

**Nancy Rick also known as Nancy Rick** *Appellant*

v.

**Berend Brandsema also known as Ben Brandsema and Brandy Farms Inc.** *Respondents*

and

**Women's Legal Education and Action Fund** *Intervener*

**INDEXED AS: RICK v. BRANDSEMA**

**Neutral citation: 2009 SCC 10.**

File No.: 32098.

2008: October 14; 2009: February 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Family law — Family assets — Separation agreements — Unconscionability — Husband knowingly exploiting wife's mental fragility and giving misleading financial information, resulting in negotiated equalization payment that fails to reflect objectives of governing legislation or parties' intention to divide assets equally — Whether separation agreement unconscionable — Role of professional assistance in compensating for vulnerabilities.*

*Family law — Separation agreements — Duty to make full and honest disclosure of relevant financial information in negotiating separation agreements.*

*Contracts — Unconscionability — Remedy — Equitable compensation.*

The parties married in 1973 and separated in 2000. During their 29 years together, they had five children and acquired a dairy farm in which they were equal shareholders, as well as other real property, vehicles and RRSPs. The parties were intermittently represented

**Nancy Rick aussi connue sous le nom de Nancy Rick** *Appelante*

c.

**Berend Brandsema aussi connu sous le nom de Ben Brandsema et Brandy Farms Inc.** *Intimés*

et

**Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : RICK c. BRANDSEMA**

**Référence neutre : 2009 CSC 10.**

N° du greffe : 32098.

2008 : 14 octobre; 2009 : 19 février.

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

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

*Droit de la famille — Biens familiaux — Accords de séparation — Caractère abusif — Versement d'un paiement d'égalisation négocié ne reflétant ni les objectifs de la loi applicable ni l'intention des parties de se diviser les biens en parts égales en raison de l'exploitation délibérée par l'époux de la fragilité mentale de l'épouse et de la communication délibérée par le premier de renseignements financiers trompeurs — L'accord de séparation avait-il un caractère abusif? — Rôle de l'aide professionnelle pour contrebalancer la vulnérabilité d'une partie.*

*Droit de la famille — Accords de séparation — Obligation de communication franche et complète de l'information lors de la négociation des accords de séparation.*

*Contrats — Caractère abusif — Réparation — Indemnisation en equity.*

Les parties se sont mariées en 1973 et se sont séparées en 2000. Pendant leurs 29 années de vie commune, les parties ont eu cinq enfants et acquis une ferme laitière dont elles étaient actionnaires à parts égales. Elles ont aussi acquis des véhicules et des biens immeubles,

by lawyers and also used the services of mediators during their negotiation of a separation agreement. Approximately a year after their divorce, the wife sought to set aside the agreement on the grounds of unconscionability or, in the alternative, a reapportionment order under s. 65 of British Columbia's *Family Relations Act*. The trial judge found that the agreement was unconscionable because the husband had exploited the wife's mental instability during negotiations and had deliberately concealed or under-valued assets. This resulted in the wife receiving significantly less than her entitlement under the Act, despite the fact that it was the parties' express intention to divide their assets equally. As a result, the trial judge made an order awarding the wife an amount representing the difference between the negotiated equalization payment and the amount she was entitled to under the Act. The Court of Appeal disagreed with the trial judge's conclusions about the extent of the wife's vulnerabilities and concluded that, in any event, they were effectively compensated for by the availability of counsel.

*Held:* The appeal should be allowed.

The singularly emotional environment that follows the disintegration of a spousal relationship means that the negotiation of separation agreements takes place in a uniquely difficult and vulnerable context. Special care must therefore be taken to ensure that the assets of the former relationship are distributed through a process that is, to the extent possible, free from informational and psychological exploitation. Where exploitation results in an agreement that deviates substantially from the objectives of the governing legislation, the resulting agreement may be found to be unconscionable and, as a result, unenforceable. [1] [44] [47]

While parties are generally free to decide for themselves what bargain they are prepared to make, decisions about what constitutes an acceptable settlement can only authoritatively be made if both parties come to the negotiating table with the information they need to consider what concessions to accept or offer. This requires that there be a duty on separating spouses to provide full and honest disclosure of all relevant financial information in order to help protect the integrity of the negotiating process. This duty not only anchors the ability of separating spouses to genuinely decide for themselves what constitutes an acceptable bargain, it helps ensure the finality of agreements. An agreement

en plus de cotiser à des REÉR. Les parties ont été représentées de façon intermittente par des avocats et ont également fait appel à des médiateurs durant la négociation d'un accord de séparation. Environ un an après le divorce, l'épouse a demandé l'annulation de l'accord, invoquant son caractère abusif. À défaut de l'annulation, elle demandait au tribunal d'ordonner une nouvelle répartition des biens en vertu de l'art. 65 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique. Le juge du procès a conclu que l'accord était abusif, parce que le mari avait exploité l'instabilité mentale de son épouse lors des négociations et avait délibérément caché ou sous-évalué certains biens. L'épouse a en conséquence reçu une somme nettement inférieure à celle à laquelle elle avait droit en vertu de la loi pertinente, malgré l'intention expresse des parties de se diviser leurs biens en parts égales. Le juge du procès a donc ordonné au mari de verser à l'épouse une somme correspondant à la différence entre le paiement d'égalisation négocié et la somme à laquelle l'épouse avait droit en vertu de la loi. La Cour d'appel n'a pas souscrit aux conclusions du juge du procès quant au degré de vulnérabilité de l'épouse et a conclu que, quoi qu'il en soit, cette vulnérabilité avait été contrebalancée par la possibilité qu'avait eue cette dernière de recourir aux services d'avocats.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Vu le contexte particulièrement émotionnel qui caractérise la rupture du lien conjugal, la négociation des accords de séparation se déroule dans des circonstances de vulnérabilité particulièrement difficiles. Il importe donc de veiller à ce que, dans la mesure du possible, le partage des biens des conjoints résulte d'un processus d'où sont absentes l'exploitation psychologique et l'exploitation liée au déficit d'information. Lorsque de telles situations d'exploitation entraînent la conclusion d'un accord dérogeant dans une mesure importante aux objectifs du texte de loi régissant la question, cet accord peut être jugé abusif et, de ce fait, inapplicable. [1] [44] [47]

Bien que les parties soient en général libres de décider elles-mêmes de l'accord qu'elles sont disposées à conclure, ce n'est que si les deux parties abordent les négociations avec les renseignements nécessaires pour envisager l'acceptation ou l'offre de concessions qu'elles sont alors en mesure de décider de façon concluante ce qui constitue un accord acceptable. Ainsi, la protection de l'intégrité du processus de négociation suppose une obligation pour les époux en instance de séparation de communiquer franchement et complètement tous les renseignements financiers pertinents. Cette obligation permet non seulement aux époux en instance de séparation de véritablement décider par eux-mêmes de ce

negotiated with full and honest disclosure and without exploitative tactics will likely survive judicial scrutiny. [45-49]

Whether defective disclosure will justify judicial intervention, however, will depend on the circumstances of each case, including the extent of the misinformation and the degree to which it may have been deliberately generated. [49]

There is no reason to disturb the trial judge's conclusion that the separation agreement was unconscionable. His findings about the husband's defective disclosure and exploitation of his wife's known mental vulnerabilities, support the conclusion. Although in some cases professional assistance will effectively compensate for vulnerabilities, in this case the trial judge concluded that the wife's mental instability left her unable to make use of such assistance. [2] [6] [27-28] [31] [36] [58-60] [62]

The husband's failure to make full and honest disclosure, his knowledge that the negotiations were based on erroneous financial information, as well as his exploitation of what he knew to be his wife's profound mental instability, resulted in a negotiated equalization payment that was \$649,680 less than the wife's entitlement under the *Family Relations Act*. In these circumstances, the trial judge was entitled to award this amount to compensate the wife for the loss caused by the unconscionable bargain. [6] [27-28] [31] [53] [63] [69]

### Cases Cited

**Applied:** *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; **referred to:** *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *T. (T.L.A.) v. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51; *Chen v. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL); *W. (C.E.) v. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101; *Zhu v. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281; *Elliott v. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL); *Chepil v. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL); *Hartshorne v. Hartshorne*, 2004 SCC 22, [2004] 1 S.C.R. 550; *Leopold v. Leopold* (2000), 51 O.R. (3d)

qui constitue un accord acceptable, mais contribue également au caractère définitif des accords. Un accord négocié dans un climat de communication franche et complète de l'information et sans qu'il y ait eu recours à des tactiques relevant de l'exploitation survivra vraisemblablement à l'examen des tribunaux. [45-49]

Cependant, la question de savoir si une communication défectueuse de l'information justifiera l'intervention d'un tribunal dépendra des circonstances propres à chaque espèce — notamment l'ampleur de la communication de renseignements qui induisent en erreur et la mesure dans laquelle cette communication est jugée avoir été commise de façon délibérée. [49]

Rien ne justifie de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accord de séparation était abusif. Ses constatations selon lesquelles le mari a procédé à une communication défectueuse et exploité la vulnérabilité mentale de son épouse, état qui était connu, appuient cette conclusion. Bien que, dans certains cas, l'aide de professionnels contrebalance effectivement la vulnérabilité, en l'espèce, le juge du procès a conclu que l'instabilité mentale de l'épouse avait rendu celle-ci incapable d'utiliser cette aide professionnelle. [2] [6] [27-28] [31] [36] [58-60] [62]

Le fait que le mari n'ait pas communiqué l'information de manière franche et complète, qu'il ait su que les négociations étaient fondées sur des renseignements financiers erronés et qu'il ait profité de la profonde instabilité mentale de son épouse, état qu'il connaissait, a entraîné la négociation d'un paiement d'égalisation inférieur de 649 680 \$ à ce que l'épouse était en droit de recevoir en vertu de la *Family Relations Act*. Dans ces circonstances, le juge du procès était fondé à accorder cette somme afin d'indemniser l'épouse pour la perte causée par l'entente abusive. [6] [27-28] [31] [53] [63] [69]

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; **arrêts mentionnés :** *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *T. (T.L.A.) c. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51; *Chen c. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL); *W. (C.E.) c. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101; *Zhu c. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281; *Elliott c. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL); *Chepil c. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL); *Hartshorne c. Hartshorne*, 2004 CSC 22, [2004] 1 R.C.S. 550; *Leopold c. Leopold* (2000), 51

275; *Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920; *Russell v. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL); *Dowling v. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59; *Starkman v. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19; *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *McCowan v. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325; *Thomsett v. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427; *Shackleton v. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459; *Schlenker v. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436; *McGregor v. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL); *Huddersfield Banking Co. v. Henry Lister & Son Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273; *Monarch Construction Ltd. v. Buildveco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164; *R.L.S. v. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL); *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1; *S-244 Holdings Ltd. v. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34; *Treadwell v. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137; *Paris v. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723; *Junkin v. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

#### Statutes and Regulations Cited

*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 56, 65, 66(2)(c).

