent hésiter à remettre en question l'arrangement que ces particuliers s'attendaient raisonnablement à invoquer. Les gens peuvent choisir d'organiser leurs affaires de maintes façons, et c'est là leur droit le plus strict : voir, de manière générale, l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83.

Il importe ici de souligner que, bien que les parties et les tribunaux parlent du caractère équitable ou inéquitable du contrat, c'est, en réalité, le partage prévu au contrat qui est examiné. En indiquant qu'un contrat est inéquitable, il faut prendre garde de laisser entendre, par inadvertance, que l'une ou l'autre partie à ce contrat, ou les deux à la fois, ont fait preuve de mauvaise foi ou qu'elles avaient l'intention de tricher. En aucun temps, des allégations de cette nature n'ont été formulées. Il faut plutôt se demander si le partage des biens prévu au contrat de mariage est équitable à un moment donné. Les clauses du contrat peuvent fort bien être équitables si le mariage dure un an et inéquitables s'il dure 30 ans.

B. *Contrats de mariage par opposition à accords de séparation*

En matière matrimoniale, il faut concilier la nécessité de respecter l'intention des parties, d'une part, et celle d'assurer un résultat équitable, d'autre part. En l'espèce, les parties ont adopté des points de vue divergents au sujet du degré de déférence requis dans le cas d'un contrat de mariage. L'appelant a

submitted that less deference should be paid to marriage agreements than to separation agreements.

This Court has not established, and in my opinion should not establish, a “hard and fast” rule regarding the deference to be afforded to marriage agreements as compared to separation agreements. In some cases, marriage agreements ought to be accorded a greater degree of deference than separation agreements. Marriage agreements define the parties’ expectations from the outset, usually before any rights are vested and before any entitlement arises. Often, perhaps most often, a desire to protect pre-acquired assets or an anticipated inheritance for children of a previous marriage will be the impetus for such an agreement. Separation agreements, by contrast, purport to deal with existing or vested rights and obligations, with the aggrieved party claiming he or she had given up something to which he or she was already entitled with an unfair result. In other cases, however, marriage agreements may be accorded less deference than separation agreements. The reason for this is that marriage agreements are anticipatory and may not fairly take into account the financial means, needs or other circumstances of the parties at the time of marriage breakdown. See M. Shaffer and D. S. Melamed, “Separation Agreements Post-*Moge*, *Willick* and *L.G. v. G.B.*: A New Trilogy?” (1999), 16 *Can. J. Fam. L.* 51, at pp. 67-68; *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at pp. 307-8.

C. *Miglin v. Miglin and the Issue of Deference*

In addressing the issue of deference, this Court may apply *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24, for its general legal proposition that some weight should be given to marriage agreements. *Miglin* raised the question of the proper weight to be given to a separation agreement that one of the parties subsequently wishes to have modified through an initial application in court for support. In that case, the agreement in issue was a separation agreement and the relevant provision

prétendu qu’il y avait lieu de faire montre d’une déférence plus grande à l’égard des contrats de mariage qu’à l’égard des accords de séparation, alors que l’intimée a fait valoir le contraire.

Notre Cour n’a pas établi de règle absolue, et ne doit pas le faire à mon avis, au sujet de la déférence requise dans le cas d’un contrat de mariage comparativement à celle requise dans le cas d’un accord de séparation. Les contrats de mariage doivent, dans certains cas, être traités avec une déférence plus grande que les accords de séparation. Les contrats de mariage précisent les attentes des parties au départ, généralement avant l’acquisition ou la naissance de droits. Souvent, voire la plupart du temps, un tel contrat est motivé par la volonté de protéger des biens déjà acquis ou un héritage destiné aux enfants issus d’un mariage antérieur. En revanche, les accords de séparation sont censés porter sur des obligations et des droits acquis ou existants, la partie lésée soutenant qu’elle a renoncé à une chose à laquelle elle avait droit et qu’il en a résulté une injustice. Dans d’autres cas, toutefois, les contrats de mariage peuvent être traités avec moins de déférence que les accords de séparation. Cela s’explique par le fait qu’ils sont conclus par anticipation et qu’il se peut qu’ils ne tiennent pas dûment compte des moyens financiers, des besoins ou, à d’autres égards, de la situation des parties à la rupture du mariage. Voir M. Shaffer et D. S. Melamed, « *Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy?* » (1999), 16 *Rev. Can. D. Fam.* 51, p. 67-68; *Payne on Divorce* (4^e éd. 1996), p. 307-308.

C. *L’arrêt Miglin c. Miglin et la question de la déférence*

En examinant la question de la déférence, notre Cour peut s’appuyer sur l’arrêt *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24, eu égard à sa proposition juridique générale qu’il y a lieu d’accorder un certain poids aux contrats de mariage. Dans l’arrêt *Miglin*, la Cour était appelée à décider du poids qui doit être accordé à une entente alimentaire entre époux que l’une des parties souhaite, par la suite, faire modifier en commençant par présenter une telle demande d’aliments au tribunal. Dans cette

was s. 15.2 of the *Divorce Act*. At paras. 45 and 46 of *Miglin*, in addressing the proper weight to be accorded to the agreement, Arbour J. and I stated:

... the answer to these questions does not lie in adopting a near-impermeable standard such that a court will endorse any agreement, regardless of the inequities it reveals. Neither, however, does the solution lie in unduly interfering with agreements freely entered into and on which the parties reasonably expected to rely. . . .

Nevertheless, the language and purpose of the 1985 [Divorce] Act militate in favour of a contextual assessment of all the circumstances. This includes the content of the agreement, in order to determine the proper weight it should be accorded in a s. 15.2 application. In exercising their discretion, trial judges must balance Parliament's objective of equitable sharing of the consequences of marriage and its breakdown with the parties' freedom to arrange their affairs as they see fit. Accordingly, a court should be loathe to interfere with a pre-existing agreement unless it is convinced that the agreement does not comply substantially with the overall objectives of the *Divorce Act*. [Emphasis added.]

At para. 67, we continue by stating:

... we are of the view that there is nevertheless a significant public interest in ensuring that the goal of negotiated settlements not be pursued, through judicial approbation of agreements, with such a vengeance that individual autonomy becomes a straitjacket. Therefore, assessment of the appropriate weight to be accorded a pre-existing agreement requires a balancing of the parties' interest in determining their own affairs with an appreciation of the peculiar aspects of separation agreements generally and spousal support in particular.

41

At paras. 79 to 91, we set out a two-stage approach requiring that courts look first to the circumstances of the negotiation and execution of the agreement to determine if one party took advantage of the other's vulnerability, or if the substance of the agreement at formation failed to comply substantially with the general objectives of the *Divorce Act*. Second, viewed from the time the application is made, courts should inquire if the agreement still

affaire, il était question d'accord de séparation et la disposition applicable était l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*. Aux paragraphes 45-46, la juge Arbour et moi-même avons tenu les propos suivants quant au poids à accorder à l'accord :

... la réponse à ces questions n'est pas dans l'adoption d'une norme quasi imperméable qui amènera le tribunal à entériner toute entente sans égard aux iniquités qu'elle comporte. La réponse n'est pas non plus dans l'intervention indue dans des ententes librement conclues et sur lesquelles les parties pensaient raisonnablement pouvoir compter. . . .

Malgré tout, le libellé et l'objet de la Loi de 1985 [sur le divorce] militent en faveur d'une appréciation contextuelle de l'ensemble de la situation. Cela inclut le contenu de l'entente, afin de déterminer le poids à lui accorder dans une demande fondée sur l'art. 15.2. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges de première instance doivent soulever l'objectif législatif du partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec, et la liberté des parties de régler leurs affaires comme elles l'entendent. En conséquence, le tribunal devrait hésiter à intervenir dans une entente préexistante, à moins d'être convaincu que l'entente n'est pas conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la *Loi sur le divorce*. [Je souligne.]

Nous avons ajouté, au par. 67 :

... nous sommes d'avis qu'il est nettement dans l'intérêt public de veiller à ce que l'objectif des règlements négociés ne soit pas poursuivi, par le truchement de l'approbation judiciaire des ententes, avec une ardeur telle que l'autonomie individuelle devienne un carcan. Par conséquent, pour évaluer le poids à donner à un accord préexistant, il faut mettre en balance l'intérêt des parties à régler leurs propres affaires et les aspects propres aux accords de séparation en général et aux aliments entre époux en particulier.

Aux paragraphes 79 à 91, nous énonçons une approche en deux étapes selon laquelle les tribunaux doivent d'abord examiner les circonstances ayant entouré la négociation et la conclusion de l'accord afin de déterminer si une partie a profité de la vulnérabilité de l'autre ou, si au moment de la formation de l'accord, le contenu de cet accord contrecarrait pour l'essentiel les objectifs généraux de la *Loi sur le divorce*. Les tribunaux doivent

reflects the original intentions of the parties and if it is still in substantial compliance with the objectives of the *Divorce Act*.

The appellant seeks to rely on *Miglin, supra*, suggesting that the same process be followed in assessing the fairness of marriage agreements under the *FRA*. I agree that *Miglin* is helpful for its general propositions that “a court should be loathe to interfere with a pre-existing agreement unless it is convinced that the agreement does not comply substantially with the overall objectives” of the Act in question (para. 46), and that “[t]he court must not view spousal support arrangements in a vacuum, . . . it must look at the agreement or arrangement in its totality, bearing in mind that all aspects of the agreement are inextricably linked and that the parties have a large discretion in establishing priorities and goals for themselves” (para. 84). However, in my opinion, adopting *Miglin* without qualification would distort the analytical structure already provided in the British Columbia legislation.

In the very recent case of *N. (D.K.) v. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142, at para. 26, the Court of Appeal for British Columbia held that “an agreement may be unfair as contemplated by s. 65(1) not only in its formation, but in its operation”. In that case, the agreement’s provisions might have been fair had the parties’ post-separation lives unfolded as originally anticipated. However, changes in plans resulted in the wife bearing the financial brunt of the breakdown. Court intervention to ensure fairness was warranted. That case, in my opinion, is factually distinguishable from the case at bar. However, it is helpful in highlighting the relevant inquiry under s. 65(1), namely, the operation of the contract. The court must determine whether the marriage agreement is substantively fair when the application for reapportionment is made. The essence of this inquiry is whether the circumstances of the parties at the time of separation were within the reasonable contemplation of the parties at the time the agreement was formed, and, if so, whether at that time the parties made adequate arrangements in response to

ensuite vérifier si, au moment de la présentation de la demande, l’accord reflète encore l’intention initiale des parties et si, pour l’essentiel, il est toujours conforme aux objectifs de la *Loi sur le divorce*.

En tentant d’invoquer l’arrêt *Miglin*, précité, l’appellant indique qu’il y a lieu de procéder de la même manière pour apprécier l’équité des contrats de mariage conclus sous le régime de la *FRA*. Je conviens que l’arrêt *Miglin* est utile du fait qu’il précise, de manière générale, que « le tribunal devrait hésiter à intervenir dans une entente préexistante, à moins d’être convaincu que l’entente n’est pas conforme pour l’essentiel aux objectifs généraux » de la loi en question (par. 46) et que « [l]es arrangements alimentaires entre époux ne doivent pas être envisagés dans l’abstrait; le tribunal doit examiner l’accord ou l’arrangement dans son ensemble, sans perdre de vue que tous les aspects de l’accord sont inextricablement liés et que les parties disposent d’une grande latitude pour établir leurs priorités et leurs objectifs » (par. 84). Cependant, j’estime qu’on déformerait la structure analytique déjà établie dans la loi de la Colombie-Britannique si l’on suivait sans réserve l’arrêt *Miglin*.

Tout récemment, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué, au par. 26 de l’arrêt *N. (D.K.) c. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142, qu’[TRADUCTION] « un contrat peut être inéquitable au sens du par. 65(1) non seulement au moment de sa formation, mais aussi lorsque vient le temps de l’appliquer ». Dans cette affaire, les clauses du contrat auraient pu être équitables si la vie des parties après la séparation avait été comme elles l’avaient prévu au départ. Cependant, des changements de projets ont fait en sorte que c’est l’épouse qui a été la plus durement touchée sur le plan financier à la suite de la rupture. La cour était justifiée d’intervenir pour assurer l’équité. J’estime que, de par ses faits, cette affaire se distingue de celle dont nous sommes saisis en l’espèce. Elle est toutefois utile pour mettre en lumière l’élément sur lequel doit porter l’examen fondé sur le par. 65(1), à savoir l’application du contrat. Le tribunal doit déterminer si le contrat de mariage est substantiellement équitable au moment de la présentation de la demande de redistribution. Pour ce faire, il doit essentiellement se demander

42

43

these anticipated circumstances. As Arbour J. and I stated at paras. 88 and 89 of *Miglin*, *supra*:

We note that it is unlikely that the court will be persuaded to disregard the agreement in its entirety but for a significant change in the parties' circumstances from what could reasonably be anticipated at the time of negotiation. Although the change need not be "radically unforeseen", and the applicant need not demonstrate a causal connection to the marriage, the applicant must nevertheless clearly show that, in light of the new circumstances, the terms of the agreement no longer reflect the parties' intentions at the time of execution and the objectives of the Act. Accordingly, it will be necessary to show that these new circumstances were not reasonably anticipated by the parties, and have led to a situation that cannot be condoned.

We stress that a certain degree of change is foreseeable most of the time. . . . The test here is not strict foreseeability; a thorough review of case law leaves virtually no change entirely unforeseeable. The question, rather, is the extent to which the unimpeachably negotiated agreement can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application.

See also *Miglin*, at paras. 56, 63 and 87.

44

Thus, the determination that a marriage agreement operates fairly or unfairly at the time of distribution cannot be made without regard to the parties' perspectives. A contract governing the distribution of property between spouses reflects what the parties believed to be fair at the time the contract was formed (presuming the absence of duress, coercion, and undue influence). The parties would usually not be expected to deal with their present situation without any consideration of how they expect their situation will evolve over time. If the parties' lives unfold in precisely the manner they had contemplated at the time of contract formation, then a finding that the contract operates unfairly at the time of distribution constitutes, in essence, a substitution of the parties' notion of fairness with the court's notion of

si, au moment de la formation du contrat, les parties pouvaient raisonnablement prévoir dans quelle situation elles seraient au moment de leur séparation et, le cas échéant, si elles ont alors pris des mesures adéquates pour réagir à la situation anticipée. Comme la juge Arbour et moi-même l'avons affirmé, aux par. 88-89 de l'arrêt *Miglin*, précité :

Nous signalons qu'il est peu probable que le tribunal se laisse convaincre d'écarter totalement l'accord en l'absence de changement important dans la situation des parties par rapport à ce qu'on pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation. Quoique le changement n'ait pas à être « radicalement imprévisible » et qu'il n'y ait pas à établir le lien de causalité avec le mariage, le requérant doit néanmoins démontrer clairement que, compte tenu des nouvelles circonstances, les modalités de l'accord ne traduisent plus ce qu'était la volonté des parties au moment où il a été conclu, ni les objectifs de la Loi. Il sera donc nécessaire de démontrer que ces nouvelles circonstances ne pouvaient raisonnablement pas être prévues par les parties et qu'elles ont mené à une situation qui ne peut être tolérée.

Nous tenons à souligner que, dans la plupart des cas, un certain degré de changement est prévisible. [. . .] Le critère applicable n'est pas l'imprévisibilité absolue; un examen approfondi de la jurisprudence révèle que pratiquement aucun changement n'est entièrement imprévisible. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure on peut dire que l'accord négocié de façon irréprochable a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande.

Voir également l'arrêt *Miglin*, par. 56, 63 et 87.

Ainsi, pour déterminer si un contrat de mariage est équitable ou inéquitable au moment de la répartition des biens, il faut tenir compte du point de vue des parties. Le contrat qui régit le partage des biens entre époux reflète ce que ceux-ci jugeaient équitable au moment de le former (en supposant qu'ils n'agissaient pas sous l'effet de la contrainte, de pressions et d'un abus d'influence). Les parties ne sont généralement pas censées régler leur situation présente sans tenir compte de la façon dont ils s'attendent à ce que leur situation évolue au fil des ans. Si la vie des parties évolue exactement comme elles l'avaient prévu à la formation du contrat, conclure que le contrat est inéquitable au moment de la répartition des biens revient essentiellement à substituer la conception d'équité du tribunal à celle des

fairness, providing that nothing else would suggest that the parties did not really consider the impact of their decision in a rational and comprehensive way. Thus, central to any analysis under s. 65(1) of the *FRA* is consideration of how accurately the parties predicted, at the time of contract formation, their actual circumstances at the time of distribution, whether they truly considered the impact of their decision and whether they adjusted their agreement during the marriage to meet the demands of a situation different from the one expected, either because the circumstances were different or simply because implications were inadequately addressed or proved to be unrealistic.

