

Geffen c. Succession Goodman, [1991] 2 R.C.S. 353

Ted M. Geffen, Sam E. Geffen et William A. Geffen

Appelants

c.

**Stacy Randall Goodman, exécuteur testamentaire de
Tzina Burnette Goodman (par ailleurs connue sous
le nom de Zinna Burnette Goodman), et ledit Stacy
Randall Goodman**

Intimés

Répertorié: Geffen c. Succession Goodman

N° du greffe: 21613.

1990: 10 octobre; 1991: 27 juin.

Présents: Les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin.

en appel de la cour d'appel de l'alberta

*Fiducies et fiduciaires -- Abus d'influence -- Bien mis en fiducie --
Dispositions pour créer la fiducie prises à l'origine par les frères de la disposante --
Disposante souffrant de problèmes mentaux et parfois à la charge de ses frères -- Fiducie
indiquant comment disposer du bien au décès de la disposante -- La disposante a légué
son bien d'une manière différente de celle prévue dans la fiducie -- La présomption
d'abus d'influence est-elle applicable?*

Dépens -- Fiduciaires -- Action intentée pour répondre à une allégation de fraude de la part des fiduciaires -- Réussite de l'action -- Les fiduciaires ont-ils droit au paiement de dépens à même la masse?

La défunte, une femme ayant eu des antécédents psychiatriques a obtenu, par héritage de sa mère, la maison familiale ainsi qu'un droit de tenure viager sur le reliquat de la succession de sa mère qui, à son décès, devait être transmis à ses enfants. Ses frères ont reçu des legs en argent. Un testament antérieur donnait à la défunte un droit de tenure viager et exprimait la volonté qu'au décès de la mère le patrimoine soit partagé entre tous les petits-enfants de la mère. Les frères ont demandé un avis juridique sur la validité du second testament et ont préparé une rencontre entre l'avocat, leur s{oe}ur et eux-mêmes pour examiner les choix qui s'offraient. Un de leurs sujets d'inquiétude était que leur s{oe}ur vende la maison et qu'elle leur soit finalement à charge financièrement. La rencontre a pris fin sans qu'on parvienne à un accord et, par la suite, la s{oe}ur n'est entrée en contact avec ses frères qu'à l'occasion. Elle a cependant continué de demander des avis juridiques et a signé un acte de fiducie. La maison a été transférée aux fiduciaires à la condition que la défunte conserve un droit de tenure viager sur la maison et que, à sa demande, les fiduciaires étudient la possibilité de la vendre si la vente était avantageuse pour elle. L'acte de fiducie stipulait en outre qu'à son décès le bien en fiducie serait partagé également entre les petits-enfants survivants de la mère de la défunte. Le testament de la défunte léguait tous ses biens à ses enfants.

Le pourvoi concerne la validité du contrat de fiducie. Il a été jugé valide en première instance mais invalide en appel en raison de l'application de la

présomption d'abus d'influence. Les dépens n'ont pas été adjugés. Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si la Cour d'appel a appliqué correctement la présomption d'abus d'influence; et si (2) les fiduciaires ont droit au paiement des dépens à même la masse.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Wilson et Cory: Ni la façon d'aborder la théorie de l'abus d'influence, axée sur le résultat, ni celle axée sur le processus ne font ressortir parfaitement son véritable objectif parce que la théorie s'applique à une grande diversité d'opérations, allant des simples donations aux contrats classiques. Dans le cas des donations, le processus qui aboutit au don doit être assujéti à l'examen judiciaire, parce que la sanction judiciaire de la générosité forcée ou obtenue frauduleusement revêt un aspect répugnant. En ce qui a trait aux relations contractuelles, toutefois, les tribunaux ont décidé depuis longtemps qu'il y avait lieu de protéger l'inviolabilité des marchés sauf s'ils étaient manifestement abusifs. Il faut établir quelque chose de plus qu'un processus vicié, par exemple, la confiance préjudiciable.

"Influence" veut dire la capacité d'une personne de dominer la volonté d'une autre, que ce soit par manipulation, par contrainte ou par pur, mais subtil, abus d'autorité. Dominer la volonté d'autrui signifie simplement exercer sur lui ou elle une influence persuasive. La capacité d'exercer pareille influence peut découler d'un rapport de confiance, mais elle peut aussi résulter d'autres relations. Il n'y a rien de répréhensible en soi à ce que des personnes ayant des rapports de confiance exercent

une influence sur leurs bénéficiaires, voire commettent un abus d'influence à leur endroit. Tout dépend de leur mobile et de l'objectif qu'elles cherchent à réaliser par ce moyen.

Bien qu'elle puisse convenir dans un contexte purement commercial, l'exigence du "désavantage manifeste" restreint trop la théorie de l'abus d'influence. Dans le cas des donations ou des legs, il n'est pas du tout logique d'insister pour que le donateur ou le testateur prouve que sa générosité l'a désavantagé.

L'examen devrait d'abord porter sur les rapports entre les parties. La première question qu'il faut trancher dans chaque cas est de savoir si la relation elle-même comporte intrinsèquement une possibilité de domination. Ce critère vise les rapports qui sont déjà reconnus, en *equity*, comme donnant lieu à la présomption, ainsi que d'autres rapports de dépendance qu'on ne saurait facilement ranger dans une catégorie.

Une fois établi le type de relation requis pour justifier la présomption, il faut ensuite examiner la nature de l'opération. S'il s'agit d'opérations commerciales, le demandeur doit démontrer, outre l'existence des rapports requis entre les parties, le caractère inéquitable du contrat, en ce sens qu'il a été désavantagé injustement ou que le défendeur a été avantagé injustement. Cette exigence supplémentaire est justifiée en matière commerciale, car une cour d'*equity*, même lorsqu'elle tempère la rigueur de la common law, doit respecter dans une certaine mesure le principe de la liberté de contracter et de l'inviolabilité des marchés. De surcroît, on peut présumer, dans la très grande majorité des opérations commerciales, que les parties agissent

dans leur propre intérêt. Par conséquent, le simple fait que le demandeur semble donner plus que ce qu'il reçoit est insuffisant pour faire jouer la présomption.

Par contre, dans les cas où une contrepartie n'est pas en cause, par exemple, dans le cas des donations et des legs, il est tout à fait inopportun d'obliger le demandeur à prouver que le résultat constitue un désavantage ou un avantage injuste. Le souci de la cour est que ces libéralités ne soient pas entachées d'un vice et il suffit d'établir la présence d'une relation de domination.

Une fois que le demandeur a établi que les circonstances donnent lieu à l'application de la présomption, il incombe dès lors au défendeur de la réfuter.

L'examen de la situation de la défunte et de ses frères à l'époque pertinente révèle que ces derniers pouvaient exercer une influence persuasive sur leur s{oe}ur. L'acte de fiducie participe davantage d'une donation ou d'un legs que d'une opération commerciale et l'existence de la relation requise sans plus est suffisante pour faire jouer la présomption. Il reste donc à déterminer si la présomption a été réfutée. Pour ce faire, il faut procéder à un examen méticuleux des faits.