#### Authors Cited

Bryan, Penelope Eileen. “Women’s Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion” (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153.  
 Fraser, Peter, John W. Horn, and Susan A. Griffin. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, vol. 2, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2007 (loose-leaf ed. updated May 2008, release 2).  
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.  
 Martin, Craig. “Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law” (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.  
 McCamus, John D. “Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments » in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 295.  
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto: Irwin Law, 2005.  
 Neave, Marcia. “Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of ‘The Role of Private Ordering in Family Law’” (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.  
 Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. “Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*” (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49.

O.R. (3d) 275; *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920; *Russell c. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL); *Dowling c. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59; *Starkman c. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19; *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *McCowan c. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325; *Thomsett c. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427; *Shackleton c. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459; *Schlenker c. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436; *McGregor c. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL); *Huddersfield Banking Co. c. Henry Lister & Son Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273; *Monarch Construction Ltd. c. Buildveco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164; *R.L.S. c. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL); *Dusik c. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1; *S-244 Holdings Ltd. c. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34; *Treadwell c. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137; *Paris c. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723; *Junkin c. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

#### Lois et règlements cités

*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 56, 65, 66(2)c).  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 15.2.

#### Doctrine citée

Bryan, Penelope Eileen. « Women’s Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion » (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153.  
 Fraser, Peter, John W. Horn, and Susan A. Griffin. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, vol. 2, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2007 (loose-leaf ed. updated May 2008, release 2).  
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.  
 Martin, Craig. « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.  
 McCamus, John D. « Equitable Compensation and Restitutionary Remedies : Recent Developments » in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995 : Law of Remedies*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995, 295.  
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto : Irwin Law, 2005.  
 Neave, Marcia. « Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of “The Role of Private Ordering in Family Law” » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.  
 Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2005.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Thackray, Lowry and Chiasson J.J.A.), 2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352, 281 D.L.R. (4th) 517, 240 B.C.A.C. 31, 69 B.C.L.R. (4th) 56, [2007] B.C.J. No. 767 (QL), 2007 CarswellBC 778, allowing the appeal and dismissing the cross-appeal from a decision of Slade J., 2006 BCSC 595, 26 R.F.L. (6th) 293, [2006] B.C.J. No. 850 (QL), 2006 CarswellBC 934. Appeal allowed.

*Philip Epstein, Q.C., Jack Hittrich and Janette Kovacs*, for the appellants.

*Georgiale A. Lang, Benjamin J. Ingram and Heather M. Dale*, for the respondents.

*Nitya Iyer and Joanna Radbord*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — This Court has frequently recognized that negotiations following the disintegration of a spousal relationship take place in a uniquely difficult context. The reality of this singularly emotional negotiating environment means that special care must be taken to ensure that, to the extent possible, the assets of the former relationship are distributed through negotiations that are free from informational and psychological exploitation.

[2] After a long and difficult marriage, the parties in this case negotiated and signed a separation agreement. Based on the test outlined by this Court in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, the trial judge determined that the agreement was unconscionable because the negotiation process was severely flawed and the resulting settlement deviated substantially from the objectives of the governing legislation. He found that the wife was mentally unstable at the time the agreement was negotiated and executed, and that the husband took advantage of this “very significant” vulnerability by agreeing to a bargain he knew was based

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Thackray, Lowry et Chiasson), 2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352, 281 D.L.R. (4th) 517, 240 B.C.A.C. 31, 69 B.C.L.R. (4th) 56, [2007] B.C.J. No. 767 (QL), 2007 CarswellBC 778, qui a accueilli l’appel et rejeté l’appel incident formés contre une décision du juge Slade, 2006 BCSC 595, 26 R.F.L. (6th) 293, [2006] B.C.J. No. 850 (QL), 2006 CarswellBC 934. Pourvoi accueilli.

*Philip Epstein, c.r., Jack Hittrich et Janette Kovacs*, pour l’appelante.

*Georgiale A. Lang, Benjamin J. Ingram et Heather M. Dale*, pour les intimés.

*Nitya Iyer et Joanna Radbord*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Notre Cour a à maintes reprises reconnu que les négociations consécutives à la rupture du lien conjugal ont lieu dans des circonstances particulièrement difficiles. En raison de ce contexte particulièrement émotionnel, il importe de veiller à ce que, dans la mesure du possible, le partage des biens des conjoints résulte de négociations d’où sont absentes l’exploitation psychologique et l’exploitation liée au déficit d’information.

[2] Après un long et difficile mariage, les parties ont négocié et signé un accord de séparation. Appliquant le critère énoncé par notre Cour dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, le juge du procès a estimé que l’accord était abusif : le processus de négociation était gravement vicié et l’entente qui en avait résulté dérogeait considérablement aux objectifs du texte de loi régissant la question. Le juge a conclu que l’épouse était mentalement instable lors de la négociation et de la signature de l’accord. Il a également conclu que le mari avait profité de cette [TRADUCTION] « très grande vulnérabilité » en donnant son accord



on misleading financial information, due in part to his own deliberate non-disclosure.

[3] The Court of Appeal reversed most of the trial judge's findings, concluding instead that the wife's vulnerabilities were effectively compensated for by the availability of professional assistance, and that the husband had no obligation to refrain from agreeing to an equalization payment for his wife that was in his own best interests.

[4] This appeal, therefore, attracts a spotlight to the duties owed by separating spouses during the process of negotiating and executing a separation agreement for the division of matrimonial assets. In *Miglin*, based on the inherent vulnerability of spouses during negotiations, this Court stated that in order to safeguard a separation agreement from judicial intervention, a spouse must refrain from using exploitative tactics. It held that the failure to do so, particularly if the agreement fails to materially comply with the objectives of the governing legislation, could well result in the agreement being set aside.

[5] The circumstances of this case move us to consider the implications flowing from *Miglin* for the deliberate failure of a spouse to provide all the relevant financial information in negotiations for the division of assets. In my view, it is a corollary to the realities addressed by this Court in *Miglin* that there be a duty to make full and honest disclosure of such information when negotiating separation agreements.

[6] The husband's exploitative conduct, both in failing to make full and honest disclosure and in taking advantage of what he knew to be his wife's mental instability, resulted in a finding of unconscionability. The trial judge accordingly ordered that the wife be compensated in an amount representing the difference between her negotiated equalization payment and her entitlement under British Columbia's *Family Relations Act*, R.S.B.C.

à une entente qu'il savait fondée sur des renseignements financiers qui étaient trompeurs, en partie parce qu'il avait lui-même délibérément dissimulé certains faits.

[3] La Cour d'appel a infirmé la plupart des conclusions du juge du procès. Elle a plutôt jugé que la vulnérabilité de l'épouse avait été contrebalancée par la possibilité qu'avait eue cette dernière d'obtenir de l'aide professionnelle, et que le mari n'avait pas l'obligation de s'abstenir de donner son accord au versement à sa femme d'un paiement d'égalisation qui était à son avantage à lui.

[4] Ce pourvoi appelle donc l'attention sur les obligations des époux pendant le processus de négociation et de signature d'un accord de séparation concernant le partage des biens matrimoniaux. Dans *Miglin*, notre Cour a statué que, en raison de la vulnérabilité inhérente des conjoints pendant de telles négociations, ceux-ci doivent éviter de recourir à des tactiques relevant de l'exploitation s'ils veulent mettre l'accord de séparation à l'abri de l'intervention des tribunaux. Faute de quoi l'accord risque d'être invalidé, surtout s'il ne respecte pas pour l'essentiel les objectifs des dispositions législatives en la matière.

[5] Les faits de la présente affaire nous amènent à examiner les implications de l'arrêt *Miglin* lorsque, délibérément, un époux ne fournit pas tous les renseignements financiers pertinents pendant les négociations sur le partage des biens. À mon avis, les réalités abordées par notre Cour dans *Miglin* ont pour corollaire l'existence d'une obligation de communication franche et complète des renseignements de cette nature lors de la négociation des accords de séparation.

[6] Le juge du procès a conclu au caractère abusif de l'accord, parce que le mari avait exploité son épouse, d'une part en ne lui communiquant pas l'information de manière franche et complète, et, d'autre part, en profitant de l'instabilité mentale de cette dernière, état qu'il connaissait. Le juge a par conséquent ordonné que soit versée à l'épouse, à titre d'indemnisation, une somme correspondant à la différence entre le paiement d'égalisation négocié

1996, c. 128. On the facts and law, I see no reason to disturb his conclusion.

### Background

[7] Nancy Rick and Berend Brandsema were married in 1973. She was 18 and he was 19. They separated in February 2000 but lived in the same house until late summer or early fall of that year. They were divorced in January 2002. In December 2001, they signed a separation agreement, the validity of which is the subject of this case.

[8] Over the course of their 29 years together, they acquired land and established a dairy farm, Brandy Farms Inc., of which they were equal shareholders. They also acquired vehicles, RRSPs and real property, all of which were part of the family assets. They had five children, one of whom died in early childhood, and two of whom were under the age of 19 at the date of separation. During their lives together, the wife was primarily a homemaker, but also contributed to the operation of the farm.

[9] After their separation, Brandy Farms Inc. provided funds to the wife to purchase a home for \$188,000. The husband facilitated this transaction on condition that the wife resign her position as director and officer of the company. Both parties had continued access to funds held by the company until they entered into the separation agreement.

[10] After the separation, the wife retained a lawyer who commenced divorce proceedings on October 17, 2000. Four months later, in February 2001, the parties engaged the services of a mediator. In the course of the mediation, conducted without lawyers, a schedule of Brandy Farms Inc.'s assets and liabilities was provided by the husband.

en sa faveur et ce qu'elle était en droit de recevoir en vertu de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128 (« *Loi sur les relations familiales* »). En fait et en droit, je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

### Contexte

[7] Nancy Rick et Berend Brandsema se sont mariés en 1973. Elle avait alors 18 ans, lui 19. Ils se sont séparés en février 2000, mais ont vécu dans la même maison jusqu'à la fin de l'été ou au début de l'automne de la même année. Ils ont divorcé en janvier 2002. En décembre 2001, ils ont conclu un accord de séparation dont la validité fait l'objet du présent pourvoi.