In the present case, the majority of the Court of Appeal refers to a change in circumstances or subsequent, unforeseen circumstances as a reason why a marriage agreement that was fair at the time of its execution may no longer be fair at the time of separation. This accords with the approach adopted in *Miglin, supra*. But the majority of the court failed to recognize that this criterion is not a factor in the case at bar. At the time of the triggering event, both the financial and domestic arrangements between the appellant and the respondent were unfolding just as the parties had expected. With respect to their financial arrangement, they were living out their intention to “remain completely independent of the other as regard to their own property, both real and personal”. There was no commingling of funds, there were no joint accounts of significant value, and the assets that the appellant brought into the marriage remained in his name. On a personal level, as planned, the appellant and respondent had a second child and, as decided by the respondent, she did not resume her position at the law firm but remained at home to raise their two children.

Where, as in the present case, the parties have anticipated with accuracy their personal and financial circumstances at the time of distribution, and where they have truly considered the impact of their choices, then, without more, a finding that their Agreement operates unfairly should not be

parties, pourvu que rien d’autre n’indique que les parties n’ont pas vraiment rationnellement et complètement tenu compte de l’effet qu’aurait leur décision. En procédant à une analyse fondée sur le par. 65(1) *FRA*, il est donc primordial d’examiner si, au moment de la répartition des biens, les parties se trouvaient dans la situation qu’elles avaient prévue lors de la formation du contrat, si elles ont vraiment pris en considération l’effet qu’aurait leur décision et si, durant leur mariage, elles ont dû ajuster leur contrat en fonction d’une situation différente de celle qu’elles avaient anticipée, soit en raison d’un changement de circonstances, soit simplement parce qu’elles n’ont pas considéré suffisamment ou d’une manière réaliste les conséquences de leurs choix.

En l’espèce, les juges majoritaires de la Cour d’appel expliquent qu’un changement de circonstances ou des circonstances imprévisibles subséquentes peuvent avoir pour effet de rendre inéquitable, au moment de la séparation, un contrat de mariage qui était équitable au moment de sa conclusion. Cela est compatible avec l’approche adoptée dans l’arrêt *Miglin*, précité. Cependant, les juges majoritaires n’ont pas reconnu que ce critère n’est pas pertinent en l’espèce. Au moment où l’événement déclencheur est survenu, les arrangements financiers et familiaux pris par l’appellant et l’intimée étaient conformes à ce qu’ils avaient prévu. Pour ce qui est de leurs arrangements financiers, ils étaient, conformément à leur intention, [TRADUCTION] « entièrement indépendants l’un de l’autre en ce qui avait trait à leurs propres biens, tant meubles qu’immeubles ». Il n’y avait aucune confusion de fonds, aucun compte conjoint d’une valeur appréciable et les biens que possédait l’appellant avant de se marier étaient restés à son nom. Sur le plan personnel, l’appellant et l’intimée avaient eu un deuxième enfant comme prévu et l’intimée avait, de son propre gré, décidé de rester à la maison pour élever leurs deux enfants au lieu de réintégrer son emploi au sein du cabinet d’avocats.

Lorsque, comme en l’espèce, les parties ont prévu avec exactitude quelle serait leur situation personnelle et financière au moment de la répartition des biens et qu’elles ont vraiment pris en considération l’incidence de leurs choix, il n’y a pas lieu de se contenter de conclure à la légère que leur contrat

made lightly. This does not mean that no attention should be given to the possible deficit in the assets and future income of the spouse who chose to stay at home and facilitate the professional development of the other spouse, compared to what they would realistically have been otherwise. Section 65 mandates as much. A fair distribution of assets must of course take into account sacrifices made and their impact, the situation of the parties at the time of distribution, their age, education and true capacity to reintegrate into the work force and achieve economic independence in particular. But this must be done in light of the personal choices made and of the overall situation considering all property rights under the marriage agreement and other entitlements. In the present case, the main feature of the Agreement was the desire that each spouse retain the assets earned before the marriage, sharing equitably assets acquired afterwards being the rule. This will be fair on dissolution of the marriage if Mrs. Hartshorne is not left without means and facing true hardship in reclaiming her professional status and income, in light also of her parental obligations. Consideration must be given to the actual situation as it unfolded. I am not inattentive to the systemic problems discussed in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, and agree that the Court must proceed with caution in applying s. 65. But, ultimately, it is fairness between the parties that is at issue here.

est inéquitable. Cela ne signifie pas qu'il faut passer sous silence la possibilité que l'actif et les revenus futurs de l'époux qui a choisi de rester au foyer et de faciliter l'avancement de la carrière de l'autre époux soient moindres que ceux dont il aurait pu disposer, de façon réaliste, si les choses s'étaient passées autrement. C'est ce qu'exige l'art. 65. Il est évident qu'une répartition équitable des biens doit tenir compte de la nature et de l'incidence des sacrifices consentis, de la situation des parties au moment de la répartition des biens, de leur âge, de leur niveau de scolarité ainsi que de leur capacité réelle de réintégrer le marché du travail et, en particulier, de devenir économiquement indépendantes. Cependant, cette répartition doit en même temps tenir compte des choix personnels qui ont été faits et de l'ensemble de la situation, dont tous les droits de propriété découlant du contrat de mariage et les autres droits émanant d'autres sources. En l'espèce, le contrat était principalement caractérisé par la volonté des époux de conserver les biens qu'ils avaient respectivement acquis avant le mariage et, en règle générale, de partager équitablement les biens acquis par la suite. Ce contrat sera équitable à la dissolution du mariage si M^{me} Hartshorne ne se retrouve pas sans moyens et n'a pas vraiment de difficulté à réintégrer sa profession et à recommencer à toucher un revenu, en raison notamment de ses obligations parentales. Il faut examiner la situation dans laquelle les parties se sont vraiment retrouvées. Je suis conscient des problèmes systémiques analysés dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, et je conviens que le tribunal doit appliquer l'art. 65 avec prudence. Mais, en définitive, c'est de l'équité entre les parties qu'il est question ici.

47

The ultimate point then is this: in determining whether a marriage agreement operates unfairly, a court must first apply the agreement. In particular, the court must assess and award those financial entitlements provided to each spouse under the agreement, and other entitlements from all other sources, including spousal and child support. The court must then, in consideration of those factors listed in s. 65(1) of the *FRA*, make a determination as to whether the contract operates unfairly. At this second stage, consideration must be given to the parties' personal and financial circumstances, and

Là où je veux en venir, en fin de compte, c'est que, pour déterminer si un contrat de mariage est inéquitable, le tribunal doit commencer par l'appliquer. En particulier, il doit déterminer et attribuer à chaque époux ce à quoi il a droit, sur le plan financier, en vertu du contrat, en plus de tenir compte des autres droits émanant d'autres sources, dont les aliments entre époux et ceux payables aux enfants. Le tribunal doit ensuite décider si le contrat est inéquitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*. À cette deuxième étape, il faut prendre en considération la situation personnelle et financière des

in particular to the manner in which these circumstances evolved over time. Where the current circumstances were within the contemplation of the parties at the time the Agreement was formed, and where their Agreement and circumstances surrounding it reflect consideration and response to these circumstances, then the plaintiff's burden to establish unfairness is heavier. Thus, consideration of the factors listed in s. 65(1) of the *FRA*, taken together, would have to reveal that the economic consequences of the marriage breakdown were not shared equitably in all of the circumstances. This approach, in my view, accords with the underlying principle of the *FRA*, striking an appropriate balance between deference to the parties' intentions, on the one hand, and assurance of an equitable result, on the other.

D. Section 65 Factors

Section 65 provides a list of factors for courts to consider when assessing the fairness of a marriage agreement governing a division of property. In assessing fairness in this case, Beames J. held that the most relevant factors were those listed in s. 65(1)(a), (c), (e), and (f), namely, the duration of the marriage; the date when property was acquired or disposed of; the needs of each spouse to become or remain economically independent and self-sufficient; and, any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse, respectively.

The duration of the marriage, excluding the period of cohabitation, was almost nine years, and including the period of cohabitation, was approximately 12½ years. As noted by Beames J., “[t]his was not a short term relationship” (para. 57 of her 1999 decision). However, in my view, the duration of the marriage cannot be considered apart from the date at which property was acquired. In this regard, it is noteworthy that the vast majority of the property was acquired by the appellant prior to the commencement of his relationship with the respondent. Even the property that was acquired while the parties were cohabiting and that became the matrimonial home was purchased with the

parties et, en particulier, la façon dont cette situation a évolué au fil des ans. Le fardeau qui incombe au demandeur d'établir l'existence d'une iniquité est plus lourd lorsqu'il ressort du contrat et des circonstances ayant entouré sa formation que les parties ont prévu, au départ, la situation dans laquelle elles se trouvent aujourd'hui et qu'elles ont alors réagi en conséquence. L'examen de l'ensemble des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA* devrait donc révéler l'absence de partage équitable de toutes les conséquences économiques de la rupture du mariage. Cette approche est, à mon avis, conforme au principe qui sous-tend la *FRA*, soit la nécessité de concilier le devoir de respecter l'intention des parties, d'une part, et celui d'assurer un résultat équitable, d'autre part.

D. Les facteurs énumérés à l'art. 65

L'article 65 établit une liste de facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte pour décider si un contrat de mariage régissant le partage des biens est équitable. En l'espèce, la juge Beames a conclu que les facteurs les plus utiles pour procéder à l'examen de l'équité du contrat étaient ceux énoncés aux al. 65(1)a), c), e) et f), à savoir la durée du mariage, la date d'acquisition ou d'aliénation du bien, le besoin de chaque conjoint de devenir ou de demeurer économiquement indépendant et autonome, et toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien ou aux moyens ou aux dettes d'un conjoint.

Abstraction faite de la période de cohabitation, le mariage a duré presque neuf ans et, si l'on ajoute la période de cohabitation, environ 12 ans et demi. Comme l'a fait remarquer la juge Beames, [TRADUCTION] « [c]e n'est pas une relation de courte durée » (par. 57 de sa décision de 1999). J'estime cependant qu'il ne faut pas prendre en considération la durée du mariage sans tenir compte également de la date d'acquisition des biens en cause. À cet égard, il convient de noter que la plupart des biens ont été acquis par l'appellant avant le début de sa relation avec l'intimée. Ce sont également les ressources financières dont l'appellant disposait auparavant qui ont permis aux

48

49

appellant's earlier financial resources. In summary, the appellant brought into the marriage assets valuing approximately \$1.6 million, including a home, two recreational properties, RRSPs and savings and his law practice. The respondent did not bring any assets into the marriage, but instead entered the relationship heavily in debt.

50 Beames J. was of the view that the need of the respondent to become or remain economically independent and self-sufficient was a significant factor in this case. The respondent had given up her career to assume full time responsibility for child care and homemaking. She was completely dependent on the appellant for her support. Furthermore, the respondent suffered an economic disadvantage that would continue as long as she had custodial responsibilities. It is also important to consider that though the respondent had been out of the work force for 12 years, Beames J. determined that she had a good chance of securing employment at a reasonable rate of remuneration. Indeed, the respondent did secure an associate position with a Richmond law firm on July 3, 2001, earning a salary of \$52,000 per annum at the time of distribution.

51 In my view, and for reasons which will be elaborated in the following section, Beames J.'s analysis was insufficient. Before making a determination that the Agreement operated unfairly, she should have considered the impact of those financial awards to which the respondent was entitled under the Agreement or otherwise, including spousal and child support. Thus, an appropriate spousal support award would recognize both the economic disadvantage suffered by the respondent in sacrificing her career for her family, as well as the effects of said sacrifice which would linger following the dissolution of the marriage. Further, the true onus of the respondent's parental responsibilities must be recognized in light of the award for child support. These various amounts had to be considered in making a determination regarding the fairness of the Agreement, since the need of the respondent to become economically self-sufficient is largely fulfilled by these awards.

parties d'acquérir, pendant leur période de cohabitation, le bien qui est devenu leur domicile conjugal. Bref, au moment du mariage, l'appelant possédait déjà des biens évalués à environ 1,6 million de dollars, dont une maison, deux propriétés de plaisance, des REER et des économies, ainsi que son cabinet d'avocats. Au moment du mariage, l'intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée.

La juge Beames a estimé que le besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome était un facteur important en l'espèce. L'intimée avait abandonné sa carrière pour s'occuper seule des enfants et des tâches ménagères. Elle était entièrement à la charge de l'appelant. De plus, elle avait subi un désavantage économique qui persisterait tant et aussi longtemps qu'elle aurait la garde des enfants. Il importe également de souligner que la juge Beames a conclu que, malgré ses 12 années d'absence du marché du travail, l'intimée avait de bonnes chances d'obtenir un emploi à un salaire raisonnable. En fait, l'intimée est devenue associée dans un cabinet d'avocats de Richmond le 3 juillet 2001, et touchait un salaire annuel de 52 000 \$ au moment du partage.

Pour les raisons que j'expliquerai dans la section suivante, j'estime que l'analyse de la juge Beames est insuffisante. Avant de conclure que le contrat était inéquitable, elle aurait dû prendre en considération l'incidence des sommes auxquelles l'intimée avait droit, notamment en vertu du contrat, y compris les aliments entre époux et les aliments destinés aux enfants. Ainsi, pour être suffisants, les aliments entre époux devaient tenir compte non seulement du désavantage économique que l'intimée avait subi en sacrifiant sa carrière à sa famille, mais également des effets que ce sacrifice continuerait d'avoir après la dissolution du mariage. En outre, le fardeau que représentent véritablement les responsabilités parentales de l'intimée doit être apprécié à la lumière des aliments versés pour les enfants. Il fallait prendre en considération ces différentes sommes en examinant l'équité du contrat, étant donné qu'elles répondent largement au besoin de l'intimée de devenir économiquement autonome.

In this regard, I find it troublesome that the parties agreed to proceed to trial without having professional valuations of certain assets. To meet the objectives of the legislation, in my opinion, it is problematic for the trial judge to apportion property with no more than “a good idea” of the value of some of the assets. The trial judge must be in a position to determine the exact position of the parties as provided for in the Agreement, together with entitlement to spousal and child support, before he or she can decide whether there is unfairness under the terms of s. 65.

Finally, the trial judge discussed a fourth factor — “any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse”. In my view, there was no evidence in the present case of any such circumstance which bears particular significance. That the respondent was highly involved in the construction of the family home is, in my view, much less significant than that the appellant alone provided, from his premarital financial resources, the capital required for the home’s construction.

E. The Relationship Between Spousal Support and Property Division

In *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), Prowse J.A., in concurring reasons, addressed the relationship between support and property division, as well as the proper sequence in which they should be determined. In that case, as in this case, the trial judge resolved the issue of maintenance without having initially dealt with the division of property. At paras. 57 and 59, Prowse J.A. explained that:

It is well established that an appropriate disposition of property under Pt. 3 of the *FRA*, including any question of reapportionment under s. 51 [now s. 65], must be settled before turning to the question of maintenance.

À cet égard, il m’apparaît problématique que les parties aient convenu de se présenter au procès sans avoir préalablement obtenu une évaluation professionnelle de certains biens. J’estime qu’un juge de première instance peut difficilement se conformer aux objectifs de la Loi si, au moment de procéder à la répartition, il a tout au plus « une bonne idée » de la valeur de certains biens. Pour décider s’il y a iniquité au sens de l’art. 65, le juge de première instance doit être en mesure de déterminer la situation exacte dans laquelle le contrat prévoyait que les parties se trouveraient, ainsi que le droit à des aliments entre époux et à des aliments pour les enfants.

Enfin, la juge de première instance a analysé un quatrième facteur — « toute autre circonstance ayant trait à l’acquisition, à la conservation, à l’entretien, à l’amélioration ou à l’utilisation d’un bien, ou aux moyens ou aux dettes d’un conjoint ». J’estime que la preuve soumise en l’espèce ne démontre aucunement l’existence d’une telle circonstance ayant une importance particulière. La participation active de l’intimée à la construction de la résidence familiale a, selon moi, beaucoup moins d’importance que le fait que la résidence a pu être construite grâce aux seules ressources financières que l’appelant avait acquises avant le mariage.