Le secret professionnel de l'avocat est établi au bénéfice du client seulement. Les communications confidentielles entre l'avocat et son client ne peuvent être divulguées que dans certains cas précis. Le client peut choisir de divulguer le contenu de ses communications et renoncer ainsi au secret professionnel, ou il peut autoriser son avocat à en divulguer le contenu. Les tribunaux ont pris sur eux de s'assurer qu'un avocat ne témoigne pas sans le

consentement exprès de son client. Une exception a toutefois été prévue afin de permettre à l'avocat de témoigner en matière testamentaire.

Les considérations qui justifient l'admissibilité des communications entre l'avocat et son client en matière de testament s'appliquent avec la même force en l'espèce. Le principe général qui justifie la protection de ces communications est respecté. Les intérêts de la cliente maintenant décédée sont servis, en ce sens que l'admission du témoignage a pour but d'établir ses intentions véritables. Et en faisant porter l'examen sur l'identité des héritiers ou ayants droit légitimes de la défunte, l'on respecte le principe qui veut que l'on étende le privilège à ses héritiers ou ayants droit.

L'examen en appel devrait se limiter aux cas où une erreur manifeste a été commise. En l'espèce, rien n'indique, dans les motifs de jugement ou dans le dossier, que le juge de première instance a mal compris la preuve ou qu'il a par ailleurs commis une erreur quelconque en faisant ses constatations de fait. Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant ces constatations.

Les appelants ont réussi à réfuter la présomption d'abus d'influence étant donné qu'il y avait eu très peu de contacts entre la défunte et ses frères à l'époque pertinente, que la défunte ne se fiait pas, en réalité, à ses frères pour la conseiller et que le principal mobile des frères était de veiller au bien-être de leur s{oe}ur. Il est aussi utile de souligner que la défunte a consulté un conseiller juridique séparément et que le contrat passé concordait avec ses volontés. Dans d'autres situations, le fait que les frères ont joué un rôle de premier plan lors de la première rencontre avec

l'avocat pourrait empêcher de conclure qu'elle a reçu les conseils d'une personne indépendante.

L'avis juridique était incomplet car l'avocat n'a pas demandé de précisions sur la situation financière de la défunte et ne s'est pas assuré qu'elle comprenait bien le contrat. Les conséquences néfastes que pouvait entraîner le fait de ne pas avoir de bien qu'elle pourrait réaliser au besoin sont contrebalancées par deux facteurs importants. Premièrement, son objectif exprès, et peut-être son premier objectif, était de mettre hors de sa portée la vente de la maison de sorte qu'elle soit assurée de toujours posséder un toit. Deuxièmement, elle voulait aussi que l'héritage soit partagé également par tous les petits-enfants de sa mère. Étant donné que les conditions de l'acte de fiducie traduisent ses volontés sous ces deux aspects fondamentaux, aucune imperfection de l'avis juridique n'est fatale pour la cause des appelants.

Les fiduciaires ont le droit de se faire rembourser tous les frais, dont les honoraires d'avocat, qu'ils ont engagés raisonnablement. Les fiduciaires ont agi de façon raisonnable dans cette action. Ils ont d'abord été accusés d'avoir commis une fraude au détriment de la défunte, allégation que n'a retenue aucune cour saisie de l'affaire, et ils ont dû répondre à l'action. Les intérêts coexistants du fiduciaire et du bénéficiaire ne constituent pas un motif valable pour refuser de leur accorder des dépens. Le fait que les frères agissaient dans l'intérêt de leurs enfants, neveux et nièces ne met pas en doute la justesse de leurs actions.

Les intimés avaient une thèse défendable. Il est opportun qu'ils assument simplement leurs propres frais, mais non pas également ceux des appelants.

Les juges La Forest et McLachlin: La présomption d'abus d'influence ne prend naissance que lorsqu'il existe entre les parties des relations dans lesquelles une "influence" est exercée, lorsqu'une personne est en mesure de dominer la volonté d'une autre personne. L'exigence d'un désavantage manifeste n'est pas du tout logique dans le contexte de cette affaire, où l'opération contestée est une donation. Un don est intrinsèquement désavantageux, tout au moins au plan matériel, de sorte que l'exigence est superflue. Il est inutile de discuter plus longuement de la question du désavantage manifeste vu les faits de l'espèce.

Il peut être indiqué d'exiger la preuve d'un désavantage ou d'un avantage injuste avant d'appliquer la présomption d'abus d'influence à une opération commerciale. Étant donné que cette présomption a pour effet de déplacer le fardeau de la preuve en l'imposant au défendeur, il peut ne pas être déraisonnable d'exiger quelque preuve de désavantage ou d'avantage injuste résultant d'une opération commerciale avant que la présomption entre en jeu. Toutefois, la question de savoir si l'abus d'influence lui-même doit toujours supposer un avantage ou désavantage injuste est une question très différente. Il n'était pas nécessaire de choisir entre deux positions opposées sur la question de savoir si le désavantage manifeste doit être un élément requis de l'abus d'influence dans une opération commerciale.

Il fallait se demander si les rapports entre M^{me} Goodman et ses frères étaient de nature à leur permettre de la dominer. Les rapports que M^{me} Goodman

avait avec ses frères n'étaient pas étroits et le juge de première instance a conclu que les trois frères n'exerçaient aucune influence sur leur s{oe}ur. Elle ne comptait pas sur l'aide de ses frères même au cours de la période difficile suivant immédiatement la mort de leur mère. Il ne pouvait y avoir aucune présomption d'abus d'influence à ce moment-là. Les faits sont encore plus solides en ce qui concerne la période qui a suivi. Le contrat de fiducie n'a été signé que plusieurs mois après le décès de la mère et n'a été conclu qu'à la suite de nombreuses consultations indépendantes avec son avocat, et après qu'elle y ait réfléchi librement, quand les contacts entre elle et ses frères avaient cessé.

Le juge Sopinka: Le juge de première instance, s'appuyant sur la preuve, a conclu qu'il n'y avait pas abus d'influence en l'espèce. L'existence d'une présomption est donc sans importance et il n'est pas nécessaire de se demander si ce qui a été déterminé ne pas exister devrait être présumé.