[8] Pendant les 29 années qu'ils ont passées ensemble, ils ont acquis des terres et mis sur pied une ferme laitière, Brandy Farms Inc., dont ils étaient actionnaires à parts égales. Ils ont aussi acheté des véhicules et des biens immeubles et cotisé à des REÉR, tous ces biens faisant partie des biens familiaux. Le couple a eu cinq enfants, dont l'un est mort en bas âge et deux étaient âgés de moins de 19 ans à la date de la séparation. Pendant les années où ils ont vécu ensemble, l'épouse s'est principalement consacrée à son rôle de femme au foyer, mais elle a aussi participé à l'exploitation de la ferme.

[9] Après leur séparation, Brandy Farms Inc. a versé de l'argent à l'épouse pour l'acquisition d'une maison au prix de 188 000 \$. Le mari a acquiescé à cette opération, en posant comme condition que son épouse démissionne de son poste d'administratrice et de dirigeante de la société. Les deux parties ont eu constamment accès aux fonds détenus par la société jusqu'à la conclusion de l'accord de séparation.

[10] Après la séparation, l'épouse a retenu les services d'un avocat, qui a engagé une action en divorce le 17 octobre 2000. Quatre mois plus tard, en février 2001, les parties ont fait appel à un médiateur. Pendant la médiation, qui s'est déroulée sans la présence d'avocats, le mari a fourni un état de l'actif et du passif de Brandy Farms Inc.

[11] It was the parties' undisputed intention to divide their assets equally.

[12] The mediator prepared a memorandum of understanding, stating that the husband would keep Brandy Farms Inc. and another dairy farm business, while the wife would retain the house she had purchased and receive the sum of \$750,000 "in order to equalize the parties' net family property and assets".

[13] The memorandum also stated that there would be no spousal support.

[14] In May 2001, the wife asked the lawyer she had retained to start the divorce proceedings to review the unsigned memorandum prepared as a result of this first set of negotiations. Between May and August 2001, he made repeated requests of the husband's lawyer for the production of a Form 89 financial statement.

[15] The parties entered into discussions with a new mediator in the fall of 2001, again without lawyers. The husband's Form 89 was provided in late September 2001. The net value for the assets of Brandy Farms Inc. listed by the husband on the Form 89 was approximately \$300,000 more than the value he had presented during the February mediation that had resulted in the wife seeking a \$750,000 equalization payment.

[16] A second memorandum of understanding was agreed to and signed on October 10, 2001. With the exception of a provision dealing with child support, it was substantially the same as the memorandum negotiated in February 2001, including the equalization payment to the wife of \$750,000.

[17] After this memorandum of understanding was signed, the second mediator put the wife in touch with another lawyer, who obtained the first lawyer's file. The wife informed the second mediator that her intention had been to proceed in two phases: first to sign a separation agreement to meet her basic needs, and then to obtain "justice".

[11] Les parties ont toutes deux reconnu avoir eu l'intention de se diviser leurs biens en parts égales.

[12] Le médiateur a préparé un protocole d'entente stipulant que le mari demeurerait propriétaire de Brandy Farms Inc. et d'une autre ferme laitière, tandis que l'épouse conserverait la maison qu'elle avait achetée et recevrait la somme de 750 000 \$ [TRADUCTION] « pour l'égalisation de la valeur nette des biens familiaux des parties ».

[13] Le protocole stipulait également qu'aucune pension alimentaire ne serait versée.

[14] En mai 2001, l'épouse a demandé à l'avocat dont elle avait retenu les services pour l'action en divorce d'examiner le protocole non signé issu des premières négociations. De mai à août 2001, l'avocat de l'épouse a demandé à plusieurs reprises à celui du mari de produire un état financier conforme au formulaire 89.

[15] Les parties ont amorcé des discussions avec un nouveau médiateur à l'automne 2001, cette fois encore sans la présence d'avocats. Le mari a remis le formulaire 89 à la fin du mois de septembre 2001. La valeur nette des actifs de Brandy Farms Inc. énumérés par le mari dans le formulaire 89 dépassait d'environ 300 000 \$ la valeur qu'il avait mentionnée au cours de la médiation du mois de février, à l'issue de laquelle l'épouse avait demandé un paiement d'égalisation de 750 000 \$.

[16] Les parties se sont entendues sur un deuxième protocole d'entente, qu'elles ont signé le 10 octobre 2001. À l'exception d'une clause concernant la pension alimentaire pour enfants, ce protocole correspondait en gros à celui négocié en février 2001, y compris en ce qui a trait au paiement d'égalisation de 750 000 \$ à l'épouse.

[17] Après la signature de ce protocole d'entente, le deuxième médiateur a dirigé l'épouse vers un autre avocat, qui s'est procuré le dossier de son prédécesseur. L'épouse a indiqué au deuxième médiateur qu'elle avait eu l'intention de procéder en deux étapes : d'abord signer un accord de séparation qui lui permettrait de subvenir à ses besoins essentiels, puis obtenir « justice ».



[18] The trial judge surmised that the second lawyer saw his responsibilities as extending only to seeing that the terms of the memorandum of understanding were incorporated into a binding agreement and that the terms of that agreement were implemented.

[19] Before the signing of the separation agreement, the husband hired accountants to structure the transfer of shares in Brandy Farms Inc. in a way that minimized tax consequences. The resulting transaction involved the transfer by both the wife and the husband of all of their shares to a new company, which was to be indirectly controlled by the husband. The wife was to receive the \$750,000 equalization payment less \$19,000 for her one-half share of the cost of the accountants' services.

[20] The separation agreement was signed on December 13, 2001. By mutual agreement, the wife's lump sum payment of \$750,000 was not mentioned in the agreement. The trial judge found that this payment was most likely omitted because its inclusion would compromise the ability to claim that the share purchase transaction was at arm's length.

[21] On January 17, 2002, the parties were divorced and a consent order, prepared by the wife's lawyer, was granted dismissing the wife's claims against the husband. In February 2002, the paperwork to effect the tax plan and terms of the separation agreement was completed.

[22] On March 6, 2003, the wife sought to set aside the separation agreement and related share transfer agreement on the grounds of unconscionability and misrepresentation. In the alternative, she sought relief under s. 65 of the *Family Relations Act*.

[23] The husband's argument had been that his wife's negotiating tactics were deliberate and manipulative. The trial judge, Slade J., rejected this view (2006 BCSC 595, 26 R.F.L. (6th) 293). After

[18] Le juge du procès a présumé que, aux yeux du deuxième avocat, son mandat se limitait à s'assurer que les conditions énoncées dans le protocole d'entente soient incorporées dans un accord liant les parties et que les clauses de celui-ci soient mises en œuvre.

[19] Avant la signature de l'accord de séparation, le mari a confié à des comptables la tâche d'organiser le transfert des actions de Brandy Farms Inc. de manière à en diminuer le plus possible les conséquences fiscales. L'opération a entraîné le transfert de toutes les actions de l'épouse et du mari à une nouvelle société, qui serait contrôlée indirectement par le mari. Il était prévu que l'épouse recevrait le paiement d'égalisation de 750 000 \$, moins la somme de 19 000 \$ pour couvrir la moitié des honoraires des comptables.

[20] L'accord de séparation a été signé le 13 décembre 2001. D'un commun accord, la somme forfaitaire de 750 000 \$ destinée à l'épouse n'y était pas mentionnée. Le juge du procès a conclu que ce silence tenait très probablement à ce que la mention de ce paiement aurait compromis la possibilité de soutenir que l'opération d'acquisition des actions était effectuée entre des parties sans lien de dépendance.

[21] Le 17 janvier 2002, les parties ont divorcé et une ordonnance sur consentement rejetant les demandes de l'épouse — ordonnance préparée par l'avocat de celle-ci — a été prononcée. En février 2002, les documents donnant effet à l'opération fiscale et à l'accord de séparation ont été finalisés.

[22] Le 6 mars 2003, l'épouse a demandé l'annulation de l'accord de séparation et de la convention connexe sur le transfert d'actions, invoquant leur caractère abusif et la communication de faux renseignements. À défaut, elle demandait réparation en vertu de l'art. 65 de la *Loi sur les relations familiales*.

[23] Le mari a soutenu que les tactiques de négociation de son épouse revêtaient un caractère délibéré et manipulateur. En première instance, le juge Slade a rejeté cet argument (2006 BCSC 595,

17 days of trial, he found that at the time of the separation, the wife was a “deeply troubled person”, and that her “perception of reality [was] very significantly affected by an unhealthy condition of the mind” (para. 27). In arriving at this conclusion, the trial judge relied in part on the opinion of a psychiatrist that the wife had a “long-standing psychiatric disorder” (para. 26). He found that her “mental condition rendered her vulnerable” during the negotiating process. He concluded that her conduct, including her evidence that she had a two-stage litigation strategy (to secure funds to meet her basic needs and then later to obtain “justice”), was evidence of her “misguided understanding of the legal processes available to her” (para. 112).

[24] The husband himself informed his lawyer of his wife’s mental instability, describing her as “paranoid and delusional” (para. 87). The wife’s brother also testified that the wife had been “acting differently” for the past four or five years, and that her mental state “was quite a big question mark at times” (para. 86).

[25] It was revealed at trial that a week before the wife vacated the matrimonial home, the husband had written a cheque to himself from the parties’ joint account for the sum of \$79,954.36. He did not deposit this amount into the account of Brandy Farms Inc. until February 2002, a month after the parties were divorced. He had also advanced \$154,000 to the wife’s brother, a close friend of his. This money was deposited into term deposits in the brother’s name in July and August 2001, then redeemed by the husband and deposited into his own personal bank account in November 2001.

[26] These additional funds totalled almost a quarter of a million dollars. There was no mention of them in the husband’s sworn Form 89, nor was their existence ever disclosed to the wife during any of the negotiations.

26 R.F.L. (6th) 293). Après 17 jours de procès, il a conclu qu’à l’époque de la séparation l’épouse était [TRADUCTION] « une personne profondément perturbée », dont la « perception de la réalité [était] considérablement altérée par des problèmes psychologiques » (par. 27). Pour arriver à cette conclusion, le juge du procès s’est notamment fondé sur l’opinion d’un psychiatre selon qui l’épouse présentait [TRADUCTION] « depuis longtemps un trouble psychique » (par. 26). Il a estimé que son [TRADUCTION] « état mental la rendait vulnérable » pendant les négociations. Il a conclu que son comportement, notamment sa déclaration selon laquelle elle avait une stratégie judiciaire en deux étapes (obtenir d’abord les fonds nécessaires pour subvenir à ses besoins essentiels, puis obtenir « justice »), témoignait de sa [TRADUCTION] « compréhension erronée des recours juridiques à sa disposition » (par. 112).