E. Le lien entre les aliments entre époux et le partage des biens

Dans les motifs concordants qu’elle a rédigés dans l’affaire *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), la juge Prowse a examiné le lien entre les aliments et le partage des biens, ainsi que l’ordre dans lequel il convient de procéder en la matière. Dans cette affaire, comme en l’espèce, la juge de première instance s’est prononcée sur les aliments sans avoir préalablement examiné la question du partage des biens. Aux paragraphes 57 et 59, la juge Prowse donne l’explication suivante :

[TRADUCTION] Il est bien établi qu’il faut régler la question du partage des biens d’une manière conforme à la partie 3 de la *FRA*, y compris toute question de redistribution fondée sur l’art. 51 [maintenant l’art. 65], avant

52

53

54

Depending on the division of property, a lump sum award of maintenance may, or may not, be appropriate. . . .

In discussing the relationship between maintenance and the division of property under Pt. 3 of the *FRA*, it is useful to note that s. 51(e) and (f) of the *FRA* [now s. 65(1)(e) and (f)], relating to reappportionment of property, incorporate concepts which are also found in the maintenance provisions of both the *Divorce Act*, 1985 and the *FRA*. Thus, property division and maintenance are closely intertwined. One advantage of this legislative tie is that s. 51 [now s. 65] may be utilized in the division of property to reflect the relative abilities of the parties to become or remain economically independent and self-sufficient (s. 51(e) [now s. 65(1)(e)], and the respective capacities and liabilities of the parties (s. 51(f) [now s. 65(1)(f)]). These concepts are also relevant to determinations of spousal maintenance. The potential pitfall presented by this legislative link between property and maintenance, however, is the danger of double recovery where, for example, property is reappportioned under s. 51 [now s. 65] and then further reappportioned by an award of lump sum maintenance. [Emphasis added.]

55 Furthermore, in *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), McEachern C.J.B.C. acknowledged that it was necessary to determine the division of property before deciding the quantum of maintenance. He pointed out, at para. 40, that “it is permissible to recognize, at the division of property stage, that the husband has a substantial income and that any shortfall on independence or self sufficiency may be made up by an appropriate order for maintenance”.

56 As mentioned above, Beames J. found the need of the respondent to become or remain economically independent and self-sufficient to be a significant factor in this case. While this is true, when such factors are considered in determining a party’s spousal award, as they were in this case, they should not be determinative a second time with regard to the division of property. Indeed, as explained by Prowse J.A., such an approach has the potential to fall prey to the danger of double recovery. In my

d’aborder la question des aliments. Le partage des biens permet de décider s’il convient d’accorder un montant forfaitaire à titre d’aliments. . . .

En analysant le lien entre les aliments et le partage des biens fondé sur la partie 3 de la *FRA*, il est utile de noter qu’on trouve, aux al. 51e) et f) de la *FRA* [maintenant les al. 65(1)e) et f)] — qui traitent de la redistribution des biens —, des notions également présentes dans les dispositions relatives aux aliments contenues dans la *Loi de 1985 sur le divorce* et dans la *FRA*. Le partage des biens et les aliments sont donc étroitement liés. Ce lien législatif a notamment pour avantage de permettre d’appliquer l’art. 51 [maintenant l’art. 65] au partage des biens afin de tenir compte de la capacité relative des parties de devenir ou de demeurer économiquement indépendantes et autonomes (al. 51e) [maintenant l’al. 65(1)e)], ainsi que des dettes et des moyens respectifs des parties (al. 51f) [maintenant l’al. 65(1)f)]. Ces notions sont également utiles pour prendre des décisions relatives aux aliments entre époux. Ce lien législatif entre le partage des biens et les aliments risque toutefois de donner lieu à une double indemnisation dans le cas, par exemple, où les biens font l’objet d’une redistribution fondée sur l’art. 51 [maintenant l’art. 65], puis d’une autre redistribution au moyen d’un ordonnance de paiement d’un montant forfaitaire à titre d’aliments. [Je souligne.]

De plus, dans l’arrêt *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), le juge en chef McEachern a reconnu qu’il était nécessaire de régler la question du partage des biens avant de se prononcer sur le montant des aliments. Il a souligné, au par. 40, qu’[TRADUCTION] « il est permis de reconnaître, à l’étape du partage des biens, que l’époux dispose d’un revenu important et qu’il est possible de résoudre tout problème d’indépendance ou d’autonomie en rendant l’ordonnance alimentaire qui s’impose ».

Comme nous l’avons vu, la juge Beames était d’avis que le besoin de l’intimée de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome était un facteur important en l’espèce. Aussi vrai que cela puisse être, il reste qu’un tel facteur ne doit pas jouer un rôle déterminant en matière de partage des biens lorsque, comme en l’espèce, le tribunal en a déjà tenu compte en tranchant la question des aliments entre époux. En fait, comme l’a expliqué la juge Prowse, cette approche risque de

opinion, this is exactly what originally happened in this case. Beames J. first awarded spousal support and then reapportioned the family assets. In doing so, she considered the respondent's need to become or remain economically independent and self-sufficient twice. This was an error in law. It is true that the award of spousal support was terminated by Melnick J., subject to reinstatement should the division of assets be modified. This is, however, an unsatisfactory approach. In my view, the trial judge should have first applied the Agreement, then determined the need for spousal support, which was preserved under the Agreement, and finally decided whether the result warranted a different apportionment of property in light of the s. 65 factors.

Throughout the marriage, there had been no commingling of funds. The evidence also indicates that, over the course of the marriage, the appellant's savings decreased from approximately \$167,000 to \$25,000. Most of the appellant's income, then, went to supporting the family's lifestyle. The explicit preservation of a right to spousal support was an amendment made to the draft Agreement at the respondent's insistence. This supports an understanding on her part that, in light of the provisions regarding division of property, her future needs and self-sufficiency could be met through support. Spousal support could continue the financial arrangement they lived out during the relationship. The majority of the Court of Appeal was wrong to ignore the spousal support clause when considering the fairness of the Agreement.

It is highly significant that the Agreement explicitly preserves a right to spousal support and that, in this case, as in *Metzner, supra*, the appellant has a healthy and continuous flow of income. In looking at the division of property under the Agreement, Beames J. should have assessed fairness in light of the preservation of a right to spousal support. Only after determining that the factors of

donner lieu à une double indemnisation. Selon moi, c'est exactement ce qui s'est produit initialement en l'espèce. La juge Beames a d'abord accordé des aliments entre époux et a ensuite procédé à une redistribution des biens familiaux. Ce faisant, elle a tenu compte, à deux reprises, du besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome. Il s'agit là d'une erreur de droit. Certes, le juge Melnick a mis fin aux aliments entre époux, en précisant qu'ils pourraient être rétablis en cas de modification du partage des biens. Cette approche est toutefois insatisfaisante. À mon avis, la juge de première instance aurait d'abord dû appliquer le contrat, ensuite évaluer le besoin d'aliments entre époux — le droit aux aliments entre époux ayant été maintenu dans le contrat —, et enfin décider si le résultat justifiait de répartir différemment les biens à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65.

Il n'y a pas eu de confusion de fonds pendant le mariage. En outre, la preuve indique que, durant cette période, les économies de l'appelant sont passées d'environ 167 000 \$ à 25 000 \$. Ainsi, la majeure partie des revenus de l'appelant a servi à maintenir le mode de vie de la famille. Le maintien explicite d'un droit aux aliments entre époux est une modification qui avait été apportée à l'avant-projet de contrat parce que l'intimée insistait pour que ce soit fait. Cela tend à confirmer que l'intimée avait compris, à la lumière des clauses relatives au partage des biens, que les aliments lui permettraient de subvenir à ses besoins futurs et de devenir autonome. Ces aliments pourraient contribuer à maintenir l'arrangement financier que les époux avaient pendant leur relation. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de ne pas tenir compte de la clause relative aux aliments entre époux pour déterminer si le contrat était équitable.

Le fait que le contrat maintient expressément le droit aux aliments entre époux et qu'en l'espèce, comme dans l'affaire *Metzner*, précitée, l'appelant dispose d'une source de revenus importante et continue, est lourd de conséquences. Lorsqu'elle a examiné le partage des biens prévu au contrat, la juge Beames aurait dû en apprécier l'équité à la lumière du maintien du droit aux aliments entre époux. Ce

57

58

self-sufficiency and need could not be met through an order of spousal support, should the trial judge have concluded that the Agreement operated unfairly.

59

By reversing the trial judge's reapportionment of the division of property, I recognize that the respondent's entitlement to spousal support is reopened. As held by Melnick J., in the event of some dramatic change in the respondent's circumstances with respect to the division of the parties' matrimonial assets, she may bring a new application for spousal support.

F. *Independent Legal Advice*

60

Independent legal advice at the time of negotiation is an important means of ensuring an informed decision to enter an agreement. In the case at bar, the respondent's lawyer prepared a written legal opinion for her. In that opinion letter, the lawyer: (1) confirmed that the respondent was in agreement with the principle that the appellant would retain ownership of the assets which he acquired prior to the relationship, but that she wished that any agreement be fair to both parties and to any children born of the marriage; (2) concluded that the Agreement proposed by the appellant was "grossly unfair"; (3) advised the respondent that, in the event that the marriage broke down, under the *FRA* she would have a *prima facie* right to an undivided one-half interest in all family assets, which would include any matrimonial home, furnishings, vehicles, savings and pensions; (4) informed the respondent that the Agreement was such that she would not "earn" even close to a one-half interest in the matrimonial home unless the marriage continued for approximately 20 years; (5) advised the respondent that "a Court would easily find such provision to be unfair and would intervene to redistribute the property on a more equitable basis"; (6) strongly recommended that the respondent not execute the Agreement "in its present form"; (7) recommended that in order to achieve a fairer result and yet still satisfy the desires of the appellant to retain the majority of his property separately, that the following assets remain the appellant's separate property — (a) bank deposits or securities, (b) the

n'est qu'après avoir décidé qu'une ordonnance alimentaire ne permettrait pas à l'épouse de subvenir à ses besoins ou de devenir autonome que la juge de première instance aurait dû conclure à l'iniquité du contrat.

En annulant la redistribution des biens effectuée par la juge de première instance, je reconnais qu'il sera loisible à l'intimée d'invoquer de nouveau son droit à des aliments. Comme l'a statué le juge Melnick, l'intimée pourra présenter une nouvelle demande d'aliments entre époux si une modification du partage des biens matrimoniaux des parties a pour effet de modifier radicalement sa situation.

F. *Les avis juridiques indépendants*

L'obtention d'un avis juridique indépendant au moment de la négociation est un moyen important de s'assurer de prendre une décision éclairée avant de conclure un contrat. Dans la présente affaire, l'intimée a reçu de son avocat un avis juridique écrit dans lequel : (1) il confirmait que l'intimée convenait que l'appellant conserverait la propriété des biens qu'il avait acquis avant leur relation, mais aussi qu'elle souhaitait que tout contrat qu'ils concluraient soit équitable à la fois pour les deux parties et pour les enfants issus de leur mariage; (2) il concluait que le contrat proposé par l'appellant créait [TRADUCTION] « une injustice flagrante »; (3) il avisait l'intimée qu'en cas de rupture de leur mariage elle aurait, en vertu de la *FRA*, un droit *prima facie* à la moitié indivise de tous les biens familiaux, dont le domicile conjugal, les meubles, les véhicules automobiles, les économies et les pensions; (4) il informait l'intimée que le contrat était formulé de telle manière qu'elle n'« acquerrait » pas même la moitié du domicile conjugal, et ce, à la condition que le mariage dure environ 20 ans; (5) il l'avisait qu'[TRADUCTION] « un tribunal pourrait facilement juger une telle clause inéquitable et interviendrait pour procéder à une redistribution plus équitable des biens »; (6) il recommandait fortement à l'intimée de ne pas signer le contrat [TRADUCTION] « tel qu'il était alors rédigé »; (7) afin d'atteindre un résultat plus équitable tout en respectant la volonté de l'appellant de conserver séparément la plupart de ses biens, il recommandait que les biens suivants

apartment at Osoyoos, (c) the Oroville lot, (d) interest in law firm and management company, (e) the 1968 Mercedes, (f) the boat, and (g) the motorcycle; and (8) strongly recommended that any agreement which the respondent executes makes it clear that there is nothing to bar any claim for maintenance or support for herself or for any children of the marriage.

It is clear from the detail in this opinion letter that the respondent was forewarned of the Agreement's "shortcomings". Indeed, the respondent made a few changes to the Agreement in response to her lawyer's advice, including the inclusion of the preservation of spousal support clause. The respondent was advised that the Agreement was "grossly unfair" and that a court would "easily find" the provision relating to interest in the matrimonial home to be unfair and would redistribute the property on a more equitable basis. Despite this advice, or because of it, as expressed by counsel for the respondent during the hearing before our Court, the respondent signed the Agreement. The respondent cannot now rely on her lawyer's opinion to support her allegation that because she thought the Agreement was unfair from its inception, for all intents and purposes, she never intended to live up to her end of the bargain. It is trite that a party could never be allowed to avoid his or her contractual obligations on the basis that he or she believed, from the moment of its formation, that the contract was void or unenforceable.

G. *Application to This Appeal*

The appellant brought into the marriage assets valuing approximately \$1.6 million, including a home, two recreational properties, RRSPs and savings, and his law practice. At the time of separation, there had been no increase in these assets. Indeed, there had been, on the basis of the evidence before the Court, a depreciation in the values of the family home and the law practice. At the time of the Agreement, the appellant had estimated the value of the family home to be \$800,000 and the law firm, \$300,000. At the time of trial, after hearing expert opinions, the trial judge held that the value of each

continuent d'appartenir en propre à l'appelant : a) les dépôts ou instruments bancaires, b) l'appartement d'Osoyoos, c) le terrain d'Oroville, d) l'intérêt dans le cabinet d'avocats et la société de gestion, e) la Mercedes 1968, f) le bateau et g) la motocyclette; (8) il recommandait fortement que tout contrat signé par l'intimée stipule clairement que rien ne ferait obstacle à la présentation d'une demande d'aliments pour elle ou pour les enfants issus de leur mariage.

Il est clair, à la lecture de cet avis détaillé, que l'intimée a été prévenue des « lacunes » du contrat avant de le signer. En fait, après avoir obtenu les conseils de son avocat, l'intimée a apporté quelques changements au contrat, y insérant notamment une clause de maintien du droit aux aliments entre époux. L'intimée a été avisée que le contrat créait « une injustice flagrante », qu'un tribunal « pourrait facilement juger » inéquitable la clause relative à l'intérêt dans le domicile conjugal et qu'il procéderait à une redistribution plus équitable des biens. Malgré ces conseils ou en raison de ceux-ci — comme l'a affirmé l'avocat de l'intimée devant notre Cour —, l'intimée a signé le contrat. Elle ne saurait maintenant invoquer l'avis de son avocat pour alléguer que, en raison de sa conviction que le contrat était inéquitable dès sa formation, elle n'a, à toutes fins utiles, jamais eu l'intention de respecter sa part du marché. Il est bien établi qu'une partie ne devrait jamais pouvoir échapper à ses obligations contractuelles pour le motif qu'elle croyait, au moment de la formation du contrat, que celui-ci était nul ou encore inexécutoire.

G. *Application au présent pourvoi*

Au moment de son mariage, l'appelant possédait déjà des biens évalués à environ 1,6 million de dollars, dont une maison, deux propriétés de plaisance, des REER et des économies, ainsi que son cabinet d'avocats. Au moment de la séparation du couple, la valeur de ces biens n'avait pas augmenté. En fait, la preuve soumise à la Cour révèle plutôt une baisse de la valeur de la résidence familiale et du cabinet d'avocats. Au moment de conclure le contrat, l'appelant avait fixé à 800 000 \$ et à 300 000 \$, respectivement, la valeur de la résidence familiale et celle du cabinet d'avocats. Au moment du procès, après

had decreased to \$755,000 and \$255,000, respectively. Accordingly, I accept these estimates.

63 The respondent did not bring any assets into the marriage, but instead entered the relationship heavily in debt. As per the division of property in the Agreement, the appellant would come out of the marriage with \$1.2 million and the respondent with \$280,000. It has not been overlooked that the respondent gave up her own law practice to take primary care of their two children and postponed any further career development. However, these were decisions that the respondent herself made prior to the marriage. It is not realistic to assume that the consequences of such a choice were not understood and that the decision made should now be totally ignored. The implications of the Agreement were understood as well, the respondent having specifically reviewed its shortcomings with her lawyer. The appellant argues that the overall result is not unfair, pointing out that though the parties' "shares" under the Agreement are disproportionate, there is no indication that 12 years of practising law would have yielded the respondent more assets than those with which she is leaving this marriage. In my view, the disadvantage is not demonstrated.