Les commentateurs ainsi que les tribunaux ont des opinions divergentes quant à savoir si les présomptions ont une incidence sur le fardeau de présentation seulement ou à la fois sur le fardeau de présentation et le fardeau ultime. Un fardeau de présentation impose à la partie qui en est chargée l'obligation d'avancer des éléments de preuve, tandis que le fardeau ultime est imposé à la partie qui en est chargée si la preuve, une fois appréciée, ne réussit pas à convaincre. Étant donné la conclusion positive du juge de première instance sur les faits, il est inutile de décider lequel de ces points de vue est exact, car la présomption d'abus d'influence ne joue aucun rôle en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686; *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757; **arrêt critiqué:** *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133; **arrêts mentionnés:** *Ellis v. Barker* (1871), 7 Ch. App. 104; *Wright v. Carter*, [1903] 1 Ch. 27; *Mitchell v. Homfray* (1881), 8 Q.B.D. 587; *Lancashire Loans, Ltd. v. Black*, [1934] 1 K.B. 380; *Hylton v. Hylton* (1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349; *In re Lloyds Bank, Ltd.*, [1931] 1 Ch. 289; *Zamet v. Hyman*, [1961] 3 All E.R. 933; *Midland Bank plc v. Shephard*, [1988] 3 All E.R. 17; *Simpson v. Simpson*, [1989] Fam. L. 20; *Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody*, [1989] 2 W.L.R. 759; *Re Brocklehurst*, [1978] 1 All E.R. 767; *Huguenin v. Baseley* (1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526; *Csada v. Csada*, [1985] 2 W.W.R. 265; *Johnson v. Buttress* (1936), 56 C.L.R. 113; *Greenough v. Gaskell* (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Bell v. Smith*, [1968] R.C.S. 664; *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*, [1901] A.C. 196; *Stewart v. Walker* (1903), 6 O.L.R. 495; *Langworthy v. McVicar* (1913), 25 O.W.R. 297; *Re Ott*, [1972] 2 O.R. 5; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51; *Re Dallaway*, [1982] 3 All E.R. 118.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] A.C. 686.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *S v. S*, [1972] A.C. 24; *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] R.C.S. 602; *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218; *Robins v. National Trust Co.*, [1927] 2 D.L.R. 97; *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145; *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643; *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247; *New York Life Insurance Co. v. Schlitt*, [1945] R.C.S. 289.

Doctrine citée

Andrews, Neil. "Undue Influence and Contracts of Loan", [1985] *Cambridge L.J.* 192.

"Bank securities allegedly obtained by undue influence", [1985] *J. Bus. Law* 191.

15 C.E.D. (West. 3rd) Title 67, Fraud and Misrepresentation.

Cope, Malcolm. *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains*. North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1985.

Cope, Malcolm. "Undue Influence and Alleged Manifestly Disadvantageous Transactions: *National Westminster Bank plc v. Morgan*" (1986), 60 *A.L.J.* 87.

Dale, Brenda. "Undue Influence and Manifest Disadvantage" (1988), 52 *Conv. & Prop. Law*. 441.

Dale, Brenda. "Undue Influence: Recent Developments" (1989), 53 *Conv. & Prop. Law*. 63.

Dixon, M. J. "The Limits of Undue Influence Explained", [1989] *Cambridge L.J.* 359.

- Halsbury's Laws of England*, vol. 18, 4th ed. London: Butterworths, 1977.
- Ogilvie, M. H. "Undue Influence in the House of Lords" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 503.
- Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Reed, Charles P. "Comment" (1984), 18 *Law Teacher* 132.
- Reed, Charles P. "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 106.
- Snell, Edmund Henry Turner. *Snell's Principles of Equity*, 28th ed. By P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Taylor, R. D. "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 105.
- Tiplady, David. "The Limits of Undue Influence" (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 579.
- Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 8, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289, [1989] 6 W.W.R. 625, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Hutchinson (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, [1987] 4 W.W.R. 730. Pourvoi accueilli.

J. D. Bruce McDonald, pour les appelants.

R. H. Barron, c.r., et *P. A. Ferner, c.r.*, pour les intimés.

//Le juge Wilson//

Version française du jugement des juges Wilson et Cory rendu par

LE JUGE WILSON -- L'intimé, Stacy Randall Goodman, a, en sa qualité d'exécuteur testamentaire de sa mère et en son propre nom, intenté une action dans laquelle il soutient que ses enfants et lui ont droit à un bien-fonds légué à sa mère, Tzina Goodman, par sa grand-mère, Annie Sanofsky. Les appelants, Sam, William et Ted Geffen sont, respectivement, les frères et le neveu de la mère de Stacy. Ils sont les fiduciaires d'un contrat de fiducie dans lequel la mère de Stacy est désignée comme la disposante et en vertu duquel le bien en fiducie doit être partagé entre tous les petits-enfants d'Annie Sanofsky. Ce pourvoi concerne la validité du contrat de fiducie.

1. Les faits

Annie Sanofsky a eu quatre enfants, Sam, Ted, Jack et Tzina. Sam et Ted Geffen sont des hommes d'affaires prospères qui vivent aux États-Unis. Leur frère Jack est un courtier d'assurances qui vit à Edmonton. Leur sœur Tzina (M^{me} Goodman), qui est maintenant décédée, a eu sa part de difficultés dans la vie. D'abord soignée par un psychiatre à l'adolescence, elle a fini par avoir besoin de soins psychiatriques pendant toute sa vie. Elle a été hospitalisée à maintes reprises au fil des ans; le diagnostic établi à son égard fait état d'un trouble affectif bipolaire, que l'on appelait auparavant psychose maniaco-dépressive, et de personnalité immature. À cause de sa maladie, ses rapports avec sa famille se sont tendus; les gens ont eu tendance à l'éviter. Elle s'est certes mariée et a eu des enfants, mais elle a été peu souvent en contact avec ses enfants après sa séparation d'avec son mari. Ils ne se voyaient qu'à l'occasion.

En 1968, avec l'aide de son fils Jack, Annie Sanofsky a signé un testament accordant à sa fille Tzina un droit de tenure viager et disposant qu'au décès de Tzina, son patrimoine soit partagé entre tous ses petits-enfants (ceux d'Annie). Lors du décès de leur mère, les quatre enfants ont été étonnés d'apprendre qu'un nouveau testament, annulant celui de 1968, avait été signé en 1975. Aux termes du second testament, Annie Sanofsky léguait sans réserve à sa fille Tzina la propriété où elle avait vécu, laissait 1 000 \$ à chacun de ses fils et disposait que le reliquat de sa succession soit détenu en fiducie pour le bénéfice de Tzina pendant sa vie et, au décès de Tzina, transmis aux enfants de cette dernière.

Comme on pouvait s'y attendre, les trois frères Geffen n'ont pas été heureux des dispositions testamentaires de leur mère. Ils ont estimé injuste que leurs enfants aient été exclus du testament. Leur sœur s'est dite du même avis. Toutefois, ils s'inquiétaient surtout de la décision de leur mère de léguer, sans réserve, sa maison de Calgary à leur sœur. Tzina souffrait de troubles mentaux et ils craignaient que sa maladie ne la rende incapable d'agir de façon responsable en ce qui a trait à la propriété dont elle avait hérité. La possibilité que Tzina se défasse des biens dont dépendait sa subsistance était pour eux un sujet d'inquiétude particulier. Dans cette éventualité, ils pourraient être appelés à lui apporter un soutien financier. Avec leur sœur, ils ont décidé de demander une opinion juridique sur la validité du second testament.