[24] Le mari avait lui-même informé son avocat de l’instabilité mentale de son épouse, qui selon lui était [TRADUCTION] « paranoïaque et avait des idées délirantes » (par. 87). Le frère de l’épouse a témoigné et dit lui aussi que, depuis quatre ou cinq ans, cette dernière [TRADUCTION] « se comportait différemment » et qu’on pouvait « parfois s’interroger sérieusement » (par. 86) sur son état mental.

[25] Il a été révélé, pendant le procès, qu’une semaine avant que l’épouse quitte le foyer conjugal, le mari avait tiré sur leur compte conjoint, à son propre nom, un chèque de 79 954,36 \$. Ce n’est qu’en février 2002, un mois après le prononcé du divorce, qu’il avait déposé cette somme dans le compte de Brandy Farms Inc. Il avait également avancé la somme de 154 000 \$ au frère de son épouse, dont il était un ami proche. L’argent avait été placé dans des dépôts à terme au nom du frère de l’épouse en juillet et en août 2001, puis retiré par le mari et déposé dans son propre compte bancaire personnel en novembre 2001.

[26] Ces fonds additionnels totalisaient environ un quart de million de dollars. Le mari n’en avait pas fait état dans le formulaire 89 produit sous serment, et leur existence n’avait jamais été portée à la connaissance de l’épouse pendant les négociations.

[27] The trial judge concluded that the husband knowingly presented misleading financial information to his wife at the outset of negotiations by placing values on the assets of Brandy Farms Inc. that were not based on independent valuations; by exaggerating the company's corporate debt figure; by claiming an inappropriate tax liability in connection with the company; by significantly underrepresenting the value of two additional properties in which the parties had a one-half interest; and by failing to divulge either the \$154,000 temporarily transferred to the wife's brother or the cheque for almost \$80,000 drawn on the parties' joint account and eventually deposited to Brandy Farms Inc.'s account after the completion of the settlement transactions.

[28] He also found that the husband, whom he described as an "astute and experienced businessman", was, throughout the negotiations, "well aware of [his wife's] disordered thinking" and "impetuous behaviours" (para. 113). He concluded that the husband knowingly took advantage of these vulnerabilities by accepting an agreement based on what he alone knew to be erroneous financial information, resulting in an "equalization payment" that fell \$649,680 short of the wife's entitlement under British Columbia's matrimonial property legislation, despite the parties' undisputed intention that the family assets be divided equally, stating:

In the unique legal context of the negotiations to settle interests in family assets, where there is a presumptive principle of equality, the seizing of an advantage that will lead to the unequal allocation of asset values offends the conscience. [para. 113]

[29] The Court of Appeal reversed most of the trial judge's findings of fact and credibility (2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352). While conceding that the wife was a troubled woman, the court rejected the trial judge's finding that her mental instability impeded her ability to understand the

[27] Le juge du procès a conclu que le mari avait sciemment présenté des renseignements financiers trompeurs à son épouse au début des négociations en attribuant aux éléments d'actif de Brandy Farms Inc. des valeurs non basées sur des évaluations indépendantes; en gonflant le montant des dettes de la société; en alléguant sans justification une dette fiscale liée à la société; en sous-estimant nettement la valeur de deux autres propriétés appartenant pour moitié aux parties; en omettant de mentionner tant la somme de 154 000 \$ temporairement transférée au frère de l'épouse, que le chèque de près de 80 000 \$ tiré sur le compte conjoint des parties, puis déposé dans le compte de Brandy Farms Inc. une fois complétées les opérations relatives à l'accord.

[28] Le juge de première instance a en outre conclu que le mari — qu'il a décrit comme un [TRADUCTION] « homme d'affaires habile et expérimenté » — était, tout au long des négociations, [TRADUCTION] « bien au fait des pensées désordonnées [de son épouse] » et de son « comportement impétueux » (par. 113). De l'avis du juge, le mari avait sciemment profité de la vulnérabilité de son épouse en acceptant un accord fondé sur ce que lui seul savait être des renseignements financiers erronés et qui s'était traduit par un [TRADUCTION] « paiement d'égalisation » de 649 680 \$ inférieur à ce que l'épouse était en droit de recevoir en vertu de la législation de la Colombie-Britannique sur les biens matrimoniaux, malgré l'intention commune incontestée des parties de se diviser les biens familiaux en parts égales. Le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le cadre juridique tout à fait particulier des négociations visant à concilier les intérêts des parties dans les biens familiaux, où le principe d'égalité est présumé s'appliquer, voir une partie se donner un avantage qui entraînera un partage inégal de la valeur des biens heurte la conscience. [par. 113]

[29] La Cour d'appel a infirmé la plupart des conclusions du juge première instance touchant les faits et la crédibilité (2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352). Tout en concédant que l'épouse était une femme perturbée, la cour a rejeté la conclusion du juge du procès selon laquelle son instabilité mentale

negotiation process or the legal processes available to her, concluding instead that “it [was] clear that she knew what she was doing” (para. 52). It also concluded that any vulnerability the wife had was adequately addressed and compensated for by the availability of professional assistance. Since the husband was not responsible for the wife’s failure to make effective use of the services available to her, he had no “inchoate obligation” to refrain from accepting a proposal that was in his best interests (para. 61). The court accordingly allowed the husband’s appeal.

### Analysis

[30] It is inherent in disputes generally, and matrimonial conflicts in particular, that parties have inconsistent versions of the underlying events. It is the trial judge’s job as judicial historian to sift through the record, watch and listen to the parties, and determine which version of disputed events is the most reliable. Findings of fact and factual inferences made at trial, as a result, are not to be reversed unless there is “palpable and overriding error”, or a fundamental mischaracterization or misappreciation of the evidence (*Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10-18; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 52-76).

[31] The trial judge in this case concluded that the wife’s “perception of reality” was “very significantly” affected by an “unhealthy condition of the mind” and that she was a “deeply troubled person”. He found that her mental instability was not only manifest at the time of separation, but also persisted throughout the negotiation, execution and implementation of the separation agreement. This led him to conclude that the husband, by accepting a settlement offer he knew was based on misleading financial information, knowingly exploited his

la rendait moins apte à comprendre le processus de négociation ou les recours juridiques à sa disposition, jugeant plutôt qu’[TRADUCTION] « il [était] clair qu’elle savait ce qu’elle faisait » (par. 52). Elle a également conclu que, même en supposant l’existence d’une certaine vulnérabilité de l’épouse, cette vulnérabilité avait été adéquatement contrebalancée par l’aide professionnelle à laquelle elle avait accès. Comme le mari n’était pas responsable du fait que son épouse n’utilisait pas efficacement les services auxquels elle avait accès, il n’avait aucune [TRADUCTION] « obligation inchoative » de s’abstenir d’accepter une proposition qui lui était avantageuse (par. 61). Pour ces motifs, la cour a fait droit à l’appel interjeté par le mari.

### Analyse

[30] Il est de la nature même des conflits en général, et des conflits conjugaux en particulier, que les parties n’aient pas la même version des faits à l’origine du différend. Il appartient au juge du procès, en tant qu’historien judiciaire, de passer au crible le dossier, d’observer et d’écouter les parties et de déterminer quelle version des faits est la plus digne de foi. Pour cette raison, les conclusions de fait et les inférences factuelles tirées pendant le procès ne sauraient être écartées que si une « erreur manifeste ou dominante » a été commise, ou si le juge du procès a commis des erreurs fondamentales dans la qualification ou l’appréciation de la preuve (*Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10-18; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 52-76).

[31] En l’espèce, le juge du procès a conclu que l’épouse avait une [TRADUCTION] « perception de la réalité » qui était « considérablement » altérée par des « problèmes psychologiques » et que cette dernière était une « personne profondément perturbée ». Il a jugé que l’instabilité mentale de l’épouse était non seulement évidente au moment de la séparation, mais avait persisté tout au long des négociations, de la signature et de la mise en œuvre de l’accord de séparation. Ce qui l’a amené à conclure que le mari, en acceptant une offre de règlement

wife's mental instability at the time the agreement was negotiated and executed.

[32] The Court of Appeal disregarded or rejected the factual underpinnings for the trial judge's legal analysis. In its view, "the extent to which there was a power imbalance . . . [was] questionable" (para. 47), and the wife's vulnerabilities either did not rise to the level of "mental incapacity" or were effectively compensated for by the availability of counsel and other professionals. As previously noted, its opinion was that the wife "was a troubled woman, but it is clear she knew what she was doing" (para. 52).

[33] These are appellate findings based on a theory of events that had been addressed and squarely rejected by the trial judge in his reasons as follows:

Counsel for the defendant argues that the facts reveal the plaintiff's plan to separate from the defendant, take what she could in an expedited settlement, then level false charges against him in an effort to have the matter reopened. I reject the defence theory. The plaintiff was, at the time of separation, a deeply troubled person. The evidence before me suggests that she remains so. Her behaviours in the course of the trial did not establish a basis for a contrary opinion. [para. 146]

[34] The trial judge's findings of fact are fully supported by the record. In analysing the legal issues in this case, therefore, I propose to rely on them.

[35] As previously noted, the wife's claim was that the agreement was unconscionable and therefore unenforceable under the common law of contract. No one challenged the availability in British Columbia of the contractual defence of unconscionability. If it was found to be enforceable, the wife's alternative claim was that the agreement was "unfair" pursuant to the lower threshold set out in

qu'il savait fondée sur des renseignements financiers trompeurs, avait sciemment exploité l'instabilité mentale de son épouse lors de la négociation et de la signature de l'accord.

[32] La Cour d'appel a rejeté l'assise factuelle de l'analyse juridique du juge du procès ou n'en a tenu aucun compte. À son avis, [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle il y avait un déséquilibre des forces [. . .] [était] discutable » (par. 47), et la vulnérabilité de l'épouse, soit n'atteignait pas le niveau de « l'incapacité mentale », soit avait été effectivement contrebalancée par l'aide professionnelle — juridique ou autre — à laquelle elle pouvait recourir. Comme je l'ai indiqué, la cour était d'avis que l'épouse [TRADUCTION] « était une femme perturbée, mais [qu']il [était] clair qu'elle savait ce qu'elle faisait » (par. 52).