64 What is more important, in my view, is that any economic disadvantage that the respondent suffered as a result of this decision can be compensated through spousal support. As mentioned earlier, this is significant with regard to the application of s. 65(1)(e) of the *FRA*, which deals with the need to become or remain economically independent.

65 Moreover, by signing the Agreement, the appellant and the respondent entered their marriage with certain expectations on which they were reasonably entitled to rely. If the respondent truly believed that the Agreement was unacceptable at that time, she should not have signed it. In this case, the intention of the parties, as expressed in the Agreement, was to leave with each party that which he or she had before the marriage. The question is not whether there is something fundamentally unfair about that,

avoir entendu les avis d'experts, la juge de première instance a conclu que la valeur de ces biens avait baissé à 755 000 \$ et à 255 000 \$ respectivement. J'accepte donc ces estimations.

Au moment du mariage, l'intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée. Selon le partage des biens prévu au contrat, l'appellant obtiendrait, en cas de rupture du mariage, 1,2 million de dollars et l'intimée, 280 000 \$. Nous avons tenu compte du fait que l'intimée a abandonné la pratique du droit et retardé l'avancement de sa carrière pour s'occuper principalement de leurs deux enfants. L'intimée en avait elle-même décidé ainsi avant de se marier. Il n'est pas réaliste de présumer qu'elle n'a pas compris les conséquences d'un tel choix, et qu'on devrait maintenant passer outre à sa décision. L'intimée a également compris les conséquences du contrat étant donné qu'elle en a précisément examiné les lacunes avec son avocat. L'appellant plaide l'absence d'iniquité dans l'ensemble, en soulignant que, bien que les « parts » que le contrat attribue aux parties soient disproportionnées, rien n'indique que 12 années de pratique du droit auraient permis à l'intimée d'acquérir plus de biens que ceux qui lui reviennent à la rupture de ce mariage. À mon avis, l'existence du désavantage n'a pas été démontrée.

Qui plus est, j'estime qu'il est possible de compenser, par des aliments entre époux, tout désavantage économique que l'intimée a subi à cause de sa décision. Comme je l'ai déjà mentionné, cela est important en ce qui concerne l'application de l'al. 65(1)e *FRA*, qui traite du besoin des conjoints de devenir ou de demeurer économiquement indépendants.

De plus, le contrat signé par l'appellant et l'intimée témoigne du fait qu'ils avaient des attentes raisonnables au moment de se marier. Si l'intimée avait réellement cru, à l'époque, que le contrat était inacceptable, elle n'aurait pas dû le signer. En l'espèce, l'intention exprimée dans le contrat était de laisser à chacune des parties ce qu'elle avait acquis avant le mariage. La question est non pas de savoir si cela a quelque chose de fondamentalement inéquitable, mais plutôt si le contrat se révélera inéquitable au

but whether the operation of the Agreement will prove to be unfair in the circumstances present at the time of distribution. In light of the provisions of the *FRA*, and after examining all of the provisions of the Agreement as well as the circumstances of the parties at the time of separation, it is my opinion that the Agreement was fair at the time of the triggering event. The trial judge erred in finding otherwise. The Agreement should be left intact.

Under s. 59 of the *FRA*, in absence of a marriage agreement, a law corporation could potentially be classified as a family asset. Indeed, the trial judge found this to be the case and fixed a 60/40 split in favour of the appellant. In any event, in this case, the trial judge erred in finding the appellant's law corporation to be a family asset. Under s. 59(1), property is not a family asset if it "is owned by one spouse to the exclusion of the other and is used primarily for business purposes and if the spouse who does not own the property made no direct or indirect contribution to the acquisition of the property by the other spouse or to the operation of the business". It is also noteworthy that the value of the practice has not increased since the time of the marriage. Under these circumstances, the law practice must not be considered a family asset. The appellant is entitled to keep the law corporation in full, after transferring out the Ford Expedition.

V. Conclusion

Once an agreement has been reached, albeit a marriage agreement, the parties thereto are expected to fulfill the obligations that they have undertaken. A party cannot simply later state that he or she did not intend to live up to his or her end of the bargain. It is true that, in some cases, agreements that appear to be fair at the time of execution may become unfair at the time of the triggering event, depending on how the lives of the parties have unfolded. It is also clear that the *FRA* permits a court, upon application, to find that an agreement or the statutory regime is unfair and to reapportion the assets. However, in a framework within which private parties are

moment de la répartition des biens. Compte tenu des dispositions de la *FRA*, de l'ensemble des clauses du contrat et de la situation des parties lors de la séparation, je suis d'avis que le contrat était équitable au moment où est survenu l'événement déclencheur. La juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment et il n'y a pas lieu de modifier le contrat.

En vertu de l'art. 59 *FRA*, il est possible, en l'absence d'un contrat de mariage, de classer un cabinet d'avocats dans la catégorie des biens familiaux. D'ailleurs, la juge de première instance a conclu qu'il y avait lieu de le faire et a effectué un partage 60-40 en faveur de l'appellant. De toute façon, la juge de première instance a commis une erreur, en l'espèce, en concluant que le cabinet d'avocats de l'appellant était un bien familial. Aux termes du par. 59(1), un bien n'est pas un bien familial s'il [TRADUCTION] « appartient à un conjoint à l'exclusion de l'autre et est utilisé surtout à des fins commerciales et lorsque le conjoint à qui n'appartient pas le bien n'a contribué ni directement ni indirectement à l'acquisition du bien par l'autre conjoint ou au fonctionnement de l'entreprise ». Il convient également de noter que la valeur du cabinet d'avocats n'a pas augmenté depuis le mariage. Dans ces circonstances, le cabinet d'avocats ne doit pas être considéré comme un bien familial. L'appellant pourra le conserver en totalité après avoir transféré la propriété du Ford Expedition.

V. Conclusion

Dès qu'un contrat — voire même un contrat de mariage — est conclu, les parties à ce contrat sont censées s'acquitter des obligations qu'elles y ont contractées. Une partie ne peut pas simplement affirmer, par la suite, qu'elle n'avait pas l'intention de respecter sa part du marché. Certes, il peut arriver que des contrats qui paraissent équitables au moment de leur conclusion deviennent inéquitables au moment où survient l'événement déclencheur, selon la façon dont la vie des parties a évolué. Il est également clair que la *FRA* permet à un tribunal, sur demande, de conclure qu'un contrat ou le régime légal est inéquitable, et de redistribuer les

permitted to take personal responsibility for their financial well-being upon the dissolution of marriage, courts should be reluctant to second-guess their initiative and arrangement, particularly where independent legal advice has been obtained. They should not conclude that unfairness is proven simply by demonstrating that the marriage agreement deviates from the statutory matrimonial property regime. Fairness must first take into account what was within the realistic contemplation of the parties, what attention they gave to changes in circumstances or unrealized implications, then what are their true circumstances, and whether the discrepancy is such, given the s. 65 factors, that a different apportionment should be made.

68 The appeal is allowed with each party bearing his or her own costs.

The reasons of Binnie, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

69 DESCHAMPS J. (dissenting in part) — Contrary to what was argued before us by the appellant, this appeal is not about whether two people can enter into a prenuptial arrangement which will determine, or even influence, the division of family assets upon their separation. Rather, this case is about giving effect to the explicit legislative intention that only fair agreements be upheld. Furthermore, to construe the issue in the way suggested by the majority presupposes that even unfair agreements will be given weight. With respect, I have reached a different conclusion.

70 The primary policy objective guiding the courts' role in division of assets on marital breakdown in British Columbia is fairness, regardless of whether the presumptive entitlement arises statutorily or through contract. The *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, Part 5 (hereinafter the "*FRA*"), does permit couples to sign marriage agreements on division of assets. However, to be enforceable, any such agreement must be fair; if it is not, it will be judicially reapportioned to achieve a fair division. To give effect to legislative intention, courts ought to encourage parties to enter into marriage agreements

biens. Cependant, lorsqu'il est loisible aux particuliers de veiller eux-mêmes à leur bien-être financier à la dissolution du mariage, les tribunaux doivent hésiter à remettre en question les mesures et l'arrangement qu'ils ont pris, surtout s'ils ont reçu des avis juridiques indépendants. Les tribunaux ne devraient pas conclure que l'on peut prouver qu'un contrat de mariage est inéquitable en démontrant simplement qu'il s'écarte du régime légal applicable aux biens matrimoniaux. Pour déterminer s'il y a équité, il faut d'abord tenir compte des prévisions réalistes des parties, des mesures qu'elles ont prises pour composer avec les changements de circonstances ou les conséquences qui ne se réaliseraient pas, ensuite examiner leur situation véritable et enfin se demander si, à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65, il existe une différence qui commande une autre répartition des biens.

Le pourvoi est accueilli, chaque partie devant supporter ses propres dépens.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Deschamps rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente en partie) — Contrairement à ce que l'appelant a soutenu devant nous, le présent pourvoi ne porte pas sur la question de savoir si deux personnes peuvent conclure une entente pré-nuptiale qui régira, ou même influencera, le partage des biens familiaux en cas de séparation. Il s'agit plutôt de donner effet à l'intention explicite du législateur de ne reconnaître une entente que si elle est équitable. Par ailleurs, je ne puis accepter l'interprétation proposée par les juges majoritaires qui laissent entendre qu'on doit accorder du poids même aux ententes inéquitables.

L'équité est le principal objectif d'intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique, peu importe que le droit présomptif émane de la loi ou d'un contrat. La *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, partie 5 (ci-après la « *FRA* »), permet aux couples de conclure des contrats de mariage relatifs au partage des biens. Cependant, pour être exécutoires, ces contrats doivent être équitables, sans quoi un tribunal procédera à une redistribution afin de réaliser un partage équitable. Pour donner effet à l'intention du législateur,

that are fair, and to respond to the changing circumstances of their marriage by reviewing and revising their own contracts for fairness over time. Telling parties that their unfair apportionment will nonetheless be given weight as a factor in reapportionment would defeat this objective.

In the case at bar, the trial judge found the agreement unfair at the outset and at the time of application to the court. Deference must be given to the reapportionment she ordered. As stated by the British Columbia Court of Appeal in *Gold v. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165, at para. 59, deference is paramount when dealing with division of property:

... fairness is not an absolute quality. If the trial judge proceeded upon an incorrect view of the law, or upon some improper principle, then we could possibly substitute our views for what ... [makes] this division of property fair. In the absence of such error, it is not our function to second guess the trial judge on what specific redistribution was required in order to achieve fairness in the circumstances of this case ...

Deference is further warranted when the litigation resulted in a protracted trial and the judgment involved complex factual assessments, as is the case here. The present case was heard by Beames J. in two installments. Over a period of six days in July 1999, she heard arguments dealing with the issues of divorce, custody and access, child support, spousal support, the effect of an agreement the parties had entered into on the day of their marriage, and the division of assets. Beames J. rendered judgment in November 1999 ([1999] B.C.J. No. 2681 (QL)), but in February 2001 ((2001, 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325), she delivered another set of reasons after having heard further evidence and argument on the issue of valuation. Since she did not commit any palpable and overriding error in coming to her factual conclusions, I would leave most of her redistribution intact. I would, however, allow the appellant to retain a

les tribunaux doivent encourager les parties à conclure des contrats de mariage équitables et à réagir aux changements de circonstances de leur mariage en procédant, au fil des ans, à l'examen et à la révision de leurs contrats afin d'en assurer l'équité. Cet objectif serait contrecarré si on indiquait aux parties qu'en procédant à une redistribution les tribunaux tiendraient compte de leurs contrats même dans leurs aspects inéquitables.

En l'espèce, la juge de première instance a conclu que le contrat était inéquitable tant au moment de sa signature qu'au moment de la présentation de la demande d'examen au tribunal. La redistribution qu'elle a ordonnée doit être traitée avec déférence. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Gold c. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165, par. 59, la déférence est primordiale en matière de partage des biens :

[TRADUCTION] ... l'équité n'est pas une qualité absolue. Si le juge de première instance s'était fondé sur une interprétation erronée du droit ou sur un mauvais principe, nous pourrions peut-être substituer notre point de vue au sien sur ce qui [...] [rendrait] équitable ce partage des biens. À défaut d'une telle erreur, il ne nous appartient pas de remettre en question la décision du juge de première instance quant à la redistribution qui s'imposait pour assurer l'équité dans les circonstances de la présente affaire ...

Il y a également lieu de faire montre de déférence lorsque, comme en l'espèce, le litige a donné lieu à un long procès et que le jugement est caractérisé par des évaluations factuelles complexes. L'audition de la présente affaire par la juge Beames s'est déroulée en deux temps. La juge a d'abord entendu, pendant six jours en juillet 1999, les arguments concernant le divorce, la garde et les droits de visite, les aliments des enfants et ceux de l'épouse, l'incidence d'un contrat conclu par les parties le jour de leur mariage, ainsi que le partage des biens. La juge Beames a rendu jugement en novembre 1999 ([1999] B.C.J. No. 2681 (QL)), mais elle a déposé d'autres motifs en février 2001 ((2001, 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325), après la présentation d'éléments de preuve et d'arguments supplémentaires sur la question de l'évaluation des biens familiaux. Étant donné qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait, je

100 percent interest in the law partnership (without disturbing the trial judge's prior transfer of the ownership of the Ford Expedition to the respondent) given that the reapportionment order coupled with the spousal support order amounted, in this case, to double recovery.

I. Analysis of the Applicable Legal Principles

72

Part 5 of the *FRA* deals with division of assets on marital breakdown. It provides for presumptive entitlements which can be reviewed for fairness by a judge on application to the court, and reapportioned if found lacking. If there is a marriage agreement (ss. 61(2) and 61(3)), the terms of the agreement represent the spouses' presumptive entitlement. If there is no marriage agreement, s. 56 deems each spouse to be presumptively entitled to an undivided half interest in each family asset as defined in s. 58. However, in either case these presumptive entitlements are subject to s. 65(1), which indicates that:

- 65** (1) If the provisions for division of property between spouses under section 56, Part 6 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to
- (a) the duration of the marriage,
 - (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart,
 - (c) the date when property was acquired or disposed of,
 - (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift,
 - (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient, or
 - (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

garderais intacte la majeure partie de la redistribution à laquelle elle a procédé. Sans toucher au transfert de propriété du Ford Expedition que la juge de première instance a effectué en faveur de l'intimée, je permettrais toutefois à l'appelant de conserver en totalité son intérêt dans le cabinet d'avocats. En effet, l'ordonnance de redistribution du cabinet, conjuguée à l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse, donne ici lieu à une double indemnisation.

I. Analyse des principes juridiques applicables

La partie 5 de la *FRA* traite du partage des biens à la rupture du mariage. Elle établit des droits présomptifs qu'un juge peut, sur demande, examiner pour déterminer si le partage qui en résulte est équitable. Si, dans un cas donné, le partage résultant de l'application de la présomption s'avère inéquitable, il pourra faire l'objet d'une redistribution judiciaire. S'il existe un contrat de mariage (par. 61(2) et (3)), ce sont les conditions du contrat qui établissent le droit présomptif au partage. En l'absence d'un contrat de mariage, l'art. 56 fait présumer que chacun des conjoints a droit à la moitié indivise de chaque bien familial au sens de l'art. 58. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, ces droits présomptifs sont assujettis au par. 65(1), qui prévoit :

[TRADUCTION]

- 65** (1) Lorsque les dispositions visant le partage des biens entre les conjoints en vertu de l'article 56, partie 6, ou de leur contrat de mariage, selon le cas, seraient inéquitables compte tenu :
- a) de la durée du mariage,
 - b) de la durée de la séparation de fait,
 - c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien,
 - d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation,
 - e) du besoin de chaque conjoint de devenir ou de demeurer économiquement indépendant et autonome, ou
 - f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou aux dettes d'un conjoint,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 56, Part 6 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court. [Emphasis added.]

Thus, a marriage agreement or a deemed undivided half entitlement provides the starting point for the court, but both are subject to review for fairness under s. 65. Neither starting point is determinative of the entitlement if such apportionment is unfair. The court must ensure that the apportionment is fair in accordance with the criteria set out in s. 65.