Ils ont retenu les services de M^e Pearce, un avocat de Calgary, et lui ont exposé le cas. Jack Geffen a été le porte-parole de la famille. Les choix qui s'offraient à Tzina ont été examinés soigneusement. L'on a proposé que Tzina

transfère la maison aux enfants de ses frères. Un désaccord a surgi entre Tzina et son frère Jack. Elle n'a pas aimé l'idée de céder le titre de propriété de la maison immédiatement et de ne conserver qu'un droit de tenure viager sur celle-ci. M^e Pearce lui a suggéré d'y réfléchir quelque temps. Ils se sont séparés, les frères ont payé la consultation et tous les intéressés ont regagné leurs domiciles respectifs.

Par la suite, M^{me} Goodman n'est entrée en contact avec ses frères qu'à l'occasion, mais elle a continué de demander des avis juridiques et a communiqué avec M^e Pearce à maintes reprises. Par suite de ces consultations, il a été suggéré à M^{me} Goodman de mettre la maison de Calgary en fiducie à son bénéfice pendant sa vie, ses frères étant désignés fiduciaires, mais de retenir le droit de l'aliéner par testament. Jack a rejeté catégoriquement cette suggestion, mais Ted et Sam Geffen l'ont acceptée. Jack a dit qu'il n'aurait plus rien à voir avec la fiducie et il a été convenu que le fils de Ted, William, le remplacerait comme fiduciaire.

M^e Pearce a donc rédigé l'acte de fiducie. Le bien en fiducie a été transféré aux fiduciaires aux conditions suivantes: M^{me} Goodman conserverait un droit de tenure viager sur la maison de Calgary et, à sa demande, les fiduciaires étudieraient la possibilité de la vendre si la vente était avantageuse pour M^{me} Goodman. L'acte de fiducie stipulait en outre qu'au décès de M^{me} Goodman, le bien en fiducie serait partagé également entre ses enfants, neveux et nièces survivants, c'est-à-dire tous les petits-enfants d'Annie Sanofsky.

Après que l'acte eut été signé, M^{me} Goodman n'était apparemment pas tout à fait certaine des conséquences de ce qu'elle avait fait. Elle a tenté à deux

reprises de mettre en vente la propriété. M^e Pearce a fait avorter ces tentatives. M^{me} Goodman est décédée en mai 1984; dans son testament, elle léguait tous ses biens à ses enfants.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

Banc de la Reine de l'Alberta (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210 (le juge Hutchinson)

Au procès, les demandeurs ont soutenu que l'acte de fiducie avait été signé par M^{me} Goodman par suite de l'abus d'influence des défendeurs et de Jack Geffen. Le juge Hutchinson a d'abord examiné l'admissibilité du témoignage de M^e Pearce et, en particulier, l'argument selon lequel ce témoignage n'aurait pas dû être reçu parce qu'il était privilégié. Après avoir conclu que le témoignage de M^e Pearce était recevable, le juge de première instance s'est penché sur sa portée. Il dit, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] J'accepte le témoignage de M^e Pearce selon lequel, au cours de ses premières discussions avec M^{me} Goodman, dans le cadre de sa première rencontre avec elle jusqu'au 7 février 1980 au moins, M^{me} Goodman comprenait très bien la nature et l'effet des dispositions consignées dans l'acte de fiducie. Je suis convaincu, d'une part, que M^{me} Goodman, après y avoir bien réfléchi de son côté, est à l'origine des instructions données à M^e Pearce de rédiger l'acte de fiducie en conformité avec la suggestion de ce dernier, que ce serait là une autre manière de détenir la résidence de Calgary, propre à lui garantir un toit jusqu'à la fin de ses jours, et, d'autre part, qu'elle avait l'intention d'inclure tous les bénéficiaires ultimes de la fiducie qui y sont nommés, dont ses propres enfants.

Se fondant sur le témoignage de l'avocat et ceux d'autres témoins, le juge Hutchinson a conclu qu'en fait, d'après la preuve, les frères Geffen n'avaient pas

influencé la décision de leur s{oe}ur de signer l'acte de fiducie. Ce faisant, il a insisté particulièrement sur le fait que l'acte de fiducie traduisait pour l'essentiel les véritables volontés de la disposante. Subsidiairement, le juge Hutchinson a conclu que la présomption d'abus d'influence était réfutée par le fait que M^{me} Goodman avait consulté M^e Pearce séparément, après que ses frères eurent quitté Calgary. Le juge de première instance conclut, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Somme toute, la preuve que j'ai entendue ou que l'avocat du demandeur a consignée me persuade que les rapports entre M^{me} Goodman et ses trois frères étaient tels qu'ils n'ont exercé aucune influence sur elle [. . .] Mis à part le bref intervalle durant lequel ils ont été réunis à cause de la maladie et du décès de leur mère, les trois frères et M^{me} Goodman n'ont presque pas été en contact. Elle n'a pas compté sur leur aide et leur seul souci était que l'héritage de leur mère soit disponible pour assurer la subsistance de leur s{oe}ur sans qu'ils aient eux-mêmes à subvenir à ses besoins.

Cour d'appel de l'Alberta (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289

Le juge Stevenson (aux motifs duquel a souscrit le juge Stratton)

En appel, les intimés ont soutenu que le juge de première instance n'avait pas reconnu ni étudié la présomption d'abus d'influence. Le juge Stevenson a approuvé ce point de vue. Il a souligné les antécédents psychiatriques de la défunte et les témoignages de ses frères selon lesquels la défunte leur faisait confiance. Le juge Stevenson a ajouté qu'étant donné que ses frères aînés avaient joué un rôle de premier plan dans l'obtention d'un avis juridique, notamment dans le but d'assurer des avantages à leurs propres enfants, une cour d'*equity* interviendrait en présumant l'exercice d'une influence.

Le juge Stevenson a étudié ensuite la question de savoir si l'opération était désavantageuse pour M^{me} Goodman au point d'indiquer qu'elle avait été ou pouvait avoir été une victime. Après avoir exprimé une certaine inquiétude au sujet de l'opportunité d'appliquer ce critère, le juge Stevenson a conclu que le contrat de fiducie était non pas simplement peu judicieux, mais [TRADUCTION] "folie manifeste". À son avis, il était nettement désavantageux pour M^{me} Goodman de réduire son droit sur la propriété de Calgary que sa mère lui avait léguée sans réserve à un simple droit de tenure viager et de mettre le droit résiduel hors de sa portée. Il dit, à la p. 297:

[TRADUCTION] À supposer que l'on aurait dû la protéger des conséquences d'une opération commerciale conclue, de façon imprévoyante, à un moment où sa conduite était irrationnelle, cette protection aurait pu facilement être obtenue par des moyens beaucoup moins radicaux. La protection contre cette possibilité ne supposait pas, et encore moins n'exigeait pas raisonnablement, qu'elle transformât un fief simple en simple droit de tenure viager. Même la fiducie à participation protégée la plus stricte n'aurait pas mis le droit résiduel hors du contrôle ou du pouvoir d'aliénation des fiduciaires dans l'intérêt du bénéficiaire.

Il était donc d'avis qu'aucune personne raisonnable, dans la situation de la disposante, n'aurait conclu cet accord pour le motif que cela était raisonnablement nécessaire pour se protéger ou qu'il était injuste de ne pas le faire.