[33] Ces conclusions de la Cour d'appel se fondent sur une thèse que le juge du procès avait examinée mais rejetée sans ambages dans ses motifs :

[TRADUCTION] Selon l'avocat du défendeur, la preuve démontre que la demanderesse avait conçu le plan de se séparer du défendeur et d'obtenir ce qu'elle pourrait d'un règlement rapide, pour ensuite porter des accusations mensongères contre lui en vue de faire rouvrir le dossier. Je rejette la thèse de la défense. La demanderesse était, au moment de la séparation, une personne profondément perturbée. La preuve présentée devant moi porte à croire qu'elle l'est toujours. Son comportement pendant le procès ne permet pas d'affirmer le contraire. [par. 146]

[34] Les conclusions de fait du juge du procès sont entièrement étayées par la preuve au dossier. Je me propose donc de m'appuyer sur ces conclusions pour procéder à l'analyse des questions juridiques que soulève la présente affaire.

[35] Comme je l'ai signalé précédemment, l'épouse faisait valoir que l'accord était abusif et, de ce fait, inapplicable selon les règles de common law régissant les contrats. Personne n'a contesté la possibilité d'invoquer, devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, le moyen de défense fondé sur le caractère abusif d'un contrat. Dans le cas où l'accord serait jugé valide, l'épouse soutenait, à titre



s. 65 of the *Family Relations Act* and should be varied accordingly.

[36] The trial judge found that the agreement was unconscionable. He was not, therefore, required to address s. 65. This is consistent with the approach taken by British Columbia courts, which have generally proceeded on the basis that s. 65 presupposes the existence of a valid contract. Only if the agreement is found to be enforceable, is its “fairness” assessed under s. 65 (see, e.g., *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (B.C.C.A.), at para. 29; *T. (T.L.A.) v. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51 (B.C.C.A.), at paras. 10-12; *Chen v. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL), at paras. 55-56; *W. (C.E.) v. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101, at paras. 109-10; *Zhu v. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281, at para. 105; *Elliott v. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL), at para. 30; *Chepil v. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL), at para. 47; *Hartshorne v. Hartshorne*, 2004 SCC 22, [2004] 1 S.C.R. 550, at para. 17).

[37] The issue before us therefore revolves around the trial judge’s conclusion that, based on the husband’s conduct in this case, the negotiated agreement was unconscionable and the wife should be compensated by an amount representing the difference between the negotiated “equalization payment” and her entitlement under the *Family Relations Act*.

[38] The trial judge relied on this Court’s decision in *Miglin*. The issue in that case was whether a divorced wife could seek spousal support under s. 15.2 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), several years after signing a separation agreement in which she had released all claims to support.

[39] While *Miglin* dealt with spousal support agreements in the context of a divorce, it nonetheless

subsidaire, qu’il était [TRADUCTION] « inéquitable » au regard du critère moins exigeant énoncé à l’art. 65 de la *Loi sur les relations familiales* et qu’il devait être modifié en conséquence.

[36] Le juge du procès a conclu que l’accord était abusif. Il n’avait donc pas à examiner l’argument fondé sur l’art. 65. Cette démarche est conforme à celle suivie par les tribunaux de la Colombie-Britannique, qui considèrent de façon générale que l’application de l’art. 65 présuppose l’existence d’un contrat valide. Ce n’est que dans les cas où l’accord est jugé applicable que son « caractère équitable » est apprécié au regard de l’art. 65 (voir, par exemple, *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (C.A.C.-B.), par. 29; *T. (T.L.A.) c. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51 (C.A.C.-B.), par. 10-12; *Chen c. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL), par. 55-56; *W. (C.E.) c. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101, par. 109-110; *Zhu c. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281, par. 105; *Elliott c. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL), par. 30; *Chepil c. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL), par. 47; *Hartshorne c. Hartshorne*, 2004 CSC 22, [2004] 1 R.C.S. 550, par. 17).

[37] La question dont nous sommes saisis tourne donc autour de la conclusion du juge du procès selon laquelle, étant donné le comportement du mari en l’espèce, l’accord négocié était abusif et l’épouse devait par conséquent se voir accorder à titre d’indemnisation une somme correspondant à la différence entre le « paiement d’égalisation » qui avait été négocié et la somme à laquelle elle avait droit en vertu de la *Loi sur les relations familiales* de la Colombie-Britannique.

[38] Le juge du procès s’est appuyé sur la décision rendue par notre Cour dans *Miglin*. Dans cette affaire, il s’agissait de déterminer si une épouse divorcée pouvait, en vertu de l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), demander des aliments plusieurs années après avoir signé un accord de séparation par lequel elle avait renoncé à toute créance alimentaire.

[39] Bien que l’arrêt *Miglin* concerne les ententes sur les aliments entre époux dans le contexte



offers guidance for the conduct of negotiations for separation agreements generally, including negotiations for the division of matrimonial assets.

[40] There is no doubt that separation agreements are negotiated between spouses on the fault line of one of the most emotionally charged junctures of their relationship — when it unravels. The majority in *Miglin* concluded that because of the uniqueness of this negotiating environment, bargains entered into between spouses on marriage breakdown are not, and should not be seen to be, subject to the same rules as those applicable to commercial contracts negotiated between two parties of equal strength:

The test should ultimately recognize the particular ways in which separation agreements generally and spousal support arrangements specifically are vulnerable to a risk of inequitable sharing at the time of negotiation and in the future. . . .

Negotiations in the family law context of separation or divorce are conducted in a unique environment . . . [at] a time of intense personal and emotional turmoil, in which one or both of the parties may be particularly vulnerable. [paras. 73-74]

[41] LeBel J., in his dissenting reasons in *Miglin*, additionally observed that the law must be sensitive to the “social and socio-economic realities” that shape parties’ roles in spousal relationships and have the potential to negatively impact settlement negotiations upon marriage breakdown. Wilson J. too noted these inherent vulnerabilities in *Leopold v. Leopold* (2000), 51 O.R. (3d) 275 (S.C.J.), where she said:

[F]or parties negotiating a separation agreement, one party may have power and dominance financially, or may possess power through influence over the children. . . . The reality . . . is that often both contracting parties are vulnerable emotionally, with their judgment and ability to plan diminished, without the other spouse preying upon or influencing the other. The complex

d’un divorce, il donne des indications quant à la façon de mener les négociations relatives aux accords de séparation en général, y compris les négociations sur le partage des biens matrimoniaux.

[40] Il ne fait aucun doute que les accords de séparation sont négociés par les époux à l’une des étapes les plus chargées d’émotions de leur relation, soit au moment où elle se défait. Dans *Miglin*, les juges de la majorité ont conclu que, en raison du cadre tout à fait particulier de ce type de négociations, les ententes conclues par des époux lors de la rupture du mariage ne sont pas et ne devraient pas être considérées comme régies par les règles applicables aux contrats commerciaux négociés par deux parties de force égale :

Le critère devrait reconnaître en définitive la façon particulière dont les accords de séparation, en général, et les arrangements en matière d’aliments entre époux, en particulier, comportent un risque de partage inéquitable lors de la négociation et plus tard. . .

Les négociations dans le contexte juridique d’une séparation ou d’un divorce se déroulent dans un cadre particulier [. . .] une période d’intenses bouleversements personnels et émotifs au cours de laquelle les parties, ou l’une d’elles, peuvent se sentir particulièrement vulnérables. [par. 73-74]

[41] Dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Miglin*, le juge LeBel a en outre signalé que le droit doit être sensible aux « réalités sociales et socio-économiques » qui façonnent les rôles des parties dans les relations conjugales et qui sont susceptibles d’avoir des incidences négatives sur la négociation d’un accord au moment de la rupture. La juge Wilson a elle aussi évoqué cette vulnérabilité inhérente dans *Leopold c. Leopold* (2000), 51 O.R. (3d) 275 (C.S.J.) :

[TRADUCTION] [P]our les parties qui négocient un accord de séparation, l’une peut avoir un pouvoir financier prédominant ou peut jouir d’un certain pouvoir grâce à son influence sur les enfants. [. . .] La réalité [. . .] est que souvent les deux parties contractantes sont vulnérables sur le plan émotif, leur jugement et leur capacité de planification diminués, sans que l’une cherche à nuire

marital relationship is full of potential power imbalance. [para. 128]

(See also M. Shaffer and C. Rogerson, “Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*” (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49, at p. 70.)

[42] Based on these realities, the Court in *Miglin* stated that judicial intervention would be justified where agreements were found to be procedurally and substantively flawed:

[W]here the parties have executed a pre-existing agreement, the court should look first to the circumstances of negotiation and execution to determine whether the applicant has established a reason to discount the agreement. The court would inquire whether one party was vulnerable and the other party took advantage of that vulnerability. The court also examines whether the substance of the agreement, at formation, complied substantially with the general objectives of the Act. [para. 4]

[43] *Miglin* represented a reformulation and tailoring of the common law test for unconscionability to reflect the uniqueness of matrimonial bargains:

[W]e are not suggesting that courts must necessarily look for “unconscionability” as it is understood in the common law of contract. There is a danger in borrowing terminology rooted in other branches of the law and transposing it into what all agree is a unique legal context. There may be persuasive evidence brought before the court that one party took advantage of the vulnerability of the other party in separation or divorce negotiations that would fall short of evidence of the power imbalance necessary to demonstrate unconscionability in a commercial context between, say, a consumer and a large financial institution. [para. 82]

[44] Where, therefore, “there were any circumstances of oppression, pressure, or other vulnerabilities”, and if one party’s exploitation of such vulnerabilities during the negotiation process resulted in a separation agreement that deviated substantially from the legislation, the Court in *Miglin*

ou à influencer l’autre. La relation conjugale complexe recèle de nombreux déséquilibres potentiels des forces. [par. 128]

(Voir également M. Shaffer et C. Rogerson, « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49, p. 70.)