In *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24, while discussing spousal support and the level of deference applicable to separation agreements under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), this Court recognized that “inequitable” ought not to be equated with “unconscionable” (para. 73). Similarly, in the case of the *FRA*, there is no apparent reason why “unfairness” should be assimilated to “unconscionability”. Rather, it constitutes a less deferential standard.

Many other jurisdictions provide for judicial oversight of the provisions of marriage agreements. The standard of review applicable in British Columbia can be better understood when compared with the schemes of other Canadian provinces. As recognized in *Property Rights on Marriage Breakdown* (1989), Law Reform Commission of British Columbia’s Working Paper No. 63, at p. 34, fn. 2:

All Canadian common law provinces provide the courts with jurisdiction to depart from equal sharing, but British Columbia is the only province to define that jurisdiction by use of a general term with no fixed legal meaning. All other Canadian common law provinces use technical terms which indicate that the level of unfairness must be significant.

British Columbia’s legislative choice to provide for a different, less restrictive, standard ought to be recognized by the courts.

la Cour suprême peut, sur demande, ordonner que les biens visés à l’article 56, partie 6, ou au contrat de mariage, selon le cas, soient répartis dans des proportions qu’elle fixe. [Je souligne.]

Ainsi, le contrat de mariage ou la présomption de droit à la moitié indivise servent de point de départ au tribunal, mais ils sont tous deux assujettis à un examen judiciaire de leur caractère équitable fondé sur l’art. 65. Aucun de ces points de départ ne détermine le partage si cette répartition est inéquitable. Le tribunal doit s’assurer que le partage est équitable selon les critères énoncés à l’art. 65.

Dans l’arrêt *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24, la Cour a étudié la question des aliments entre époux et la déférence requise à l’égard des accords de séparation conclus en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). La Cour y a reconnu qu’il ne faut pas confondre « inéquitable » et « inadmissible » (« *unconscionable* ») (par. 73). De même, il n’y a clairement aucune raison d’assimiler « caractère inéquitable » à « caractère inadmissible ou exorbitant » en ce qui concerne la *FRA*. Au contraire, la norme du caractère inéquitable fait appel à une déférence moins grande.

De nombreux autres ressorts assujettissent les clauses des contrats de mariage à la surveillance des tribunaux. On peut donc mieux comprendre la norme de contrôle applicable en Colombie-Britannique en la comparant aux régimes des autres provinces canadiennes. Comme l’a reconnu la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, dans son document de travail n^o 63, intitulé *Property Rights on Marriage Breakdown* (1989), p. 34, renvoi 2 :

[TRADUCTION] Toutes les provinces de common law canadiennes donnent aux tribunaux le pouvoir de déroger au principe du partage égal, mais seule la Colombie-Britannique définit ce pouvoir au moyen d’un terme général dénué de sens juridique fixe. Toutes les autres provinces de common law canadiennes utilisent des termes techniques indiquant que l’iniquité doit être grave.

Les tribunaux se doivent de reconnaître le choix du législateur de la Colombie-Britannique d’établir une norme différente et moins restrictive.

73

74

75

The threshold in Nova Scotia is a finding that any term is “unconscionable, unduly harsh on one party or fraudulent” (emphasis added): see *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 29. In New Brunswick a court may disregard a provision of a domestic contract where a spouse did not receive independent legal advice and application of the provision would be inequitable: see *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 41. In Saskatchewan a court may reappportion property where a marriage contract was unconscionable or grossly unfair at the time it was entered into: see *Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 24(2). Ontario’s *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, allows a court, on application, to set aside a domestic contract or a provision if a party failed to disclose significant assets or liabilities, if a party did not understand the nature or consequences of the contract, or otherwise in accordance with the law of contract (s. 56(4)). Such restrictive language is also found in Newfoundland and Labrador’s *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 66(4), and in Prince Edward Island’s *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 55(4). In contrast, British Columbia courts have been explicitly empowered to reappportion assets upon finding that the division of property in the agreement is “unfair”. This is clearly a less deferential standard than what is required in other jurisdictions, and it should not mechanically be assimilated to a more exacting standard, such as unconscionability.

76

Courts must defer to this legislative choice and respect the lower threshold, as is now well established in British Columbia. As stated by McEachern C.J.B.C., writing for the court in *Gold, supra*, at para. 56:

... it is not in keeping with contemporary family law thought or jurisprudence for the Court to offer much

Le critère préliminaire applicable en Nouvelle-Écosse est la conclusion qu’une clause est [TRADUCTION] « exorbitante, trop dure pour une partie ou frauduleuse » (je souligne) : voir l’art. 29 de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275. Au Nouveau-Brunswick, un tribunal peut faire abstraction d’une clause d’un contrat domestique dans le cas où l’un des conjoints n’a pas obtenu un avis juridique indépendant et où l’application de cette clause serait inéquitable : voir l’art. 41 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1. En Saskatchewan, le tribunal peut procéder à une redistribution des biens dans le cas où, au moment de sa conclusion, le contrat de mariage était exorbitant (« unconscionable ») ou créait une injustice flagrante : voir le par. 24(2) de la *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6,3. En Ontario, le par. 56(4) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, permet à un tribunal d’annuler, à la suite d’une requête, un contrat familial en tout ou en partie si une partie n’a pas divulgué des éléments d’actif ou de passif importants, si une partie n’a pas compris la nature ou les conséquences du contrat, ou encore pour toute autre raison découlant du droit des contrats. Le paragraphe 66(4) de la *Family Law Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, et le par. 55(4) de la *Family Law Act* de l’Île-du-Prince-Édouard, S.P.E.I. 1995, ch. 12, sont eux aussi formulés d’une manière restrictive. Par contre, les tribunaux de la Colombie-Britannique sont explicitement habilités à procéder à une redistribution des biens lorsqu’ils concluent que le partage prévu dans le contrat est « inéquitable ». Il s’agit là clairement d’une norme qui fait appel à une déférence moins grande que ce qu’exigent d’autres ressorts et qui ne devrait pas être assimilée systématiquement à une norme plus stricte comme celle du caractère exorbitant.

Les tribunaux doivent s’en remettre au choix du législateur et appliquer le critère préliminaire moins strict — une pratique maintenant bien établie en Colombie-Britannique. Comme le juge en chef McEachern l’a affirmé, au nom des juges majoritaires, dans l’arrêt *Gold*, précité, par. 56 :

[TRADUCTION] ... la cour n’agirait pas en conformité avec la philosophie ou la jurisprudence contemporaines

deference to an agreement which is objectively unfair to its core.

Drawing on *Miglin*, a fairness-based review might be read to require that the circumstances surrounding negotiation and execution of provisions on division of assets in a prenuptial agreement be taken into account by the reviewing judge. However, I believe that the deciding inquiry under s. 65(1) of the *FRA* is whether or not the agreement is substantively fair at the time of application to the court. The enumerated factors do not in any way suggest that procedural or even substantive fairness during negotiation or execution is determinative. Admittedly, the circumstances of negotiation and execution may provide indicators that an agreement has the characteristics of either a fair or an unfair bargain. That being said, an agreement negotiated under circumstances unfair to one party could still create a fair division of property years later upon separation. Conversely, an agreement may become unfair with the passage of time, as spouses' interdependence increases. Thus, under the *FRA*, the judge must review the fairness of the marriage agreement at the time of application to the court, considering the parties' rights, entitlements and obligations at that very moment, in light of the s. 65(1) factors. The legislation, both in its specific wording and taken as a whole, does not indicate otherwise. It is also clear from the nature of marriage agreements that their fairness only genuinely matters when they are invoked before a court. Finally, a judge can only review the fairness of such a prenuptial arrangement by considering it alongside the other conditions of separation covered by the *FRA*. These include custody as well as potential maintenance and support orders. This will only be feasible after an application has been made to the court.

What does fairness at the time of application to the court entail? Although the statutory regime provides for equal sharing, it is only a starting point, just as it is for marriage agreements. Fairness will

en droit de la famille si elle faisait montre d'une grande déférence à l'égard d'un contrat qui, d'un point de vue objectif, est fondamentalement inéquitable.

Si l'on se fie à l'arrêt *Miglin*, on pourrait considérer que le juge qui effectue l'examen fondé sur l'équité doit tenir compte des circonstances ayant entouré la négociation et la conclusion des clauses d'une entente pré-nuptiale relatives au partage des biens. Cependant, j'estime que la question déterminante qu'il faut se poser, en vertu du par. 65(1) *FRA*, est de savoir si l'entente est substantiellement équitable au moment de la présentation de la demande au tribunal. Rien dans les facteurs énumérés n'indique que l'équité procédurale ou même substantielle, lors de la négociation ou de la conclusion, est déterminante. Certes, les circonstances de la négociation et de la conclusion peuvent indiquer que l'entente présente les caractéristiques d'un marché équitable ou inéquitable. Cela dit, une entente négociée dans des circonstances inéquitables pour une partie pourrait tout de même prévoir un partage des biens qui serait équitable au moment d'une éventuelle séparation. À l'inverse, une entente peut éventuellement devenir inéquitable au fur et à mesure que s'accroît l'interdépendance des conjoints. Ainsi, la *FRA* oblige le juge à vérifier si le contrat de mariage était équitable au moment de la présentation de la demande au tribunal, en examinant, à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1), les droits et les obligations qu'avaient alors les parties. Le libellé de la Loi ne va dans aucun autre sens tant du point de vue de la formulation particulière du par. 65(1) que de la Loi elle-même prise dans son ensemble. De même, il ressort de la nature des contrats de mariage que c'est au moment où ils sont invoqués devant un tribunal qu'il importe vraiment qu'ils soient équitables. Enfin, ce n'est qu'en examinant l'entente pré-nuptiale conjointement avec les autres conditions de séparation visées par la *FRA* — dont la garde et les ordonnances alimentaires potentielles — qu'un juge peut déterminer si elle est équitable. Cela ne peut se faire qu'à la suite d'une demande au tribunal.

Que commande l'équité au moment de la présentation de la demande au tribunal? Bien qu'il prescrive un partage égal, le régime légal sert seulement de point de départ, comme dans le cas d'un contrat

not always be synonymous with equal division. In some marriages, the contributions of each spouse will not be equal. For example, one party may come into the marriage substantially wealthier, in an economic sense, than the other; the marriage may be very brief, indicating that an equal partnership never really came into being; or, a party may have transferred ownership of valuable personal assets. The various factors set out in s. 65(1) of the *FRA* reflect this reality. I believe the proper approach to determining whether a division of family assets under a marriage agreement is fair is for a judge to assess the division in light of the s. 65(1) factors. The original intention of the parties is relevant insofar as it points the court towards how the parties chose to address the requirements of fairness. If the parties fairly addressed the enumerated factors through other provisions in the agreement, that should be taken into account. That being said, the parties' original intention is not determinative at this stage. Fairness is a concept that is independent of any agreement. If a court establishes that a marriage agreement is fair in light of the s. 65(1) factors, it will stand. If it is not, the court will redress it. For greater certainty, a judge redressing the unfairness resulting from a marriage agreement may want to test the result of his or her s. 65(1) reapportionment by comparing it to the division the judge would have established had there been no agreement. Since the criteria are the same, the share apportioned to each spouse should be similar whether there is a contract or not.

79

It is true that s. 56(3) of the *FRA* refers to parties' ability to regulate, by contract, the division of family assets upon dissolution of a marriage. The parties are admittedly better placed than a judge to evaluate what suits them. The analysis I have outlined above does not disregard this. Section 56(3) does not entitle one of the parties to stipulate that he or she receive more than his or her fair share of the total family wealth, *in abstracto*. What it does permit is for the parties to determine the manner in which that fair share should itself be apportioned between the parties, *in concreto*. In other words, if the court finds that the agreement is fair, it will uphold it. If it finds it to be unfair, it will reapportion the total value of

de mariage. L'équité n'est pas toujours synonyme de partage égal. Dans certains cas, les contributions des époux sont inégales. Par exemple, il se peut qu'au moment de se marier une partie soit beaucoup plus fortunée que l'autre, ou que le mariage soit de si courte durée que l'égalité des partenaires n'aura jamais vraiment pu se réaliser ou encore que l'une des parties ait transféré à l'autre des biens personnels d'une grande valeur. Les divers facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA* reflètent cette réalité. J'estime que, pour déterminer si le partage des biens familiaux prévu dans un contrat de mariage est équitable, le juge ne doit apprécier ce partage qu'à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1). L'intention initiale des parties est pertinente dans la mesure où elle indique au tribunal la façon dont les parties ont choisi d'agir pour satisfaire au critère de l'équité. Par exemple, il faudrait tenir compte du fait que les parties ont pris en considération les facteurs énumérés en rédigeant d'autres clauses du contrat. Cela dit, l'intention initiale des parties n'est pas déterminante à ce stade. L'équité est une notion indépendante de tout contrat. Un contrat de mariage sera valide si le tribunal le juge équitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1). Si le contrat n'est pas équitable, le tribunal remédiera à la situation. Pour plus de certitude, le juge qui remédie à l'iniquité résultant d'un contrat de mariage peut vouloir tester le résultat de la redistribution à laquelle il procède, en la comparant au partage qu'il aurait effectué en l'absence de contrat. Comme les critères sont identiques, la part dévolue à chaque époux doit être similaire, qu'il y ait contrat ou non.

Il est vrai que le par. 56(3) *FRA* mentionne la capacité des parties de régir, par contrat, le partage des biens familiaux à la dissolution du mariage. Les parties sont certes mieux placées qu'un juge pour décider ce qui leur convient. L'analyse que j'ai exposée précédemment tient compte de ce fait. Le paragraphe 56(3) ne permet pas à une partie de stipuler qu'elle recevra plus que sa juste part du patrimoine familial envisagé dans l'abstrait. Il permet toutefois aux parties d'établir concrètement en quoi consistera cette juste part. Autrement dit, si le tribunal constate que l'entente est équitable, il la maintiendra. S'il la juge inéquitable, il procédera à une redistribution de la valeur totale des biens familiaux.

the family assets. The parties' agreement will affect which specific assets can be awarded to a given spouse.

Unlike s. 15.2(4)(c) of the *Divorce Act*, which was in issue in *Miglin*, *supra*, and requires courts to take into consideration "any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse", s. 65(1) makes no mention of the agreement in the list of factors for courts to consider when assessing the substantive fairness of a division of assets. Consideration of the marriage agreement is not even implicitly alluded to. This is not surprising given that what is under review is the agreement itself. It would be a useless exercise if the fairness test were to be based on an unfair agreement. Thus, in British Columbia, spouses may not seek to rely on unfair provisions for the division of assets on marital breakdown. Those are the bounds of meaningful choice for spouses in that province.

Public policy supports this conclusion. The approach favoured by the majority would fail to encourage spouses to make genuine efforts to conclude fair agreements (and to update them for fairness as circumstances change), if a potentially intransigent party could tell himself or herself: "This may turn out to be unfair, but at least a court would still take it into account." In this case, the appellant testified that, on being informed that the respondent's lawyer considered the agreement "grossly unfair", he considered it "interesting", but refused to make substantive changes to render the agreement fair. Parties have many fair options about how to arrange their affairs and protect particular assets, and they need an incentive to consider them and take them seriously.

Moreover, with regard to assessing fairness, the original intentions of the parties may be particularly problematic in the case of premarital agreements, often executed years prior to separation. Most people

L'entente lui servira alors de guide pour déterminer quels biens peuvent être attribués à l'un ou l'autre des époux.

Contrairement à l'al. 15.2(4)c) de la *Loi sur le divorce* qui était en cause dans l'arrêt *Miglin*, précité, et qui obligeait les tribunaux à tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux », le par. 65(1) ne mentionne pas l'entente parmi les facteurs à considérer pour apprécier l'équité substantielle du partage des biens. Il ne fait pas allusion, ne serait-ce qu'implicitement, à la nécessité de prendre en considération le contrat de mariage. Cela n'a rien d'étonnant puisque c'est précisément sur ce contrat que porte l'examen. Ce dernier deviendrait inutile si l'évaluation du caractère équitable devait s'inspirer d'une entente ou d'un contrat inéquitable. Ainsi, en Colombie-Britannique, les époux ne peuvent pas invoquer des clauses inéquitables en matière de partage des biens à la rupture du mariage. Ce sont là les limites du choix qui s'offre aux époux dans cette province.