Le juge Stevenson a examiné ensuite si, d'après la preuve, la présomption d'abus d'influence avait été réfutée. À son avis, M^{me} Goodman n'avait pas reçu de conseils adéquats d'une personne indépendante. Il s'est dit d'avis qu'un conseiller indépendant doit être en mesure de s'assurer qu'une donation envisagée est juste et équitable. La preuve n'a pas révélé que M^e Pearce ait jamais cherché à s'en assurer.

En réalité, il n'aurait pas pu le faire, car il ignorait la valeur de la propriété et la situation de M^{me} Goodman et de ses frères.

Le juge Hetherington (dissidente)

Le juge Hetherington a pris note de la maladie de la disposante, mais elle a conclu que sa capacité de passer le contrat de fiducie n'était pas et n'avait jamais été contestée. Elle a également souligné qu'il fallait présumer que M^{me} Goodman n'était ni plus ni moins influençable que d'autres.

Citant l'arrêt *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686 (H.L.), à titre de précédent, le juge Hetherington a décidé qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'abus d'influence, sauf si l'opération était désavantageuse pour la disposante au point d'indiquer qu'elle avait été ou pouvait avoir été une victime. À son avis, deux motifs pouvaient expliquer la conclusion du contrat de fiducie par M^{me} Goodman. Premièrement, il servait à la protéger au cas où sa maladie la pousserait à agir de façon irrationnelle. Deuxièmement, c'était sa volonté que ses neveux et nièces partagent à parts égales avec ses enfants l'héritage de leur grand-mère. Tout en reconnaissant que le contrat de fiducie était peut-être peu judicieux compte tenu de sa propre situation financière, le juge Hetherington s'est dite d'avis qu'il n'était pas désavantageux pour la disposante au point que le tribunal doive décider s'il résultait d'un abus d'influence. Toutefois, au cas où elle se tromperait sur ce point, le juge Hetherington a ensuite examiné la question de l'applicabilité de la théorie de l'abus d'influence, réel ou présumé.

Le juge Hetherington ne croyait pas que les liens de parenté entre frères et sœurs fassent naître automatiquement une présomption d'abus d'influence. Du simple fait que la disposante avait fait confiance à ses frères, il ne s'ensuivait pas qu'ils étaient en mesure d'exercer une telle influence sur elle. Quant à la question de savoir s'il y avait eu réellement abus d'influence, le juge Hetherington conclut, à la p. 322:

[TRADUCTION] Vu ces circonstances, le juge de première instance a conclu que les frères de M^{me} Goodman n'avaient pas influencé sa décision de signer l'acte de fiducie. Peut-on affirmer qu'il a fait une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits? Je ne le crois pas. La preuve permet certainement sa conclusion. En fait, je ne vois pas comment il aurait pu tirer quelque autre conclusion. Je ne modifierais donc pas sa conclusion que l'acte de fiducie dont il est question en l'espèce ne résultait pas d'un abus d'influence réel.

Cour d'appel de l'Alberta (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 414 (Calgary n° 19362, 9 février 1990)

Après délivrance des motifs de jugement, les intimés, qui avaient été déboutés, ont demandé une ordonnance leur accordant des dépens au lieu d'avoir à en payer comme le prévoyait le jugement initial. Les juges Stevenson et Stratton ont décidé qu'en obtenant la cession de la disposante, les frères étaient en défaut et défendaient un intérêt qu'ils avaient eux-mêmes contribué à créer au profit de personnes qu'ils avaient désignées. Puisque le litige avait visé leur propre avantage, la demande de dépens a été rejetée.

Le juge Hetherington a été dissidente sur ce point aussi. À son avis, les fiduciaires ont agi de façon raisonnable et régulière en contestant l'action et en

répondant à l'appel. Il n'a jamais été établi que les frères avaient agi de façon irrégulière vis-à-vis de leur s{oe}ur. Ils étaient tenus de défendre les intérêts des bénéficiaires et de répondre aux graves allégations contenues dans la déclaration. Elle aurait accordé le paiement des dépens des fiduciaires à même la masse.

3. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle appliqué correctement la présomption d'abus d'influence?
2. Les fiduciaires ont-ils droit au paiement de dépens à même la masse?

4. Analyse

La présomption d'abus d'influence

Le présent pourvoi soulève d'importantes questions concernant la doctrine de l'abus d'influence et, particulièrement, l'application de la présomption d'abus d'influence. C'est sur cette question que le juge de première instance et la Cour d'appel ont exprimé des opinions divergentes. De même, la Chambre des lords, dans l'arrêt *Morgan*, a récemment examiné la portée de la doctrine de l'abus d'influence et de son pendant en matière de présentation de preuve, la présomption d'abus d'influence. Il n'est pas étonnant que les parties au présent pourvoi aient consacré la grande part de leurs arguments, tant à l'étape de la demande d'autorisation que du pourvoi lui-même, à la question de savoir si nous devrions suivre la conclusion de la Chambre des lords au Canada. En réalité, le principal moyen d'appel invoqué par l'appelant était de savoir s'il pouvait y avoir une présomption d'abus d'influence lorsque le juge de première instance n'a pas conclu

que le contrat de fiducie comportait un "désavantage manifeste" pour la partie qui en réclamait l'annulation. L'intimé a répondu que la doctrine du "désavantage manifeste" ne s'applique qu'aux opérations commerciales et ne s'applique pas aux donations. La Cour est donc non seulement appelée à trancher le différend entre les parties au présent pourvoi, mais aussi à clarifier le droit et à établir des lignes directrices dans ce domaine au profit de nos tribunaux.

Les appelants soutiennent que la Cour d'appel a commis deux erreurs. Premièrement, ils affirment que les faits ne donnaient pas lieu à une présomption d'abus d'influence parce que le contrat de fiducie n'a pas produit pour la disposante de "désavantage manifeste". Deuxièmement, ils affirment que, même s'il y avait eu lieu en l'espèce d'appliquer la présomption, celle-ci aurait été réfutée quand le juge de première instance a conclu qu'en fait M^{me} Goodman n'avait fait l'objet d'aucun abus d'influence visant à lui faire signer l'acte de fiducie. Par conséquent, ils affirment que la Cour d'appel a commis une erreur de droit quand elle a infirmé cette constatation de fait.

Les intimés soutiennent que la Cour d'appel a conclu à bon droit que la présomption d'abus d'influence s'appliquait en l'espèce. Ils affirment que la théorie du "désavantage manifeste" n'est pas pertinente dans les cas où il s'agit de donations plutôt que d'opérations commerciales, mais que, si elle était applicable, le legs de la maison de Calgary par M^{me} Goodman à ses enfants, neveux et nièces serait manifestement désavantageux pour elle. Les intimés soutiennent que la preuve n'établit pas que la présomption a été réfutée.