[42] En se fondant sur ces réalités, la Cour a déclaré dans *Miglin* que l’intervention du tribunal serait justifiée lorsqu’il conclut que l’accord comporte des défauts sur le plan de la procédure et du fond :

[E]n présence d’un accord préexistant, le tribunal doit examiner d’abord les circonstances de la négociation et de la conclusion de l’accord afin de décider si le demandeur a établi un motif pour l’écartier. Le tribunal examine si l’une des parties était vulnérable et si l’autre a profité de sa vulnérabilité. Le tribunal détermine également si les dispositions de l’accord, au moment où il a été conclu, étaient essentiellement conformes aux objectifs généraux de la Loi. [par. 4]

[43] Dans *Miglin*, la Cour a reformulé et adapté le critère de la common law en matière de situation abusive pour tenir compte du caractère particulier des ententes matrimoniales :

[N]ous ne voulons pas laisser entendre que les tribunaux doivent nécessairement rechercher une situation « abusive » au sens de la common law en matière contractuelle. Il est dangereux d’emprunter la terminologie d’autres branches du droit et de la transposer à ce que nous reconnaissons tous être un contexte juridique très particulier. Il peut être présenté au tribunal des preuves convaincantes qu’une partie a profité de la vulnérabilité de l’autre dans les négociations en matière de séparation ou de divorce qui seraient insuffisantes pour démontrer le déséquilibre des forces permettant de conclure à l’existence d’une situation abusive dans un contexte commercial mettant en présence, par exemple, un consommateur et une importante institution financière. [par. 82]

[44] Par conséquent, la Cour a conclu dans *Miglin* que, lorsqu’il y a eu « présence d’oppression, de pression ou autres sources de vulnérabilité » et que, du fait de l’exploitation de cette vulnérabilité par une partie durant le processus de négociation, l’accord de séparation dérogeait dans une mesure

concluded that the agreement need not be enforced (paras. 81-83).

[45] Notably, the Court also stressed the importance of respecting the “parties’ right to decide for themselves what constitutes for them, in the circumstances of their marriage, mutually acceptable equitable sharing” (para. 73). Parties should generally be free to decide for themselves what bargain they are prepared to make. And it is true that most separating spouses appear to determine their agreements without judicial participation (Craig Martin, “Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law” (1998), 56 *U. T. Fac. L. Rev.* 135, at p. 137).

[46] This contractual autonomy, however, depends on the integrity of the bargaining process. Decisions about what constitutes an acceptable bargain can only authoritatively be made if both parties come to the negotiating table with the information needed to consider what concessions to accept or offer. Informational asymmetry compromises a spouse’s ability to do so (*Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920, at para. 34; Marcia Neave, “Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of ‘The Role of Private Ordering in Family Law’” (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, at p. 117; Penelope E. Bryan, “Women’s Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion” (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153, at p. 1177).

[47] In my view, it flows from the observations and principles set out in *Miglin* that a duty to make full and honest disclosure of all relevant financial information is required to protect the integrity of the result of negotiations undertaken in these uniquely vulnerable circumstances. The deliberate failure to make such disclosure may render the agreement vulnerable to judicial intervention where the result is a negotiated settlement that is substantially at variance from the objectives of the governing legislation.

[48] Such a duty in matrimonial negotiations anchors the ability of separating spouses to

importante au texte législatif, le tribunal n’est pas tenu de le valider (par. 81-83).

[45] Il convient de souligner que, dans *Miglin*, la Cour a également insisté sur l’importance de respecter le « droit des parties de décider elles-mêmes ce qui constitue pour elles, dans les circonstances de leur mariage, un partage équitable » (par. 73). Les parties devraient en règle générale être libres de décider elles-mêmes de l’accord qu’elles sont disposées à conclure. Et il est vrai que dans la majeure partie des cas les conjoints qui se séparent semblent arrêter leurs accords sans la participation des tribunaux (Craig Martin, « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *U. T. Fac. L. Rev.* 135, p. 137).

[46] Cette autonomie contractuelle suppose toutefois l’intégrité du processus de négociation. Ce n’est que si les deux parties abordent les négociations avec les renseignements nécessaires pour envisager l’acceptation ou l’offre de concessions qu’elles sont alors en mesure de décider de façon concluante ce qui constitue un accord acceptable. L’asymétrie d’information compromet la capacité d’un des conjoints d’en juger (*Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920, par. 34; Marcia Neave, « Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of “The Role of Private Ordering in Family Law” » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, p. 117; Penelope E. Bryan, « Women’s Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion » (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153, p. 1177).

[47] À mon avis, il découle des observations et des principes énoncés dans l’arrêt *Miglin* que la protection de l’intégrité du résultat de négociations menées dans ces contextes de vulnérabilité particulière suppose une obligation de communication franche et complète de tous les renseignements financiers pertinents. Le non-respect délibéré de cette obligation peut rendre l’accord vulnérable à une intervention judiciaire s’il en résulte une entente négociée dérogeant dans une mesure importante aux objectifs de la loi régissant la question.

[48] C’est sur cette obligation de communication que repose, dans le cadre des négociations

genuinely decide for themselves what constitutes an acceptable bargain. It also helps protect the possibility of finality in agreements. An agreement based on full and honest disclosure is an agreement that, *prima facie*, is based on the informed consent of both parties. It is, as a result, an agreement that courts are more likely to respect. Where, on the other hand, an agreement is based on misinformation, it cannot be said to be a true bargain which is entitled to judicial deference.

[49] Whether a court will, in fact, intervene will clearly depend on the circumstances of each case, including the extent of the defective disclosure and the degree to which it is found to have been deliberately generated. It will also depend on the extent to which the resulting negotiated terms are at variance from the goals of the relevant legislation. As *Miglin* confirmed, the more an agreement complies with the statutory objectives, the less the risk that it will be interfered with. Imposing a duty on separating spouses to provide full and honest disclosure of all assets, therefore, helps ensure that each spouse is able to assess the extent to which his or her bargain is consistent with the equitable goals in modern matrimonial legislation, as well as the extent to which he or she may be genuinely prepared to deviate from them.

[50] In other words, the best way to protect the finality of any negotiated agreement in family law is to ensure both its procedural and substantive integrity in accordance with the relevant legislative scheme.

[51] In British Columbia, the operative legislative presumption for the division of family assets is an equal division, as set out in s. 56 of the *Family Relations Act*:

**56** (1) Subject to this Part and Part 6, each spouse is entitled to an interest in each

matrimoniales, la possibilité pour les époux en instance de séparation de véritablement décider par eux-mêmes de ce qui constitue un accord acceptable. Elle contribue par ailleurs au caractère définitif des accords intervenus. Comme un accord basé sur une communication franche et complète est à première vue fondé sur le consentement éclairé des deux parties, les tribunaux seront davantage enclins à le reconnaître. À l'inverse, dans les cas où l'accord est fondé sur la communication de renseignements qui induisent en erreur, il ne saurait être considéré comme une entente véritable, devant être respectée par les tribunaux.

[49] L'intervention d'un tribunal dépendra nettement des circonstances propres à chaque espèce — notamment l'ampleur de la communication défectueuse et la mesure dans laquelle cette communication est jugée avoir été commise de façon délibérée. Elle dépendra également de la mesure dans laquelle les clauses négociées s'écartent des objectifs de la loi applicable. L'arrêt *Miglin* l'a confirmé : plus un accord est conforme aux objectifs énoncés par le législateur, moins il risque d'être l'objet d'une intervention judiciaire. Imposer aux conjoints en instance de séparation l'obligation de révéler de manière franche et complète l'existence de tous les biens contribue donc à faire en sorte que l'un et l'autre puissent déterminer dans quelle mesure l'accord correspond aux objectifs d'équité de la législation moderne en matière matrimoniale, ainsi que la mesure dans laquelle ils sont le cas échéant vraiment disposés à s'en écarter.

[50] Autrement dit, en droit de la famille, la meilleure façon de protéger le caractère définitif d'une entente négociée est de veiller à son intégrité à la fois sur les plans procédural et substantiel, conformément au régime législatif applicable.

[51] En Colombie-Britannique, une présomption de division en parts égales des biens familiaux a été instaurée par le législateur, comme l'indique l'art. 56 de la *Loi sur les relations familiales* :

[TRADUCTION]

**56** (1) Sous réserve de la présente partie et de la partie 6, à compter du 31 mars 1979, chacun

family asset on or after March 31, 1979 when

- (a) a separation agreement,
- (b) a declaratory judgment under section 57,
- (c) an order for dissolution of marriage or judicial separation, or
- (d) an order declaring the marriage null and void

respecting the marriage is first made.

- (2) The interest under subsection (1) is an undivided half interest in the family asset as a tenant in common.
- (3) An interest under subsection (1) is subject to
  - (a) an order under this Part or Part 6, or
  - (b) a marriage agreement or a separation agreement.
- (4) This section applies to a marriage entered into before or after March 31, 1979.

[52] Section 65 of the Act empowers the court to make orders that depart from this presumption where it can be shown, having regard to all the circumstances, that an equal division would be “unfair”:

- 65** (1) If the provisions for division of property between spouses under section 56 . . . or their marriage agreement . . . 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,

des conjoints a droit à un intérêt dans chaque bien familial lorsque intervient pour la première fois, selon le cas :

- a) un accord de séparation;
- b) un jugement déclaratoire fondé sur l'article 57;
- c) une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation judiciaire;
- d) une ordonnance déclarant le mariage nul et sans effet.

- (2) L'intérêt visé au paragraphe (1) correspond à une moitié indivise d'un bien familial détenu à titre de tenant commun.
- (3) L'intérêt visé au paragraphe (1) est attribué sous réserve des dispositions :
  - a) soit d'une ordonnance fondée sur la présente partie ou la partie 6;
  - b) soit d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation.
- (4) Le présent article s'applique aux mariages célébrés avant ou après le 31 mars 1979.

[52] L'article 65 de la Loi confère au tribunal le pouvoir de rendre des ordonnances dérogeant à cette présomption dans les cas où il est possible de démontrer, eu égard à l'ensemble des circonstances, qu'une division en parts égales serait « inéquitable » :

[TRADUCTION]

- 65** (1) La Cour suprême peut, sur demande, ordonner le partage des biens visés [. . .] au contrat de mariage [. . .] dans les proportions qu'elle fixe, lorsque le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 56 [. . .] ou à leur contrat de mariage [. . .] serait inéquitable compte tenu des éléments suivants :
- a) la durée du mariage;
  - b) la durée de la séparation de fait;
  - c) la date d'acquisition ou d'aliénation d'un bien;
  - d) la mesure dans laquelle un bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation;

- (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,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by . . . the marriage agreement . . . be divided into shares fixed by the court.

[53] The trial judge found that the agreement was unconscionable for a number of reasons. It represented a significant departure from the relevant legislative objectives and from the parties' undisputed intention to have an equal division of assets, resulting in an amount for the wife that was \$649,680 less than her presumptive entitlement under the *Family Relations Act*. He also found that by accepting a settlement amount that he alone knew was based on the misleading financial information he had provided at the very outset of negotiations, the husband had taken advantage of a mental instability of which he was "well aware". This was "compounded" by the husband's complete non-disclosure of the \$233,000 he had temporarily advanced to the wife's brother and had drawn on the parties' joint account. Finally, the trial judge concluded that the "presumptive equality" of the deal was further undermined "by the implementation of a plan to avoid the very tax consequences that were initially presented to support a reduction in his initial estimate of the value of the company" (para. 117).