L'intérêt public appuie cette conclusion. L'approche préconisée par les juges majoritaires n'encouragerait pas les époux à s'efforcer de conclure des ententes équitables — et de les réviser afin d'en maintenir le caractère équitable au fur et à mesure que leur situation évolue — étant donné qu'une partie potentiellement intransigente pourrait se dire : « L'entente pourra se révéler inéquitable, mais un tribunal en tiendra néanmoins compte. » En l'espèce, l'appelant a témoigné que, lorsqu'il a appris que l'avocat de l'intimée considérait que le contrat créait une [TRADUCTION] « injustice flagrante », il a trouvé cela « intéressant », mais a refusé d'apporter les modifications nécessaires pour rendre le contrat équitable. Les parties disposent de plusieurs moyens équitables pour régler leurs affaires et protéger leurs biens. Elles doivent être encouragées à les examiner et à les choisir avec soin.

De plus, l'intention initiale des parties peut se révéler particulièrement problématique lorsqu'il est question d'évaluer le caractère équitable d'une entente pré-nuptiale qui, souvent, a été conclue

80

81

82

enter into a marriage hoping that it will succeed, and their cost-benefit analysis before execution may be based on the assumption that the risk of the provisions ever coming into effect is low. Fairness must be established based on a contemporaneous evaluation of the factors set out in the *FRA*. As acknowledged by the majority of the British Columbia Court of Appeal in this case: “What the parties view as fair at the time of executing the agreement may become unfair as the relationship evolves, and as circumstances change” (para. 61). This is exactly what the judge ought to evaluate under s. 65(1).

plusieurs années avant la séparation. Ainsi, parce qu’ils présument que leur mariage réussira bien, la plupart des gens évaluent mal la possibilité qu’ils doivent un jour recourir à leur contrat de mariage. Pour déterminer s’il y a équité, il faut apprécier les facteurs énumérés dans la *FRA* à la lumière des circonstances existantes. Comme l’ont reconnu, en l’espèce, les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « Ce qui était équitable pour les parties à la conclusion du contrat peut devenir inéquitable au fur et à mesure que leur relation et leur situation évoluent » (par. 61). Telle est précisément l’évaluation à laquelle le juge doit procéder en vertu du par. 65(1).

83

I would like to address a final issue before moving on to an analysis of the aforementioned principles in light of the facts of this case. The appellant argued before this Court that when an agreement contains unfair provisions on division of property, the court is not authorized to set aside the entire agreement. As I explained before, I agree that the existence of a marriage agreement cannot be ignored, although, as stated by the Court of Appeal in *Gold, supra*, at para. 57, “the difference between reforming an unfair agreement in order to make it fair and setting such an agreement aside will sometimes be more semantic than real”. The principle was well articulated in *Stark v. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446 (B.C.C.A.) (leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. xiv), when the Court of Appeal affirmed that under s. 65(1) “the court does not have to set aside the separation agreement; it merely reapporions the family assets of the spouses, a jurisdiction unknown at common law” (p. 453). Further, “it is not necessary to ‘set aside’ the separation agreement although reapportionment may have that effect as to some of its terms”.

J’aimerais aborder une dernière question avant d’analyser les principes susmentionnés à la lumière des faits de la présente affaire. L’appelant a fait valoir devant notre Cour que le tribunal ne peut annuler au complet le contrat dont les clauses relatives au partage des biens sont inéquitables. Comme je l’ai déjà expliqué, je conviens que l’on ne saurait faire abstraction de l’existence d’un contrat de mariage, quoique, comme l’a affirmé la Cour d’appel dans l’arrêt *Gold*, précité, par. 57, [TRADUCTION] « la différence entre annuler un contrat inéquitable et le corriger pour le rendre équitable sera parfois plus sémantique que réelle ». Ce principe a été bien formulé dans l’arrêt *Stark c. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446 (C.A.C.-B.) (autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. xiv), où la cour a confirmé que, aux termes du par. 65(1), [TRADUCTION] « le tribunal n’a pas à annuler l’accord de séparation; il ne fait que procéder à une redistribution des biens familiaux des époux, une compétence inconnue en common law » (p. 453). En outre, [TRADUCTION] « il n’est pas nécessaire d’“annuler” l’accord de séparation même si la redistribution peut avoir cet effet sur certaines de ses conditions ».

II. Application to the Facts of This Case

II. Application aux faits de la présente affaire

84

In my view, the trial judge properly considered the factors listed in s. 65 to conclude that the provisions on division of property in the Hartshornes’ agreement were unfair. Except for Mr. Hartshorne’s law partnership with which I will deal later, she was justified to reapportion the assets as she did,

À mon avis, la juge de première instance a tenu compte à bon droit des facteurs énumérés à l’art. 65 pour conclure à l’iniquité des clauses relatives au partage des biens contenues dans le contrat des Hartshorne. Sauf en ce qui concerne la question du cabinet d’avocats de M. Hartshorne, que

without regard to the unfair provisions of the agreement. The Court should consequently defer to her conclusions.

A. *The Trial Judge Did Not Err as a Matter of Principle*

As I mentioned at the outset of this opinion, the first instance proceedings took place over an extended period of time. The trial, dealing with the issues of divorce, custody and access, child support, spousal support, the effect of a marriage agreement, and the division of assets, lasted six days in July 1999. During the trial, counsel agreed that the valuation of the family assets would be dealt with at a later date, if necessary. Consequently, Beames J. gave reasons for judgment in November 1999 but was, for the most part, limited to defining which assets were family assets and making percentage apportionments. Over a year later, in February 2001, after having heard evidence and argument with respect to valuation, she gave reasons for judgment on outstanding issues which included the division of assets.

The majority cites Prowse J.A.'s opinion in *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at paras. 57 and 59, which supports the contention that questions of reapportionment under s. 65 should generally be settled before turning to the question of maintenance: see also *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), at para. 40. I agree with the wisdom of this position since it will sometimes be possible and easier to deal with the parties' need to become or remain economically independent through a fair division of capital family assets. As recognized by the B.C. legislature in s. 65(1)(e) of the *FRA*, and as was reaffirmed by this Court in *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, at para. 32, "[i]t is critical to recognize and encourage the self-sufficiency and independence of each spouse" at the time of and after their separation: see also *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 860-61.

j'examinerai plus loin, elle était justifiée de redistribuer les biens familiaux comme elle l'a fait, c'est-à-dire sans tenir compte des clauses inéquitables du contrat. La Cour devrait donc s'en remettre à ses conclusions.

A. *La juge de première instance n'a commis aucune erreur de principe*

Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, les procédures devant le tribunal de première instance ont duré longtemps. Le procès, qui a porté sur le divorce, la garde et les droits de visite, les aliments des enfants et ceux de l'épouse, l'incidence d'un contrat de mariage et le partage des biens, a duré six jours en juillet 1999. Au cours de ces procédures, les avocats ont convenu que la question de l'évaluation des biens familiaux serait examinée, si nécessaire, à une date ultérieure. En conséquence, la juge Beames a déposé, en novembre 1999, des motifs dans lesquels elle se contentait d'identifier les biens familiaux et d'établir la part respective des parties. Plus d'un an après, soit en février 2001, après la présentation de nouveaux éléments de preuve et de nouveaux arguments concernant l'évaluation, elle a déposé des motifs supplémentaires portant sur les questions non réglées qui avaient trait notamment au partage des biens.

Les juges majoritaires citent les motifs de la juge Prowse dans l'arrêt *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 57 et 59, qui étayent la thèse selon laquelle il faut généralement régler toutes les questions de redistribution fondée sur l'art. 65 avant d'aborder la question des aliments : voir également *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), par. 40. À mon avis, cette approche est sage étant donné qu'il est parfois possible et plus facile de répondre au besoin des parties de devenir ou de demeurer économiquement indépendantes en procédant à un partage équitable des biens en capital familiaux. Comme l'a reconnu le législateur de la Colombie-Britannique à l'al. 65(1)(e) *FRA*, et comme la Cour l'a réitéré dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 32, « [i]l est primordial de reconnaître et d'encourager l'autonomie et l'indépendance des deux époux » au moment de leur séparation et

85

86

Self-sufficiency will sometimes be intrinsically linked to matrimonial property:

It is the choices made about employment, savings, and spending which will determine if a family will be self-sufficient or, to use an equivalent financial planning term, financially independent. To be financially independent means to be able to meet future needs from the resources that have been acquired during the years of employment. This is the same definition that must be used to measure self-sufficiency in divorce. Can the wife meet her current and future needs from the resources acquired during the years of employment? Can she do so in accordance with the same standard of living as she would have had if the family unit had remained intact? [Emphasis added.]

(M. Grassby, “Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support” (1991), 30 R.F.L. (3d) 369, at pp. 372-73)

Often, if one spouse was unemployed during all or part of the marriage relationship, staying at home to take care of his or her children, he or she will not have acquired the resources needed to become or remain independent post separation. Such an imbalance needs to be rectified in a principled and systematic manner. As a general rule, then, the trial judge should try to address in sequence (1) the apportionment of matrimonial property, (2) the existence of a right to maintenance and support and, if such a right exists, (3) the extent of the need for such maintenance or support. This sequence is not, however, a rule of law. Trial courts must not be straitjacketed.

87

A failure to proceed in this manner does not amount to an error in law or principle, but when it is not followed the evaluation process is rendered more hazardous. Consequently, Beames J. did not err by proceeding otherwise. She did so with the consent of the parties, presumably to avoid delaying the proceedings any further and to encourage a settlement. However, to assess the fairness of an agreement and reapportion family assets in a way that addresses the parties’ economic self-sufficiency, one needs to have adequate valuation information. In the

subséquentement : voir également l’arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 860-861. L’autonomie est parfois intrinsèquement liée aux biens matrimoniaux :

[TRADUCTION] L’autonomie de la famille ou son indépendance financière — pour reprendre l’expression équivalente utilisée en planification financière — dépend des choix qui ont été faits en matière de travail, d’épargne et de dépense. Être financièrement indépendant signifie être en mesure de subvenir aux besoins futurs grâce aux ressources acquises au cours des années passées sur le marché du travail. C’est cette même définition qui doit être utilisée pour apprécier l’autonomie lors d’un divorce. L’épouse peut-elle subvenir à ses besoins actuels et futurs grâce aux ressources acquises au cours des années qu’elle a passées sur le marché du travail? Peut-elle le faire en maintenant le niveau de vie qu’elle aurait eu si l’unité familiale était restée intacte? [Je souligne.]

(M. Grassby, « Women in Their Forties : The Extent of Their Rights to Alimentary Support » (1991), 30 R.F.L. (3d) 369, p. 372-373)

Souvent, l’époux qui, pendant tout le mariage ou une partie du mariage, est resté à la maison pour s’occuper des enfants, au lieu d’aller sur le marché du travail, ne dispose pas des ressources nécessaires pour devenir ou demeurer indépendant après une séparation. Ce déséquilibre doit être corrigé d’une manière systématique et fondée sur des principes. En général, le juge de première instance devrait donc tenter d’aborder, dans l’ordre suivant, (1) la répartition des biens matrimoniaux, (2) l’existence d’un droit aux aliments et, si ce droit existe, (3) l’ampleur du besoin d’aliments. Cette façon de procéder n’est toutefois pas une règle de droit. Les tribunaux de première instance ne doivent pas être enfermés dans un carcan.

L’omission de procéder ainsi ne constitue donc pas une erreur de droit ou de principe, mais aura pour effet de rendre plus périlleux le processus d’évaluation. La juge Beames n’a donc pas commis d’erreur en ne suivant pas la démarche décrite ci-dessus. Elle l’a fait avec le consentement des parties, vraisemblablement pour éviter de retarder davantage les procédures et pour favoriser un règlement. Cependant, pour apprécier le caractère équitable d’un contrat et procéder à une répartition des biens familiaux qui assurera

case at bar, the trial judge commented at the valuation stage that the preliminary figures in front of her during the earlier 1999 trial allowed her to make some percentage apportionments, and that nothing had arisen since to justify changing them. Thus, without fully appreciating it, she found herself in a difficult situation. However, she proceeded systematically, and in a principled manner, and achieved, on the whole, a fair and reasonable outcome, with only one exception. Indeed, it is solely with respect to the reapportionment of the law partnership that Beames J.'s unconventional approach caused her to err in law by failing to apply the rule against double recovery (I shall elaborate upon this matter further under the next heading).

Therefore, I disagree with the majority's statement that the trial judge should first have applied the marriage agreement, then determined the need for spousal support, and finally decided whether the result warranted a different apportionment of assets in light of the s. 65 factors (para. 56). To proceed in this manner gives undue weight to the agreement, be it fair or unfair, when the whole purpose of the exercise provided for in s. 65(1) is to assess its fairness. A marriage agreement is merely a presumptive entitlement. The assessment of its fairness under s. 65 and of the extent to which it needs to be reapportioned are judicial prerogatives. Although, as a matter of logic for the reasons I have canvassed above, it will often be preferable to address the issue of division of matrimonial property before assessing needs for maintenance and support, ultimately the trial judge is best placed to know in what order to proceed. Therefore, despite the fact that Beames J. did not proceed in a conventional manner, unlike the majority I do not believe this constituted an error *per se*.

l'autonomie financière des parties, il faut disposer de renseignements suffisants sur la valeur de ces biens. En l'espèce, la juge de première instance a souligné, à l'étape de l'évaluation, que les chiffres préliminaires qui lui avaient été soumis lors du procès de 1999 lui avaient permis d'établir la part respective des parties. Selon elle, il n'était survenu, dans l'intervalle, aucun événement justifiant de modifier cette répartition. Ainsi, la juge Beames s'est retrouvée, sans le vouloir, dans une situation difficile. Elle a néanmoins procédé d'une manière systématique et, adoptant une approche de principe, elle est parvenue, à une exception près, à un résultat équitable et raisonnable dans l'ensemble. En fait, ce n'est qu'en ce qui concerne la redistribution du cabinet d'avocats que l'approche non conventionnelle de la juge Beames l'a amenée à commettre une erreur de droit en omettant d'appliquer la règle interdisant la double indemnisation (j'approfondirai la question sous la prochaine rubrique).

Par conséquent, je ne souscris pas à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle la juge de première instance aurait d'abord dû appliquer le contrat, ensuite évaluer le besoin d'aliments entre époux et enfin décider si le résultat justifiait de répartir différemment les biens à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65 (par. 56). Cette façon de procéder accorde un poids indu au contrat peu importe qu'il soit équitable ou inéquitable, alors que l'examen prévu au par. 65(1) vise seulement à déterminer s'il est équitable. La conclusion d'un contrat de mariage ne fait qu'établir un droit présumé. L'appréciation de son caractère équitable — en application de l'art. 65 — et de la mesure dans laquelle une redistribution s'impose relève de la prérogative judiciaire. Bien que logiquement, pour les raisons que j'ai exposées plus haut, il soit souvent préférable d'aborder la question du partage des biens matrimoniaux avant d'évaluer le besoin d'aliments, c'est en définitive le juge de première instance qui est le mieux placé pour décider dans quel ordre il va procéder. Par conséquent, même si l'approche adoptée par la juge Beames n'est pas conventionnelle, je ne crois pas, contrairement aux juges majoritaires, qu'il s'agisse là d'une erreur en soi.

B. *Evaluation of the Trial Judge's Findings of Fact*

(1) The Bulk of the Family Assets

89

The circumstances of negotiation and execution supported turning a keen eye to the Hartshornes' prenuptial agreement. The respondent was warned in a letter obtained through independent legal advice that the agreement might be "grossly unfair" and that she should not execute it in its present form. She raised her concerns with the appellant who declined to address them in any substantive way. The essential elements of this letter are summarized at para. 60 of the majority's opinion and I shall not repeat them here. Suffice it to say that, although this letter does not *per se* establish that the agreement was unfair, it underlines its shortcomings. For example, no matter how long the marriage lasted the respondent could not obtain more than a 49 percent interest in the family home. The majority states that by choosing to execute the agreement despite having noticed that it might be unfair, the respondent signalled that she was not concerned. This analysis, in my view, is not acceptable and confuses fairness with unconscionability. While it is true that the agreement's shortcomings were apparent to some degree at the time of execution, foreseeability (or simply "signing" the agreement) does not cure its substantive unfairness. Although it may constitute a bar to setting the agreement aside on the ground of unconscionability, independent legal advice prior to execution does not render it fair nor does it leave the trial judge powerless: see *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (B.C.C.A.); *Gold, supra*; *Stark, supra*. As emphasized above, the fairness of marriage agreements must be assessed at the time of application to the court, in light of the factors contained in s. 65(1) of the *FRA*.