La théorie de l'abus d'influence reconnue en *equity* a été conçue, comme l'a souligné le lord juge Lindley dans *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, non pas pour protéger les gens contre les conséquences de leur folie, mais pour empêcher qu'ils ne deviennent la victime d'autrui (aux pp. 182 et 183). Dans le contexte des donations et d'autres opérations, l'*equity* intervient pour annuler ces dispositions si elles ont été prises par suite d'un abus d'influence. Au fil des ans, l'on a accepté que la protection reconnue en *equity* puisse être invoquée de deux manières.

Dans l'arrêt *Allcard v. Skinner*, précité, la demanderesse était entrée dans une communauté religieuse qui se vouait à des œuvres de charité sous les auspices d'un pasteur de l'Église d'Angleterre. Lors de son entrée définitive en religion, elle a prononcé les vœux obligatoires de pauvreté, de chasteté et d'obéissance. Conformément à ces vœux, elle remettait de temps à autre à la mère supérieure le revenu et le capital auxquels elle avait droit aux termes du testament de son père. Plusieurs années plus tard, la demanderesse a quitté l'ordre et s'est jointe à l'Église catholique romaine. Elle a intenté alors une action en recouvrement des actions qu'elle avait données, prétendant qu'elle avait été incitée, par suite d'un abus d'influence, à céder ces biens à la mère supérieure.

Le lord juge Cotton a tout d'abord exposé la théorie de l'abus d'influence en termes généraux. Il dit, à la p. 171:

[TRADUCTION] L'affaire est-elle visée par les principes que la Cour de la Chancellerie a énoncés dans ses décisions où elle a annulé des donations effectuées volontairement par des parties qui les avaient faites sous une influence de nature, selon la Cour, à permettre, par la suite, au donateur de révoquer la donation? Ces décisions peuvent être réparties dans deux catégories -- Premièrement, les cas où la cour a été convaincue que la

donation résultait de l'influence exercée expressément par le donataire à cette fin; deuxièmement, ceux où les relations entre le donateur et le donataire étaient de nature, soit au moment où la donation a été faite, soit peu avant, à faire naître une présomption d'influence du donataire sur le donateur.

Le lord juge Lindley a fait des observations semblables sur l'état du droit à cette époque. Il dit, à la p. 181:

[TRADUCTION] La théorie qu'invoque l'appelante est celle de l'abus d'influence exposée et mise en application dans l'arrêt *Huguenin v. Baseley* et d'autres du même ordre. Ces arrêts peuvent être rangés en deux catégories qui se chevauchent néanmoins fréquemment.

Dans la première, on classe les affaires dans lesquelles il y a eu une conduite inéquitable et irrégulière -- une contrainte extérieure, quelque fourberie, quelque escroquerie, et de façon générale, mais non dans tous les cas, quelque avantage personnel obtenu par un donataire ayant des rapports étroits avec le donateur qui a des rapports de confiance étroits avec lui . . .

Dans la deuxième catégorie d'affaires, il y a celles où la situation du donateur par rapport au donataire est telle qu'il incombe au donataire de conseiller le donateur, voire d'administrer ses biens pour lui. En pareil cas, le tribunal impose au donataire le fardeau de prouver qu'il n'a pas abusé de sa position et que la donation qui lui a été faite ne résulte pas de quelque abus d'influence de sa part. Dans ce type d'affaire, il a été estimé nécessaire de démontrer que le donataire avait reçu l'avis d'une personne indépendante et était soustrait à l'influence du donataire au moment où la donation a été faite.

En l'espèce, il n'y avait pas de preuve d'abus d'influence comme tel et il reste donc à examiner si les rapports entre les parties soulèvent une présomption d'abus d'influence.

Quels sont les facteurs qui permettent d'établir l'existence d'une présomption d'abus d'influence? Cette question a suscité une vive controverse au

cours des dernières années. Il a été reconnu en *equity* que les opérations conclues par des personnes qui entretiennent certains rapports sont présumées être, jusqu'à preuve du contraire, le produit de relations dans lesquelles une influence est exercée. Sont assimilés à ces rapports, les relations entre le fiduciaire et le bénéficiaire (*Ellis v. Barker* (1871), 7 Ch. App. 104), entre l'avocat et son client (*Wright v. Carter*, [1903] 1 Ch. 27), entre le médecin et son patient (*Mitchell v. Homfray* (1881), 8 Q.B.D. 587), entre les parents et les enfants (*Lancashire Loans, Ltd. v. Black*, [1934] 1 K.B. 380), entre le tuteur et le pupille (*Hylton v. Hylton* (1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349), et entre le futur mari et sa fiancée (*In re Lloyds Bank, Ltd.*, [1931] 1 Ch. 289). Toutefois, depuis l'arrêt *Zamet v. Hyman*, [1961] 3 All E.R. 933, on en est venu à accepter que les rapports dans lesquels l'abus d'influence sera présumé ne sont pas limités à des catégories immuables et que chaque cas doit être examiné en fonction de ses propres faits. Depuis lors, tous s'entendent généralement pour dire que l'existence d'une relation "spéciale" doit être établie pour que la présomption soit justifiée, quoiqu'il subsiste un doute sur ce qui constitue une relation "spéciale". Dans *Snell's Principles of Equity* (1982), par exemple, on affirme, à la p. 540, que la présomption s'applique quand l'opération a été conclue entre des parties qui ont des rapports fiduciaires entre elles. D'autres soutiennent que l'influence découle naturellement des rapports de confiance: voir *Canadian Encyclopedic Digest (Western)*, titre 67, par. 94. Dans *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757, sir Eric Sachs a étudié cette question à fond; selon lui, l'existence de rapports de consultation est pertinente quant à la solution qu'il convient de retenir. Il ajoute, à la p. 767:

[TRADUCTION] Ce type d'affaire tend à se produire quand une personne se fie aux conseils ou aux avis d'une autre, lorsque cette dernière sait que

cette confiance existe et que la personne à qui se fie la première tire, ou peut bien tirer, un avantage de l'opération ou a quelque autre intérêt à ce qu'elle soit conclue.

Les observations de sir Eric ont été approuvées dans *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, précité, une affaire traitant de l'à-propos du rôle joué par une banque dans la réalisation d'une opération avec l'un de ses clients. Lord Scarman a expliqué les problèmes que posait pour lui l'état existant du droit, à la p. 703. Selon lui, les mots et expressions tels que [TRADUCTION] "confiance", "rapports de confiance" et "obligation fiduciaire" constituaient des notions qui étaient inadéquates pour orienter l'examen que devaient faire les juges et qui souvent les amenaient à mal interpréter les faits:

[TRADUCTION] Il ne manque pas de rapports de confiance qui ne font pas naître la présomption d'abus d'influence [. . .] et il ne manque pas de rapports non fondés sur la confiance dans lesquels une personne se fie à l'avis d'une autre . . .

En exprimant son approbation des propos de sir Eric, lord Scarman fait observer, à la p. 709, que les rapports dans lesquels une partie finit par exercer une influence dominante sur l'autre sont [TRADUCTION] "infiniment variés" et que rien ne peut remplacer un [TRADUCTION] "examen méticuleux des faits".