[54] Before this Court, the husband disputed the trial judge's finding in connection with the effects of the tax plan. There was considerable disagreement between the parties about whether a deduction for contingent tax should have been made from the value of Brandy Farms Inc. and, if so, the appropriate amount of the deduction. The husband contended that the deduction for tax in his initial valuation of Brandy Farms Inc. was entirely appropriate, and that he should not have been faulted

- e) les besoins de chaque conjoint pour devenir ou demeurer autonome financièrement;
- f) 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 obligations d'un conjoint.

[53] Le juge du procès a conclu que l'accord était abusif pour un certain nombre de raisons. Il dérogeait de façon marquée aux objectifs inscrits dans les dispositions législatives pertinentes et à l'intention incontestée des parties de se diviser les biens en parts égales, avec pour résultat que la somme attribuée à l'épouse était inférieure de 649 680 \$ à celle à laquelle elle était présumée avoir droit selon la *Loi sur les relations familiales*. Il a en outre conclu que, en acceptant à titre de règlement une somme que lui seul savait fondée sur les renseignements financiers trompeurs qu'il avait lui-même fournis au tout début des négociations, le mari avait profité d'une instabilité mentale dont il était [TRADUCTION] « bien au fait ». Cette conduite a été [TRADUCTION] « aggravée » par l'absence totale de mention, par le mari, de la somme de 233 000 \$ qu'il avait temporairement avancée au frère de l'épouse et prélevée sur le compte conjoint des parties. Enfin, le juge du procès a conclu que la [TRADUCTION] « présomption de partage égal des biens » attachée à l'accord était également sapée par « l'exécution d'un plan visant à éviter les incidences fiscales [que le mari] avait justement invoquées pour justifier la réduction, dans son estimation initiale, de la valeur de la société » (par. 117).

[54] Devant notre Cour, le mari a contesté la conclusion du juge ayant trait aux conséquences du plan fiscal. Les parties étaient en profond désaccord sur le point de savoir s'il aurait fallu réduire la valeur de Brandy Farms Inc. pour tenir compte d'une dette fiscale éventuelle et, dans l'affirmative, sur le montant de la déduction. Le mari a soutenu que la déduction d'une somme à payer au fisc dans son évaluation initiale de Brandy Farms Inc. était tout à fait appropriée et que le juge du procès



by the trial judge for claiming the tax liability. Further, he claimed that when contingent taxes are taken into account, as they should have been, the wife did in fact receive an equal share of the value of the business.

[55] In my view, the trial judge was entitled to exercise his discretion by not making the deduction. In circumstances where it is not clear when, if ever, a property will be sold and taxes incurred, courts have held that entirely speculative disposition costs need not be taken into account in calculating an equalization payment. This was explained by Davies J. in *Russell v. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL), at para. 107: “[A spouse] should not suffer a present diminution of [his or] her asset base in circumstances where [the other spouse] may never suffer a corresponding and quantifiable loss” (see also *Dowling v. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59 (C.A.); *Starkman v. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19 (C.A.); *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.)).

[56] Both the deduction made by the husband in his initial valuation of Brandy Farms Inc. and the one presented by his expert witness at trial reflected the high tax consequences of an immediate sale, a sale which was not contemplated at the time. In fact, the husband tendered *no* evidence as to the likelihood or date of an eventual sale. While it is true that at some point capital gains tax may become payable, in the absence of evidence from the husband of an imminent or eventual sale so as to justify *any* deduction, the trial judge’s decision not to make a deduction was completely supportable.

[57] However, it is not clear that the husband’s projected deduction should have been part of the package of conduct the trial judge included in his “unconscionability” finding. At trial, both the husband’s and the wife’s experts made deductions for disposition costs in connection with Brandy Farms

n’aurait pas dû lui faire grief d’avoir déduit une somme à cet égard. En outre, il a plaidé que si l’on prend en compte, comme il se doit, les dettes fiscales éventuelles, l’épouse a dans les faits reçu une part égale de la valeur de l’entreprise.

[55] À mon avis, le juge du procès pouvait à bon droit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser la déduction. Lorsqu’il est impossible de savoir avec certitude à quel moment un bien sera vendu (ou même s’il le sera jamais) et des sommes seront dues au fisc, les tribunaux ont jugé qu’il n’est pas nécessaire de tenir compte de coûts d’aliénation tout à fait hypothétiques dans le calcul d’un paiement d’égalisation. Le juge Davies a expliqué pourquoi dans *Russell c. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL), par. 107 : [TRADUCTION] « [Un conjoint] ne devrait pas subir une diminution immédiate de son patrimoine dans des circonstances où [l’autre conjoint] pourrait ne jamais subir une perte correspondante et quantifiable » (voir aussi *Dowling c. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59 (C.A.); *Starkman c. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19 (C.A.); *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.)).

[56] La déduction effectuée par le mari dans son estimation initiale de la valeur de Brandy Farms Inc. et celle dont a fait état son témoin expert lors du procès prenaient toutes deux en compte les importantes incidences fiscales d’une vente immédiate, une vente qui n’était pas envisagée à l’époque. En fait, le mari n’avait présenté *aucun* élément de preuve concernant la probabilité ou la date d’une éventuelle vente. Certes, il devra sans doute payer un impôt sur le gain en capital à un certain moment; mais comme il n’avait produit aucune preuve relative à l’imminence ou à l’éventualité d’une vente pour justifier *quelque* déduction *que ce soit*, la décision du juge du procès de ne pas effectuer de déduction était tout à fait défendable.

[57] Cependant, il n’est pas évident que la déduction projetée par le mari aurait dû faire partie des faits retenus par le juge du procès pour conclure au caractère abusif de l’accord. Lors du procès, autant les experts du mari que ceux de l’épouse ont déduit certaines sommes pour le coût d’aliénation

Inc. The estimated cost by the wife's expert was \$252,500. The husband's expert's estimate was \$601,230, almost the same amount the husband had deducted in his initial valuation. But even if it can be said that the deduction by the husband should not, in fairness, be characterized as misleading information, there remain the \$233,000 in hidden cheques and the \$195,000 by which the husband undervalued two additional properties, totaling almost half a million dollars.

[58] Moreover, it is worth remembering that in addition to the husband's failure to provide his wife with the information she needed to decide what bargain would best reflect their mutual intention to divide their assets equally, the trial judge also based his finding of unconscionability on the fact that the husband deliberately exploited his wife's known mental fragility.

[59] The Court of Appeal overturned these findings about exploitative conduct. It relied on *Miglin* in concluding that the wife's access in this case to professional advice and assistance cured her vulnerabilities:

*Miglin* tells us that where vulnerabilities effectively are compensated by the availability of professional assistance of which a party does not take advantage, "the court should consider the agreement as a genuine mutual desire to finalize the terms of the parties' separation and as indicative of their substantive intentions". (Para. 83). Although the judge correctly declined to blame the husband for the wife's failure to take advantage of available professional assistance, he did not consider the legal effect of her conduct on her vulnerability. In my view, it was an error for him not to do so and this led directly to his conclusion that the husband's acceptance of the wife's offer offended the conscience.

This was not a case of mental incapacity, undue influence or duress. The wife was a troubled woman, but it is clear that she knew what she was doing. [paras. 50 and 52]

relié à Brandy Farms Inc. L'expert de l'épouse a estimé ce coût à 252 500 \$. Celui du mari l'a estimé à 601 230 \$, soit presque exactement le montant déduit par le mari dans son évaluation initiale. Mais même s'il est possible de dire que la déduction faite par le mari ne devrait pas, en toute équité, être qualifiée de renseignement trompeur, il reste la dissimulation de chèques d'un montant de 233 000 \$ et la sous-évaluation de 195 000 \$ de deux autres propriétés par le mari — ce qui fait en tout près d'un demi-million de dollars.

[58] Il faut aussi rappeler que, pour conclure au caractère abusif de l'accord, le juge du procès s'est appuyé non seulement sur le fait que le mari n'avait pas fourni à son épouse les renseignements dont elle avait besoin pour décider de l'accord le plus susceptible de refléter leur intention mutuelle de se diviser leurs biens à parts égales, mais aussi sur le fait qu'il avait délibérément exploité la fragilité mentale de son épouse, état qui était connu.

[59] La Cour d'appel a rejeté ces conclusions relatives à l'exploitation. Elle s'est appuyée sur l'arrêt *Miglin* pour conclure que, en l'espèce, le fait que l'épouse avait accès à de l'aide professionnelle avait remédié à sa vulnérabilité :

[TRADUCTION] L'arrêt *Miglin* nous enseigne que lorsque la vulnérabilité est effectivement compensée par la disponibilité de services professionnels dont une partie ne profite par ailleurs pas, « le tribunal doit considérer l'accord comme traduisant le désir mutuel sincère des parties d'arrêter de manière définitive les modalités de leur séparation et comme révélant concrètement leurs intentions ». (Par. 83). Bien que le juge ait à juste titre refusé d'imputer au mari le fait que l'épouse n'avait pas profité de l'aide professionnelle disponible, il n'a pas tenu compte des conséquences juridiques de la conduite de l'épouse sur sa vulnérabilité. Selon moi, il a commis une erreur en ne le faisant pas, erreur qui l'a directement amené à conclure que l'acceptation par le mari de l'offre présentée par son épouse heurtait la conscience.

Il ne s'agissait pas d'un cas d'incapacité mentale, d'abus d'influence ou de contrainte. L'épouse était une femme perturbée, mais il est clair qu'elle savait ce qu'elle faisait. [par. 50 et 52]

[60] It may well be that in a particular case, professional assistance will effectively compensate for vulnerabilities. But the Court of Appeal appears to have assumed that the mere presence of professional assistance automatically neutralized vulnerabilities in this case. This interpretation does not, with respect, accord with a plain reading of para. 83 of *Miglin*, which states:

Where vulnerabilities are not present, or are effectively compensated by the presence of counsel or other professionals or both, or have not been taken advantage of, the court should consider the agreement as a genuine mutual desire to finalize the terms of the parties' separation and as indicative of their substantive intentions.

[61] This passage indicates that when vulnerabilities have been compensated for by the presence of professionals, the agreement should be respected. This is an important observation. Given that vulnerabilities are almost always present in these negotiations, the parties' genuine wish to finalize their arrangements should, absent psychological exploitation or misinformation, be respected. One way to help attenuate the possibility of such negotiating abuses is undoubtedly through professional assistance. But exploitation is not rendered anodyne merely because a spouse has access to professional advice. It is a question of fact in each case.