90

There are indications that the respondent was in a vulnerable position in negotiation — not enough

B. *Évaluation des conclusions de fait de la juge de première instance*

(1) L'analyse applicable à la majeure partie des biens familiaux

La juge de première instance devait examiner attentivement l'entente pré-nuptiale des Hartshorne en raison des circonstances qui ont entouré sa négociation et sa conclusion. L'intimée avait été prévenue, par avis juridique indépendant, que l'entente était susceptible de [TRADUCTION] « créer une injustice flagrante » et qu'elle ne devrait pas la conclure telle qu'elle était alors rédigée. Elle a fait part de ses craintes à l'appellant qui, à toutes fins pratiques, a refusé d'en tenir compte. Je ne considère pas nécessaire de reproduire ici les éléments essentiels de cette lettre qui sont résumés au par. 60 des motifs majoritaires. Qu'il suffise de dire que, même si cette lettre ne prouve pas en soi que l'entente était inéquitable, elle en souligne cependant les lacunes. Par exemple, peu importe la durée du mariage, l'intimée pourrait tout au plus détenir 49 pour 100 de la résidence familiale. Pour les juges majoritaires, l'intimée ne peut plus se plaindre de l'entente du fait qu'elle a choisi de la signer après avoir été prévenue qu'elle pourrait être inéquitable. J'estime cette position inacceptable et, en la maintenant, les juges majoritaires confondent iniquité et exorbitance. Même s'il est vrai que les lacunes de l'entente étaient apparentes jusqu'à un certain point au moment de sa conclusion, il reste que la prévisibilité (ou encore le simple fait de la « conclure ») n'élimine pas l'iniquité substantielle. Quoiqu'il puisse faire obstacle à l'annulation pour cause d'exorbitance, le fait d'avoir reçu des conseils juridiques indépendants avant de conclure l'entente ne la rend pas pour autant équitable, et n'empêche pas le juge de première instance d'intervenir : voir *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (C.A.C.-B.); *Gold, précité*; *Stark, précité*. Comme je l'ai déjà souligné, il faut déterminer, à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*, si le contrat de mariage était équitable au moment de la présentation de la demande au tribunal.

Certains faits portent à croire que l'intimée était vulnérable lors de la négociation — pas suffisamment

for the agreement to be unconscionable, but enough to suggest that the trial judge should be alive to the possibility that the agreement was unfair. The respondent had already been out of the workforce and dependent on the appellant for almost two years and had only ever worked as a lawyer (and before that, an articling student) in the appellant's firm. The agreement was concluded under pressure with the wedding fast approaching. The respondent sought changes to the agreement before execution but was unable to persuade the appellant to agree, except with respect to minor changes, such as the insertion of a clause to the effect that her signature was not voluntary and was at his insistence. These circumstances illustrate the appellant's position of power within the relationship, as well as the respondent's correlative dependence. That she remained at home for the rest of the marriage relationship to take care of the couple's children further illustrates the power dynamics at play. Taken as a whole, these circumstances justify reviewing the agreement with increased scrutiny.

Referring to "traditional" marriages, L. J. Weitzman stated in *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985), at p. 342, that:

Marriage gives men the opportunity, support, and time to invest in their own careers. Thus marriage itself builds and enhances the husband's earning capacity. For women, in contrast, marriage is more likely to act as a career liability. Even though family roles are changing, and even though married women are increasingly working for pay during marriage, most of them nevertheless subordinate their careers to their husbands' and to their family responsibilities. This is especially true if they have children. Thus women are often doubly disadvantaged at the point of divorce. Not only do they face the . . . income gap that affects all working women, they also suffer from the toll the marital years have taken on their earning capacity.

This is exactly what happened in the case at bar. Nevertheless, at para. 63 of its opinion, the majority

pour que le contrat soit exorbitant, mais suffisamment pour attirer l'attention de la juge de première instance sur la possibilité que le contrat soit inéquitable. L'intimée avait quitté le marché du travail et était à la charge de l'appellant depuis presque deux ans; elle n'avait travaillé comme avocate (et, auparavant, comme stagiaire) qu'au sein du cabinet d'avocats de l'appellant. Le contrat a été conclu sous pression alors que la cérémonie du mariage approchait à grands pas. L'intimée a demandé que des changements soient apportés au contrat avant de le signer, mais l'appellant n'a consenti qu'à des modifications mineures, telle l'insertion d'une clause précisant que l'intimée signait non pas de plein gré, mais parce que l'appellant insistait pour qu'elle le fasse. Ces circonstances illustrent la position de force que l'appellant occupait dans la relation, ainsi que l'état correspondant de dépendance dans lequel se trouvait l'intimée. Le fait que l'intimée soit restée au foyer pour s'occuper des enfants pendant le reste du mariage constitue un autre exemple du rapport de force qui existait dans le couple. Dans l'ensemble, ces circonstances justifient un examen plus approfondi du contrat.

Au sujet des mariages « traditionnels », L. J. Weitzman affirme ceci dans son ouvrage intitulé *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985), p. 342 :

[TRADUCTION] Le mariage donne aux hommes l'occasion, le moyen et le temps d'investir dans leur propre carrière. Donc, le mariage lui-même édifie et renforce la capacité de gain du mari. Pour les femmes, par contre, le mariage risque le plus souvent d'être un handicap pour leur carrière. Même si les rôles au sein de la famille évoluent et même si les femmes mariées exercent de plus en plus un travail rémunéré pendant le mariage, la plupart subordonnent néanmoins leur carrière à celle de leur mari et à leurs responsabilités familiales. Ceci est particulièrement vrai si elles ont des enfants. Les femmes souffrent donc souvent d'un double désavantage en cas de divorce. Elles doivent non seulement faire face à l'écart [. . .] entre les revenus des deux sexes qui touche toutes les femmes au travail, mais elles sont également victimes du tort que les années de mariage causent à leur capacité de gain.

C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. Toutefois, les juges majoritaires affirment

bluntly states that it is “not realistic to assume” that the respondent had not “understood” the consequences of her decisions to be the primary caregiver of her two children and to postpone any further career development, thus implying that she should now accept these consequences and live with them. At this point, it is useful to recall Bastarache J.’s statement in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 55, to the effect that a “decision not to marry should be respected because it . . . stems from a conscious choice of the parties”. In that case, it was decided that partners living in a conjugal relationship who chose not to get married did not have access to the protection of the matrimonial regime at stake, and that this did not violate s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Bastarache J. held that a decision to live together was insufficiently indicative of “a positive intention to contribute to and share in each other’s assets and liabilities” (para. 54). This necessarily implies that the conscious and solemn choice to enter a marriage relationship must be treated as such. Marriage is a “joint endeavour”, a socio-economic partnership: *Moge*, *supra*, at p. 870. On the one hand, married spouses are entitled to the full protection of their matrimonial regime. On the other, they must fully assume the responsibilities flowing from their decision to get married. By choosing to marry the respondent, to have children, and to support and benefit from his wife’s work in the private sphere, Mr. Hartshorne agreed to bear all the consequences of the legislative regime regulating his decisions, including judicial review under s. 65 of the *FRA*. He cannot have his cake and eat it too.

carrément, au par. 63 de leurs motifs, qu’il « n’est pas réaliste de présumer » que l’intimée n’a pas « compris » les conséquences de sa décision de s’occuper principalement de ses deux enfants et de retarder l’avancement de sa carrière, laissant ainsi entendre qu’elle doit maintenant accepter et supporter les conséquences de cette décision. Il m’apparaît utile, à ce stade, de rappeler les propos du juge Bastarache dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 55, voulant que « [l]a décision des parties de ne pas se marier commande [. . .] respect car elle relève [. . .] d’un choix conscient ». Dans cette affaire, la Cour a statué que les concubins qui décidaient de ne pas se marier ne bénéficiaient pas de la protection découlant du régime matrimonial en cause, et que cette absence de protection ne contrevenait pas au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Bastarache a conclu que la décision de ces personnes de faire vie commune n’était pas suffisante pour démontrer « leur intention réelle de contribuer à l’actif et au passif l’un de l’autre et de le partager » (par. 54). Cela signifie nécessairement que le choix conscient et solennel de se marier doit être traité comme tel. Le mariage est une « entreprise commune », une association socio-économique : *Moge*, précité, p. 870. D’une part, les conjoints mariés ont droit à l’entière protection de leur régime matrimonial. D’autre part, ils doivent assumer pleinement les responsabilités découlant de leur décision de se marier. En décidant d’épouser l’intimée, d’avoir des enfants, d’appuyer son choix de travailler à la maison et d’en bénéficier, M. Hartshorne a accepté de supporter toutes les conséquences du régime législatif régissant ses décisions, parmi lesquelles figure l’examen judiciaire prévu à l’art. 65 *FRA*. Il ne saurait donc réclamer le beurre et l’argent du beurre.

92

It is true that the trial judge’s reasons for judgment are not as detailed as they might have been on all of the factors that she mentioned in arriving at her determination that the marriage agreement was unfair. However, she correctly focuses on the factors listed in s. 65. She indicates that the most relevant factors corresponding to the s. 65(1) subsections were: (a) the 12½-year duration of the relationship, (c) the fact that almost all the property

Il est vrai que les motifs de jugement de la juge de première instance ne sont pas aussi détaillés qu’ils auraient pu l’être pour chacun des facteurs qu’elle a mentionnés en décidant que le contrat de mariage était inéquitable. Cependant, elle s’est concentrée, à juste titre, sur les facteurs énumérés à l’art. 65. Elle a indiqué que les facteurs les plus pertinents étaient : (a) les 12 années et demie pendant lesquelles la relation a duré, (c) le fait que presque tous les

was acquired by the appellant prior to the relationship, (e) the respondent's need to become or remain economically independent and self-sufficient, and (f) the respondent's role in the construction of the family home, and the effect that her assumption of homemaking responsibilities had on the appellant's ability to focus on his law practice. Given these factors, Beames J. was satisfied that the agreement was unfair. She makes particular reference to the respondent having postponed her own future career development, while having received no entitlement to any pension or retirement savings in the agreement, and an insufficient interest in the family home and its contents. She writes, at para. 58 of her 1999 decision:

Under the terms of the agreement, as signed by the parties, the defendant could do no better, no matter how long the marriage lasted, than a 49% interest in the family home, a joint interest in the household contents, and an interest in family cars. Notwithstanding the fact that she had given up, by that time, her own law practice, and at least postponed any further career development, the agreement provided nothing for that sacrifice, and in particular, made no provision for any entitlement to pension or retirement savings. By the time of the separation, the terms of the agreement provided that the defendant's interest in the family home was 27%, using a period of cohabitation following marriage of 9 years, at 3% per year.

This rightly takes into account concerns regarding the dependent spouse's capital impairment on marital breakdown. Thus, these are all appropriate considerations that reflect the substantive unfairness of the agreement at the time of application. The trial judge's conclusion with respect to the unfairness of the agreement was reasonable and should, therefore, be maintained, save for her findings on the law partnership.

Beames J.'s reasoning on the figures she reached in reapportionment is once again rather succinct. However, she makes it clear that her objective is to achieve fairness, which is correct. As discussed above, it would have been incorrect for her to assign weight to provisions that she found to be unfair. She did not do so. While one might disagree with the exact reapportionment she reaches, I believe that for the bulk of the family assets, Beames J. did

biens ont été acquis par l'appelant avant la relation, (e) le besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome, et (f) le rôle joué par l'intimée dans la construction de la résidence familiale ainsi que l'incidence que son rôle de ménagère a eu sur la capacité de l'appelant de se consacrer à la pratique du droit. Compte tenu de ces facteurs, la juge Beames a estimé que le contrat était inéquitable. Elle a mentionné, en particulier, le fait que l'intimée a retardé l'avancement de sa propre carrière en dépit du fait que le contrat ne lui donnait droit à aucune pension ni à aucune épargne-retraite, et qu'elle possédait un intérêt insuffisant dans la résidence familiale et son contenu. La juge écrit, au par. 58 de sa décision de 1999 :

[TRADUCTION] D'après le contrat signé par les parties, peu importe la durée du mariage, la défenderesse pouvait tout au plus détenir un intérêt de 49 pour 100 dans la résidence familiale, un intérêt conjoint dans les biens du ménage et un intérêt dans les véhicules automobiles familiaux. En dépit du fait qu'elle avait alors abandonné la pratique du droit et retardé à tout le moins l'avancement de sa carrière, le contrat n'accordait rien en échange de ce sacrifice et, en particulier, ne prévoyait aucun droit à une pension ou à une épargne-retraite. Lors de la séparation, la défenderesse détenait, selon le contrat, un intérêt de 27 pour 100 dans la résidence familiale fondé sur une période de cohabitation de 9 ans après le mariage, à raison de 3 pour 100 par année.

Cette analyse tient compte, à juste titre, des préoccupations relatives à l'insuffisance de capital de l'époux à charge à la rupture du mariage. Ces considérations sont toutes pertinentes. Elles témoignent de l'iniquité substantielle du contrat au moment de la présentation de la demande. La juge de première instance a eu raison de conclure à l'iniquité du contrat et sa conclusion devrait être maintenue, sauf en ce qui concerne le cabinet d'avocats.

Le raisonnement que la juge Beames adopte au sujet des données auxquelles elle est parvenue en effectuant la redistribution est, là encore, plutôt succinct. Toutefois, elle affirme clairement que son objectif est de réaliser l'équité, ce qui est correct. Comme nous l'avons vu, elle aurait eu tort d'accorder du poids aux clauses qu'elle jugeait inéquitables. Elle ne l'a pas fait. Bien qu'on puisse être en désaccord avec la redistribution qu'elle a effectuée,

not commit any palpable and overriding error. As established by this Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 1 (*per* Iacobucci and Major JJ.), with respect to questions of fact and some questions of mixed fact and law, a “proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge’s reasons unless there is a palpable and overriding error” (emphasis added). As I find that no such error was committed, I would not disturb the gist of her reapportionment. Thus, her conclusions regarding the family home and its contents, the RRSPs and savings, the vacation property, and the Ford Expedition should not be modified. In his dissent Thackray J.A. came to a similar reapportionment. This conclusion is fair overall and in its constituent elements.

(2) The Law Partnership

94

At para. 66 of its opinion, the majority recognizes that “a law corporation could potentially be classified as a family asset” capable of being reapportioned under s. 65(1) of the *FRA*. In fact, the categorization of professional practices as family assets is consistent with British Columbia’s jurisprudence. For example, in *Underhill v. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244, the British Columbia Court of Appeal held that the husband’s interest in a law partnership was a family asset. In the case at bar, I disagree with the majority’s finding that the appellant’s interest in the partnership should not be categorized as a family asset.

95

Family assets are defined in s. 58 of the *FRA*:

58 (1) Subject to section 59, this section defines family asset for the purposes of this Act.

j’estime que la juge Beames n’a commis aucune erreur manifeste et dominante en redistribuant la majeure partie des biens familiaux. Comme notre Cour l’a établi dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 1 (les juges Iacobucci et Major), au sujet des questions de fait et de certaines questions mixtes de fait et de droit, « [i]l va sans dire qu’une cour d’appel ne devrait modifier les conclusions d’un juge de première instance qu’en cas d’erreur manifeste et dominante » (je souligne). Comme je suis d’avis que la juge n’a commis aucune erreur de cette nature, je ne modifierais pas l’aspect le plus important de la redistribution qu’elle a effectuée, à savoir ses conclusions concernant la résidence familiale et son contenu, les REER et les économies, la résidence secondaire et le Ford Expedition. Dans ses motifs dissidents, le juge Thackray est parvenu à une redistribution similaire. Cette conclusion est équitable tant dans l’ensemble que sur le plan de ses éléments constitutifs.

(2) L’analyse applicable au cabinet d’avocats

Au paragraphe 66 de leurs motifs, les juges majoritaires reconnaissent qu’« il est possible [. . .] de classer un cabinet d’avocats dans la catégorie des biens familiaux » qui peuvent faire l’objet d’une redistribution en vertu du par. 65(1) *FRA*. En fait, classer les cabinets professionnels dans la catégorie des biens familiaux est conforme à la jurisprudence de la Colombie-Britannique. Par exemple, dans l’arrêt *Underhill c. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que l’intérêt détenu par le mari dans un cabinet d’avocats était un bien familial. En l’espèce, je ne suis pas d’accord avec les juges majoritaires lorsqu’ils concluent que l’intérêt de l’appelant dans le cabinet ne doit pas être classé dans la catégorie des biens familiaux.