Il y a pourtant lieu de noter que cet aspect du discours de lord Scarman dans l'arrêt *Morgan* a été considérablement réprouvé dans les milieux universitaires. Nombre de commentateurs ont émis l'avis que l'imprécision de l'examen qu'il avait fait n'apportait rien d'utile; voir Malcolm Cope, "Undue Influence and Alleged Manifestly Disadvantageous Transactions: *National Westminster Bank plc v.*

Morgan" (1986), 60 *A.L.J.* 87, David Tiplady, "The Limits of Undue Influence" (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 579, et Editorial, "Bank securities allegedly obtained by undue influence", [1985] *J. Bus. Law* 191. Dans son article intitulé "Undue Influence in the House of Lords" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 503, le professeur Ogilvie préfère, par contre, la latitude qu'offre la solution de l'arrêt *Morgan* pour des raisons plus téléologiques. Il affirme que le critère permet aux tribunaux supérieurs de procéder à un examen plus large. Il estime que c'est une bonne chose. Certains marquent leur préférence pour le point de vue exprimé par sir Eric dans l'arrêt *Bundy*, précité (voir Neil Andrews, "Undue Influence and Contracts of Loan", [1985] *Cambridge L.J.* 192), tandis que d'autres estiment que lord Denning était sur la bonne voie quand il a affirmé, dans une opinion incidente dans l'arrêt *Bundy*, que les tribunaux devraient adopter le concept de l'inégalité du pouvoir de négociation. Si on lui apporte les modifications qui s'imposent dans le contexte des donations, le déséquilibre des pouvoirs constitue une mesure utile pour apprécier l'opportunité d'une intervention fondée sur l'*equity*: voir Charles Reed, "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 106, et R. D. Taylor, "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 105. Puis, d'autres encore ont énoncé leurs propres critères relativement à cet aspect de l'examen de la présomption. Pour David Tiplady, précité, la caractéristique constante de ces affaires est le fait qu'une des parties est amenée à croire qu'elle peut se fier à une autre pour obtenir un avis et des conseils désintéressés, alors que l'autre fait primer son propre intérêt. Enfin, Malcolm Cope, précité, affirme, dans le même esprit, que le critère applicable devrait être celui de la confiance dans des avis et conseils.

Le débat qui s'amplifie dans la doctrine au sujet du genre de relations auquel devrait s'appliquer la présomption d'abus d'influence se répercute dans les décisions des tribunaux anglais postérieures à l'arrêt *Morgan*. Par exemple, dans *Midland Bank plc v. Shephard*, [1988] 3 All E.R. 17, et dans *Simpson v. Simpson*, [1989] Fam. L. 20, un critère de [TRADUCTION] "l'influence dominante" a été appliqué, tandis que, dans *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133, la Cour d'appel a appliqué le critère des rapports de confiance et a rejeté catégoriquement la théorie de la domination, disant, à la p. 153:

[TRADUCTION] Il est naturel de présumer que l'influence découle de cette confiance. Mais l'expérience enseigne qu'au contraire l'on ne peut pas présumer que tout patient est dominé par son médecin ou tout client par son avocat. Même si on le dit pour plaisanter, ces cas doivent être rares [. . .] une présomption n'a pas pour fonction de présumer ce qui est généralement improbable.

Voir Brenda Dale, "Undue Influence: Recent Developments" (1989), 53 *Conv. & Prop. Law*. 63.

Une controverse semblable s'est élevée au sujet d'un autre facteur jugé pertinent pour établir l'existence d'une présomption d'abus d'influence. En Cour d'appel, dans l'affaire *Morgan*, les deux juges sont tombés d'accord pour dire qu'il n'était pas nécessaire que le demandeur qui invoque la présomption démontre que l'opération conclue l'a désavantagé. Le lord juge Dunn a reconnu que, dans tous les précédents, la partie influencée avait été désavantagée, mais il a ajouté que, pour des considérations d'intérêt public, une cour d'*equity* ne devrait pas sanctionner les opérations réalisées par suite d'un abus possible de rapports de confiance. Le lord juge Slade a souscrit à cette opinion, ajoutant que cela ne signifiait pas que la preuve

de la justesse de l'opération n'était pas pertinente. À son avis, cette preuve pouvait, de fait, faciliter à une partie la tâche de réfuter la présomption qui a été appliquée.

La Chambre des lords a cependant infirmé l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point précis. Dans son discours, lord Scarman dit, à la p. 704:

[TRADUCTION] Peu importe la nature juridique de l'opération, il ressort de la jurisprudence que celle-ci doit représenter un désavantage suffisamment sérieux pour nécessiter que l'on produise une preuve réfutant la présomption que, vu les circonstances des rapports entre les parties, cette opération résultait d'un abus d'influence. Donc, à mon sens, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en décidant que la présomption d'abus d'influence peut découler de la preuve des rapports entre les parties sans que l'on prouve également que l'opération elle-même était répréhensible du fait qu'on avait tiré profit de la personne influencée, ce qui ne peut s'expliquer, faute de preuve contraire, que par l'abus d'influence commis pour la conclure.

L'exigence que le demandeur démontre l'existence d'un désavantage manifeste a été appliquée, par la suite, même aux cas d'un abus d'influence rentrant dans la première catégorie, c'est-à-dire ceux où la personne qui aurait été influencée doit établir qu'effectivement elle a été victime d'un abus d'influence: voir *Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody*, [1989] 2 W.L.R. 759 (C.A.).

L'exigence que le demandeur démontre l'existence d'un désavantage manifeste a fait l'objet de critiques virulentes. Certains commentateurs n'ont pas tant attaqué la théorie elle-même que vu d'un mauvais {oe}il son application dans l'arrêt *Aboody*, précité, compte tenu des faits de l'espèce: voir M. J. Dixon, "The Limits of Undue Influence Explained", [1989] *Cambridge L.J.* 359, et Brenda Dale, "Undue Influence and Manifest Disadvantage" (1988), 52 *Conv. & Prop. Law.* 441. D'autres

semblent accepter qu'il est utile de démontrer l'existence d'un désavantage manifeste au moment où la présomption est invoquée, mais ils affirment que l'exigence a été formulée de manière trop stricte dans l'arrêt *Morgan*, précité. Par exemple, Tiplady, précité, a mis en doute l'examen objectif du désavantage que préconise lord Scarman. Citant *Re Brocklehurst*, [1978] 1 All E.R. 767 (C.A.), il fait remarquer que les tribunaux dans le passé ont également reconnu que le désavantage pouvait comporter un aspect subjectif. De la même façon, le professeur Ogilvie, précité, semble accepter l'idée que le désavantage subi par le donateur est pertinent, mais il irait plus loin et affirmerait que l'avantage tiré par le donataire est aussi important: voir également Neil Andrews, précité. De plus, Tiplady souligne que, lorsqu'on étudie la question dans le contexte des donations par opposition à celui des opérations commerciales, on satisfait toujours à l'exigence du désavantage parce que la nature de la donation est telle que la question de la contrepartie suffisante ne se pose jamais.