[62] In this case, the trial judge found that the wife's vulnerabilities were *not* compensated for. On the contrary, he concluded that her emotional and mental condition left her unable to make use of the professional assistance available to her. Moreover, and significantly, he found that her mental instability was well known to her husband.

[63] The combination in this case, therefore, of misleading informational deficits and psychologically exploitative conduct led the trial judge to conclude that the resulting, significant deviation from the wife's statutory entitlement rendered the agreement unconscionable and therefore unenforceable.

[60] Il se peut très bien que, dans un cas donné, la vulnérabilité soit effectivement compensée par l'assistance de professionnels. Mais la Cour d'appel semble avoir tenu pour acquis que, en l'espèce, la simple présence d'une aide professionnelle neutralisait automatiquement la vulnérabilité. Or, cette interprétation me semble incompatible avec le langage clair du par. 83 de *Miglin* :

En l'absence de vulnérabilité, ou lorsque la vulnérabilité est effectivement compensée par la présence d'un avocat, d'un autre professionnel ou des deux, ou lorsqu'il n'a pas été tiré parti de la vulnérabilité, le tribunal doit considérer l'accord comme traduisant le désir mutuel sincère des parties d'arrêter de manière définitive les modalités de leur séparation et comme révélant concrètement leurs intentions.

[61] Ce passage indique que, lorsque la vulnérabilité a effectivement été compensée par la présence de professionnels, l'accord devrait être respecté. Cette observation est importante. Puisque la vulnérabilité est presque toujours présente dans ces négociations, il convient, à moins qu'il y ait eu exploitation psychologique ou communication de faux renseignements, de respecter la volonté véritable des parties de mettre au point leurs arrangements. Le recours à l'aide de professionnels constitue certes une façon d'atténuer la possibilité de tels abus. Mais l'exploitation n'est pas rendue anodine par le simple fait qu'un conjoint peut bénéficier des conseils de professionnels. Il s'agit dans chaque cas d'une question de fait.

[62] Or, en l'espèce, le juge du procès a conclu que la vulnérabilité de l'épouse n'avait *pas* été contrebalancée. Au contraire, il a jugé que l'état psychique et affectif de cette dernière l'avait rendue incapable d'utiliser l'aide professionnelle à laquelle elle avait accès. Autre facteur, important de surcroît, le juge a estimé que le mari était bien au fait de l'instabilité mentale de son épouse.

[63] Par conséquent, la conjugaison dans le présent cas de déficits informationnels trompeurs et d'exploitation psychologique a amené le juge du procès à conclure que la dérogation importante causée par ces facteurs aux droits reconnus à l'épouse par le texte législatif avait pour effet de rendre l'accord

This conclusion is amply supported by the evidence.

[64] This makes it unnecessary to deal with the effect of the consent order since, as Osborne J.A. observed in *McCowan v. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325 (Ont. C.A.), at para. 19, “it is well established that a consent judgment may be set aside on the same grounds as the agreement giving rise to the judgment”. This approach was explained by James G. McLeod as follows:

This rule reflects the reality that a consent judgment is not a judicial determination on the merits of a case but only an agreement elevated to an order on consent. The basis for the order is the parties’ agreement, not a judge’s determination of what is fair and reasonable in the circumstances.

(Annotation to *Thomsett v. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427, at pp. 428-29)

(See also *Shackleton v. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459, at para. 12; *Schlenker v. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436 (B.C.S.C.), at para. 21; *McGregor v. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL), at para. 16; *T. (T.L.A.) v. T. (W.W.)*, at para. 18; *Huddersfield Banking Co. v. Henry Lister & Son, Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273 (C.A.), at p. 280; *Monarch Construction Ltd. v. Buildevco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164 (Ont. C.A.), at pp. 165-66; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2nd ed. 2004), at p. 329; *R.L.S. v. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL), at para. 43; and G. Peter Fraser, John W. Horn and Susan A. Griffin, *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia* (loose-leaf), vol. 2, at p. 32-11.)

[65] The trial judge’s remedy for unconscionability was to order the husband to pay the wife an amount representing the difference between the negotiated “equalization payment” and the wife’s entitlement under the *Family Relations Act*.

abusif et, de ce fait, inapplicable. Cette conclusion est amplement appuyée par la preuve.

[64] Pour cette raison, il est inutile de statuer sur l’effet de l’ordonnance sur consentement, puisque, comme l’a observé le juge d’appel Osborne dans *McCowan c. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325 (C.A. Ont.), par. 19, [TRADUCTION] « il est bien établi qu’un jugement sur consentement peut être cassé pour les mêmes motifs que l’entente à l’origine du jugement ». Voici les explications données par James G. McLeod à ce sujet :

[TRADUCTION] Cette règle découle du fait qu’un jugement sur consentement ne constitue pas une décision judiciaire sur le fond même d’une affaire, mais seulement une entente érigée au rang d’ordonnance avec le consentement des parties. Le fondement de l’ordonnance réside dans l’entente intervenue entre les parties, non dans la décision d’un juge sur ce qui est juste et raisonnable dans les circonstances.

(Annotation relative à *Thomsett c. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427, p. 428-429)

(Voir aussi *Shackleton c. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459, par. 12; *Schlenker c. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436 (C.S.C.-B.), par. 21; *McGregor c. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL), par. 16; *T. (T.L.A.) c. T. (W.W.)*, par. 18; *Huddersfield Banking Co. c. Henry Lister & Son, Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273 (C.A.), p. 280; *Monarch Construction Ltd. c. Buildevco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164 (C.A. Ont.), p. 165-166; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2004), p. 329; *R.L.S. c. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL), par. 43; et G. Peter Fraser, John W. Horn et Susan A. Griffin, *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 32-11.)

[65] La réparation accordée par le juge du procès en raison du caractère abusif de l’accord a consisté à ordonner au mari de verser à l’épouse une somme correspondant à la différence entre le [TRADUCTION] « paiement d’égalisation » négocié et la somme à laquelle l’épouse avait droit en vertu de la *Loi sur les relations familiales*.

[66] Historically, rescission was the remedy when a contract was found to be unenforceable because of unconscionability. Increasingly, however, when rescission is unavailable because restitution, as a practical matter, cannot be made, damages in the form of “equitable compensation” are imposed to provide relief to the wronged party. This is because, as the British Columbia Court of Appeal said in *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1: “Where rescission is impossible or inappropriate, it would be inequitable for the defendant to retain the benefits of the unconscionable bargain” (p. 47).

[67] Professor John D. McCamus noted in *The Law of Contracts* (2005), at p. 403, that Canadian and other Commonwealth courts have approached the concept of “equitable compensation” with “renewed vitality” in recent years (see also J. D. McCamus, “Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments” in *L.S.U.C. Special Lectures 1995: Law of Remedies* (1995), 295; *S-244 Holdings Ltd. v. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34 (C.A.); *Treadwell v. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137 (S.C.); *Paris v. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723 (N.S.S.C.); *Junkin v. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118 (H.C.J.); *Dusik*).

[68] Professor S. M. Waddams explained the basis for this development as follows:

[A] rational legal system should surely permit the party complaining to receive a financial adjustment in lieu of rescission . . . .

. . . The search for appropriate remedies, as for justice in other matters, requires a flexible and developing system.

(*The Law of Contracts* (5th ed. 2005), at p. 302; see also pp. 391-92; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at pp. 847-48, *per* Dickson J.)

[69] The trial judge’s award in the amount of \$649,680 was made as damages or, in the alternative,

[66] Traditionnellement, le tribunal qui arrivait à la conclusion qu’un contrat était inapplicable parce qu’abusif en prononçait l’annulation. Mais lorsque cette mesure de réparation est exclue, parce que, dans la pratique, la restitution n’est pas possible, la solution réside de plus en plus souvent dans l’attribution à la partie lésée de dommages-intérêts sous la forme d’une « indemnisation en equity ». Il en est ainsi parce que, comme l’a expliqué la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Dusik c. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1 : [TRADUCTION] « Quand l’annulation est impossible ou non souhaitable, il ne serait pas équitable que le défendeur conserve les avantages tirés d’une entente abusive » (p. 47).

[67] Dans *The Law of Contracts* (2005), p. 403, le professeur John D. McCamus a souligné que les tribunaux du Canada et d’autres pays du Commonwealth ont abordé le concept de l’[TRADUCTION] « indemnisation en equity » avec une « vitalité nouvelle » au cours des dernières années (voir également J. D. McCamus, « Equitable Compensation and Restitutionary Remedies : Recent Developments » dans *L.S.U.C. Special Lectures 1995 : Law of Remedies* (1995), 295; *S-244 Holdings Ltd. c. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34 (C.A.); *Treadwell c. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137 (C.S.); *Paris c. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723 (C.S.N.-É.); *Junkin c. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118 (H.C.J.); *Dusik*).

[68] Le professeur S. M. Waddams a expliqué ainsi les raisons de ce nouvel intérêt :

[TRADUCTION] [U]n système juridique rationnel devrait accorder un redressement pécuniaire à la partie demanderesse en remplacement de la résolution du contrat . . . .

. . . La recherche de recours légaux appropriés, comme la quête de justice dans d’autres domaines, requiert un système de droit souple et en constante évolution.

(*The Law of Contracts* (5<sup>e</sup> éd. 2005), p. 302; voir aussi p. 391-392; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 847-848, le juge Dickson.)

[69] La somme de 649 680 \$ accordée par le juge du procès consistait dans des dommages-intérêts

as a compensation order under s. 66(2)(c) of the *Family Relations Act*. Given the conclusion that damages are appropriate as equitable compensation, it is unnecessary to comment on the availability of a remedy under s. 66(2)(c) in this case.

[70] I would therefore allow the appeal with costs throughout and restore the trial judge's order.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Hittrich Lessing, Surrey.*

*Solicitors for the respondents: Georgiale Lang & Associates, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener: Heenan Blaikie, Vancouver.*

ou, subsidiairement, dans une ordonnance d'indemnisation rendue en vertu de l'al. 66(2)c) de la *Loi sur les relations familiales*. Vu la conclusion que l'attribution de dommages-intérêts constitue une indemnisation en equity appropriée, je n'ai pas à me prononcer sur la possibilité d'octroyer en l'espèce la réparation prévue à l'al. 66(2)c).

[70] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Hittrich Lessing, Surrey.*

*Procureurs des intimés : Georgiale Lang & Associates, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant : Heenan Blaikie, Vancouver.*