L’article 58 *FRA* définit un bien familial en ces termes :

[TRADUCTION]

58 (1) Sous réserve de l’article 59, le présent article définit les biens familiaux pour les besoins de la Loi.

- (2) Property owned by one or both spouses and ordinarily used by a spouse or a minor child of either spouse for a family purpose is a family asset.
- (3) Without restricting subsection (2), the definition of family asset includes the following:
- . . .
- (e) a right, share or an interest of a spouse in a venture to which money or money's worth was, directly or indirectly, contributed by or on behalf of the other spouse.

I am of the view that the appellant's interest in the law firm falls squarely within the ambit of s. 58(3)(e) and is, consequently, a family asset.

The majority states that it must be excluded under s. 59(1):

- 59 (1)** If property is owned by one spouse to the exclusion of the other and is used primarily for business purposes and if the spouse who does not own the property made no direct or indirect contribution to the acquisition of the property by the other spouse or to the operation of the business, the property is not a family asset.

Based on this definition, for an asset to be excluded as a business asset, two conditions must be met: (1) it must be used primarily for business purposes, and (2) the non-owning spouse must have made no contribution to its acquisition or to the operation of the business. The problem with the majority's position is that, in this case, the respondent did contribute significantly to the operation of the law partnership.

As explicitly recognized in s. 59(2):

- (2) In section 58(3)(e) or subsection (1) of this section, an indirect contribution includes savings through effective management of household or child rearing responsibilities by the spouse who holds no interest in the property.

- (2) Le bien qui appartient à l'un des conjoints ou aux deux et qui est ordinairement utilisé par un conjoint ou un enfant mineur de l'un ou l'autre des conjoints à une fin familiale est un bien familial.
- (3) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2), la définition de biens familiaux comprend :
- . . .
- e) un droit, une participation ou un intérêt d'un conjoint dans une entreprise à laquelle un apport en argent, ou qui s'évalue en argent, a été fait directement ou indirectement par l'autre conjoint ou pour son compte.

J'estime que l'intérêt que détient l'appelant dans le cabinet d'avocats relève directement de l'al. 58(3)(e) et constitue donc un bien familial.

Les juges majoritaires affirment qu'il doit être exclu en application du par. 59(1) :

[TRADUCTION]

- 59 (1)** Lorsqu'un bien appartient à un conjoint à l'exclusion de l'autre et est utilisé surtout à des fins commerciales et lorsque le conjoint à qui n'appartient pas le bien n'a contribué ni directement ni indirectement à l'acquisition du bien par l'autre conjoint ou au fonctionnement de l'entreprise, le bien n'est pas un bien familial.

Selon cette définition, deux conditions doivent être remplies pour qu'un bien soit exclu à titre de bien commercial : (1) il doit être utilisé surtout à des fins commerciales et (2) le conjoint à qui n'appartient pas le bien ne doit avoir contribué ni à l'acquisition du bien ni au fonctionnement de l'entreprise. La position des juges majoritaires est erronée du fait qu'en l'espèce l'intimée a contribué de façon importante au fonctionnement du cabinet d'avocats.

Comme le reconnaît explicitement le par. 59(2) :

[TRADUCTION]

- (2) À l'alinéa 58(3)e) ou au paragraphe (1) du présent article, une contribution indirecte comprend les économies résultant de la gestion efficace du ménage ou de l'éducation des enfants par le conjoint qui ne détient aucun intérêt dans le bien.

A contribution can thus be inferred from the fact of participation in household management and child rearing: see *Elsom v. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293 (S.C.), aff'd (1983), 37 R.F.L. (2d) 150 (B.C.C.A.) (leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. vii); *Gillespie v. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28 (C.A.), at para. 56. It is noteworthy that in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 1000 (*per* McLachlin J., as she then was) and at p. 1020 (*per* Cory J.), this Court has recognized that, in the context of common law unions, indirect services such as the provision of household services may justify the award of a proprietary interest in assets acquired over the course of a relationship. Indirect contribution can also include other types of contributions. For example, in *Piercy v. Piercy* (1991), 31 R.F.L. (3d) 187 (B.C.S.C.), supplementary reasons (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285, a wife was living in affluent circumstances, with considerable household help, and there were no children of the marriage. The court found that she had made an indirect contribution in fulfilling the husband's expectations that she occupy a largely social role and be a "confidante and sounding board" (para. 25). In the case at bar, the respondent clearly provided a significant indirect contribution to the operation of the appellant's law practice. From 1987 to the date of separation, and indeed since the date of separation, she assumed full time responsibility for child care and homemaking, allowing the appellant to continue to practise full time, with significantly fewer concerns on his mind. This is more than sufficient to fulfill the requirements of ss. 59(2) and 58(3)(e). Therefore, Mr. Hartshorne's interest in the law partnership is a family asset capable of judicial reappportionment under s. 65(1) of the *FRA*.

La contribution d'un conjoint peut donc s'inférer de sa participation à la gestion du ménage ou à l'éducation des enfants : voir *Elsom c. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293 (C.S.), conf. par (1983), 37 R.F.L. (2d) 150 (C.A.C.-B.) (autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. vii); *Gillespie c. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28 (C.A.), par. 56. D'ailleurs, il convient de noter que, dans l'arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 1000 (la juge McLachlin, plus tard Juge en chef) et p. 1020 (le juge Cory), notre Cour a reconnu que, dans le contexte des unions de fait, des services indirects telles les tâches ménagères peuvent justifier l'attribution d'un intérêt propriétaire dans des biens acquis au cours de la relation. Une contribution indirecte peut également inclure d'autres types de contribution. Par exemple, dans la décision *Piercy c. Piercy* (1991), 31 R.F.L. (3d) 187 (C.S.C.-B.), motifs supplémentaires (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285, une épouse sans enfant vivait dans l'aisance et bénéficiait d'une aide ménagère appréciable. La cour a jugé qu'elle avait apporté une contribution indirecte en répondant aux attentes de son mari qui souhaitait qu'elle joue essentiellement un rôle social et qu'elle soit une [TRADUCTION] « confidante et une conseillère » (par. 25). En l'espèce, l'intimée a clairement apporté une contribution indirecte importante au fonctionnement du cabinet d'avocats de l'appelant. De 1987 jusqu'à la date de la séparation et, en fait, depuis la séparation, elle s'est occupée seule des enfants et des tâches ménagères, ce qui a permis à l'appelant, beaucoup moins préoccupé, de continuer à exercer le droit à temps plein. Cela suffit amplement à satisfaire aux exigences du par. 59(2) et de l'al. 58(3)e). En conséquence, l'intérêt que détient M. Hartshorne dans le cabinet d'avocats constitue un bien familial pouvant faire l'objet d'une redistribution judiciaire en application du par. 65(1) *FRA*.

98

Obviously, concluding that the law partnership is a family asset does not provide guidance as to whether Beames J. erred in reappportioning Mr. Hartshorne's interest in the law partnership in favour of the respondent. In fact, unlike the rest of her analysis, Beames J.'s reasoning on this issue lacks some coherence. In her initial analysis of the fairness of the marriage agreement and of

Il est évident qu'en concluant que le cabinet d'avocats est un bien familial, on ne répond pas à la question de savoir si la juge Beames a commis une erreur en effectuant, au profit de l'intimée, une redistribution de l'intérêt de M. Hartshorne dans le cabinet d'avocats. Contrairement au reste de son analyse, le raisonnement de la juge Beames sur cette question manque de logique. Premièrement,

the percentage of each family asset that should be reapportioned to achieve fairness, Beames J. did not mention the law corporation (1999 reasons, at paras. 63-64). She did, however, have an opinion on the matter at the time. In her second set of reasons, dealing with the issue of valuation, she writes, at para. 27:

During the course of this hearing, I advised counsel that it had been my view, at the time I provided Reasons following the first hearing, that the 60% to the plaintiff and 40% to the defendant distribution that I applied to all of the family assets, other than the home and contents, was appropriate for the law corporation as well.

The problem with this conclusion is that, during the first hearing, the trial judge did not have access to important valuation information that was introduced in the course of the second hearing, such as the decrease in value of the law firm relative to the value stated in the marriage agreement. Despite this important new information, Beames J. chose to stick to her first impressions. Compounded with the difficulties arising from the unconventional sequence in which she chose to address the issues of maintenance, support, division and valuation of property, her desire to remain faithful to her intuitions seems to have contributed to her failure to realize that she was committing an error.

Indeed, it seems illogical for Beames J. to have reapportioned the appellant's law practice, his main source of revenue, in a 3:2 ratio, while having previously demanded that he pay the respondent significant spousal support. On the facts of this case, this would amount to the respondent biting the hand that feeds her and imposing an unreasonable burden on the appellant. As noted by Major J., writing for the majority in *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43, at para. 1:

“Double recovery” or “double dipping” are terms that have come to describe the situation where, after an equal division of assets on marriage breakdown, one spouse

la juge Beames n’a pas inclus le cabinet d’avocats dans son évaluation initiale de l’équité du contrat de mariage et du pourcentage de chaque bien familial qui devrait faire l’objet d’une redistribution en vue d’assurer l’équité (décision de 1999, par. 63-64). Son opinion était, cependant, déjà formée à l’époque. Dans son deuxième jugement, elle écrit au sujet de la question de l’évaluation (par. 27) :

[TRADUCTION] Au cours de la présente audience, j’ai avisé les avocats que, au moment de prononcer les motifs à l’issue de la première audience, j’estimais que ma répartition de tous les biens familiaux — à l’exception de la résidence et de son contenu — dans une proportion de 60 pour 100 pour le demandeur et de 40 pour 100 pour la défenderesse convenait également au cabinet d’avocats.

Cette conclusion est problématique parce que, lors de la première audience, la juge de première instance n’avait pas accès à certains renseignements importants sur la valeur des biens, comme la baisse de la valeur du cabinet d’avocats par rapport à la valeur inscrite dans le contrat de mariage. Ces renseignements ont été fournis au cours de la seconde audience. En dépit de cette nouvelle donnée importante, la juge Beames a choisi de s’en tenir à sa première impression. Outre les difficultés découlant de l’ordre non conventionnel dans lequel elle a choisi d’aborder la question des aliments et celles du partage et de l’évaluation des biens, sa volonté de se fier à son intuition semble l’avoir empêchée de se rendre compte qu’elle commettait une erreur.

En effet, il semble illogique, de la part de la juge Beames, d’avoir procédé à une redistribution — dans une proportion de 3 pour 2 — du cabinet d’avocats de l’appellant, qui constituait sa principale source de revenus, après lui avoir ordonné de verser à l’intimée une importante pension alimentaire. Compte tenu des faits de la présente affaire, l’intimée se trouvait alors à mordre la main qui la nourrit et l’appellant se voyait imposer un fardeau déraisonnable. Comme le juge Major l’a souligné, au nom des juges majoritaires, dans l’arrêt *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43, par. 1 :

Les expressions « double indemnisation » ou « double ponction » décrivent une situation où, après un partage égal des biens à la rupture d’un mariage, un conjoint

claims continued support from the previously divided or equalized assets of the other spouse.

Double recovery can also happen when a capital family asset is reapportioned without considering the conditions of separation as a whole, including a prior spousal support order. This principle applies equally in the context of s. 65(1) of the *FRA*. In exercising her discretion to apportion family assets under s. 65(1), a trial judge must not come to a solution which results in double-dipping.

100

Admittedly, the order for spousal support was discontinued two years after the initial judgment (oral reasons for judgment of Melnick J., February 11, 2002). This state of affairs cannot, however, be determinative since support orders, or discontinuation thereof, continue to be reviewable when the circumstances laid out in the *Divorce Act* arise. Moreover, what is being reviewed at this stage is the fairness of the trial judge's judicial reapportionment per se. At the time her reasons for judgment were released, the trial judge had no means to anticipate if, when and how her spousal support order would be modified.

101

To assess the fairness of a division of family assets, one must look at it as a whole and consider it together with the parties' other financial arrangements. Had the trial judge first proceeded to the reapportionment of the law partnership and then tailored the amount of spousal support in consequence, my conclusion might have been different. Alternatively, had she been careful to reapportion the law partnership while giving full consideration to her prior spousal support order and to the decrease in value of the firm, I might also have been inclined to be more deferential. She did neither, instead considering each issue in a vacuum. In this case, given the amount of spousal support ordered and the reapportionment of other family assets, the law partnership should simply not have been included in the redistribution. The trial judge should have realized that it was inappropriate to deprive the appellant of

sollicite une obligation alimentaire permanente tirée des biens de l'autre conjoint qui ont déjà fait l'objet du partage ou de l'égalisation.

Il peut également y avoir double indemnisation lorsqu'un bien en capital familial fait l'objet d'une redistribution qui ne tient pas compte de l'ensemble des conditions de la séparation, comme d'une ordonnance alimentaire rendue antérieurement au profit d'un époux. Ce principe s'applique également dans le contexte du par. 65(1) *FRA*. En exerçant son pouvoir discrétionnaire de répartir les biens familiaux en vertu du par. 65(1), un juge de première instance doit éviter de choisir une solution qui engendre une double ponction.

Certes, l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse a pris fin deux ans après le jugement initial (jugement oral du juge Melnick, 11 février 2002). Ce fait ne saurait toutefois être déterminant puisque les ordonnances alimentaires, ou leur cessation, peuvent toujours faire l'objet d'une révision dans les cas prévus par la *Loi sur le divorce*. De plus, à ce stade, l'examen porte précisément sur le caractère équitable de la redistribution effectuée par la juge de première instance. Au moment où elle a déposé son jugement, la juge de première instance ne pouvait pas prévoir si, quand et comment l'ordonnance alimentaire qu'elle avait rendue au profit de l'épouse serait modifiée.

Pour déterminer si un partage des biens familiaux est équitable, il faut l'examiner globalement et conjointement avec les autres arrangements financiers des parties. Ma conclusion aurait pu être différente si la juge de première instance avait d'abord procédé à la redistribution du cabinet d'avocats et ensuite ajusté en conséquence le montant de la pension alimentaire accordée à l'épouse. J'aurais également pu être davantage disposée à faire montre de déférence si elle avait pris soin de procéder à la redistribution du cabinet en tenant bien compte de l'ordonnance alimentaire qu'elle avait déjà rendue au profit de l'épouse et de la baisse de valeur du cabinet. Elle n'a rien fait de cela et a plutôt examiné chaque question dans l'abstrait. En l'espèce, compte tenu du montant de la pension alimentaire ordonnée au profit de l'épouse et de la redistribution des autres biens familiaux, le cabinet d'avocats n'aurait tout simplement

40 percent of his interest in his main source of income if he was to pay \$2,500 per month to the respondent as spousal support. On the one hand, taken together, Beames J.'s orders for spousal support and for reapportionment of the law firm constituted "double-dipping" and are thus anomalous; on the other hand, the remaining family assets considered together can properly be viewed as the respondent's fair share. This conclusion does not prejudice any variation application that the respondent might bring for a reevaluation of her need for spousal support following this decision.

III. Conclusion

For the reasons given above, I would only allow the appeal in part, that is, to the extent that the appellant's law firm should not have been reapportioned in favour of the respondent. Costs should be awarded to the respondent in this Court.

Appeal allowed, BINNIE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Megan Ellis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McLachlan Brown Anderson, Vancouver.

pas dû faire l'objet d'un nouveau partage. La juge de première instance aurait dû se rendre compte qu'il ne convenait pas de priver l'appelant de 40 pour 100 de son intérêt dans sa principale source de revenu tout en l'obligeant à verser à l'intimée une pension alimentaire mensuelle de 2 500 \$. D'une part, prises dans leur ensemble, les ordonnances que la juge Beames a rendues au sujet des aliments payables à l'épouse et de la redistribution du cabinet d'avocats constituaient une « double ponction » et sont donc inacceptables; d'autre part, considérés dans leur ensemble, les autres biens familiaux peuvent être perçus à bon droit comme la juste part de l'intimée. Cette conclusion ne compromet nullement la possibilité qu'a l'intimée de présenter une demande de modification destinée à réévaluer son besoin d'aliments à la suite de la présente décision.

III. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi, avec dépens en faveur de l'intimée devant notre Cour, à l'unique fin de déclarer que le cabinet d'avocats de l'appelant n'aurait pas dû faire l'objet d'une redistribution au profit de l'intimée.

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Megan Ellis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : McLachlan Brown Anderson, Vancouver.