Notre Cour n'est évidemment pas tenue de suivre les décisions de la Chambre des lords. Et, à proprement parler, il n'est pas nécessaire non plus, pour les fins du présent pourvoi, d'examiner tous les aspects de l'arrêt *Morgan* et en particulier la décision de la Chambre des lords concernant l'exigence de démontrer un "désavantage manifeste" dans les cas d'opérations commerciales. J'estime cependant que la solution du présent pourvoi devrait venir des premiers principes, ce qui nous amène nécessairement à un examen du droit établi dans l'arrêt *Morgan*. Je crois que nous devrions tenir compte du débat qu'a provoqué l'arrêt *Morgan* et commencer par nous demander quel but la théorie de l'abus d'influence était censée viser.

Certains commentateurs estiment nettement que la théorie de l'abus d'influence ne vise qu'à réprimer les abus de confiance qui entraînent pour la personne influencée un désavantage important et mesurable. Ainsi, Charles P. Reed, dans "Comment" (1984), 18 *Law Teacher* 132, souligne que la loi n'a pas à se mêler des marchés équitables. À propos du "paternalisme" dont fait preuve la Cour d'appel dans l'arrêt *Morgan*, il dit, à la p. 134:

[TRADUCTION] On fait valoir qu'en revendiquant le droit d'annuler un contrat même en l'absence de désavantage ou d'oppression manifestes subis par la partie soumise à l'influence d'autrui, les tribunaux s'exposent au reproche d'anéantir inutilement des marchés honnêtes et raisonnables. On laisse entendre que ce malheureux état de choses est imputable à certains arrêts du XIX^e siècle dans lesquels les principes de l'abus d'influence ont été exposés en termes trop larges. Ce sont notamment les arrêts *Tate v. Williamson* (1866) L.R. 2 Ch.App.55 et, en particulier, *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145, lequel portait sur le cas très particulier et exceptionnel d'une personne encouragée par son mentor spirituel à prononcer un vœu de pauvreté. Comme l'ont fait observer Cheshire et Fifoot, "[i]l se peut bien que les règles de droit strictes touchant l'abus d'influence aient leur origine dans l'hostilité qu'ont toujours manifestée les tribunaux envers la tyrannie spirituelle" (*Law of Contract*, 10^e éd., à la p. 281).

Pour d'autres, la théorie de l'abus d'influence vise non pas à prévenir les "mauvais marchés", mais à réparer les abus de confiance ou d'autorité. Pour ces analystes, cette branche de l'*equity* a pour objet de contrôler le processus plutôt que le résultat des opérations. David Tiplady soutient qu'au regard de la loi, certaines relations [TRADUCTION] "transcendent le simple mercantilisme" (à la p. 582) et il affirme que le fondement de la théorie réside dans la protection de l'intégrité ou de l'inviolabilité de ces liens. Et au Canada, le professeur Ogilvie souligne que ce que vise la loi, c'est l'abus et que le désavantage manifeste (ou son absence) n'est considéré que comme

un élément de preuve permettant de décider s'il y a eu réellement abus. Il dit, à la p. 511 :

[TRADUCTION] La théorie de l'abus d'influence est conçue pour protéger plus que de simples intérêts commerciaux; elle vise plutôt à protéger l'intégrité du faible ou de la personne faible momentanément contre la conclusion d'opérations désavantageuses, peu importe la manière de les apprécier.

La jurisprudence existante appuie, dans une certaine mesure, le point de vue du professeur Ogilvie. C'est incontestablement l'opinion émise par le lord juge Cotton dans l'arrêt fondamental *Allcard v. Skinner*, quand il dit, à la p. 93, que dans les cas où la présomption s'applique, la cour intervient, non parce qu'un acte répréhensible a réellement été commis par le donataire, [TRADUCTION] "mais pour des raisons d'intérêt public et pour empêcher que l'on abuse des relations qui existent entre les parties et de l'influence qui en découle". C'est aussi l'avis qu'exprime le lord chancelier Eldon dans l'arrêt *Huguenin v. Baseley* (1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526, aux pp. 300 et 536 respectivement: [TRADUCTION] "Il ne s'agit pas de décider si elle savait ce qu'elle faisait, avait fait ou comptait faire, mais d'où procédait son intention". (Voir également *Csada v. Csada*, [1985] 2 W.W.R. 265 (C.A. Sask.). En dernier lieu, la même solution a été adoptée en Australie: voir *Johnson v. Buttress* (1936), 56 C.L.R. 113 (H.C.), étudié par Malcolm Cope, précité, et Malcolm Cope, *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains* (1985).

Quant à moi, ni la façon d'aborder la théorie de l'abus d'influence, axée sur le résultat, ni celle axée sur le processus ne font ressortir parfaitement le véritable objectif de cette règle d'*equity*. Je dis cela principalement parce que la théorie s'applique à une grande diversité d'opérations, allant des simples donations aux

contrats classiques. Dans le premier cas, il semble logique que le processus qui aboutit au don soit assujéti à l'examen judiciaire, parce que la sanction judiciaire de la générosité forcée ou obtenue frauduleusement revêt un aspect essentiellement répugnant. En ce qui a trait aux relations contractuelles, toutefois, les tribunaux ont décidé depuis longtemps qu'il y avait lieu de protéger l'inviolabilité des marchés sauf s'ils étaient manifestement abusifs. Je ne puis me rappeler de cas où un contrat a été résilié pour la seule raison que le processus ayant abouti au marché était vicié de quelque manière. Il faut établir quelque chose de plus, comme la confiance préjudiciable. Il me semble donc que, peu importe la mesure d'abus d'influence retenue par notre Cour, elle doit être assez souple pour s'appliquer à une grande diversité d'opérations.

Quelle doit être alors la nature de la relation qui fera naître la présomption d'abus d'influence? Ayant à l'esprit l'arrêt *Morgan*, les critiques dont il a fait l'objet et les divergences de vues qu'il a suscitées dans la jurisprudence, je suis d'avis que des notions comme la "confiance" ne font pas ressortir suffisamment l'essence des rapports qui peuvent faire naître la présomption. En toute déférence, je partage l'avis de lord Scarman selon lequel bien des rapports de confiance ne font pas naître la présomption tout comme bien des rapports non fondés sur la confiance la font naître. Il me semble plutôt que, lorsqu'on parle d'"influence", on veut dire en fait la capacité d'une personne de dominer la volonté d'une autre, que ce soit par manipulation, par contrainte ou par pur, mais subtil, abus d'autorité. Je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel dans l'arrêt *Goldsworthy v. Brickell*, précité, selon lequel l'expérience humaine enseigne que les rapports de confiance ne sont pas caractérisés par la domination. Dominer la volonté d'autrui signifie simplement exercer sur lui

ou elle une influence persuasive. La capacité d'exercer pareille influence peut découler d'un rapport de confiance, mais elle peut aussi résulter d'autres relations. Le fait est qu'il n'y a rien de répréhensible en soi à ce que des personnes ayant des rapports de confiance exercent une influence sur leurs bénéficiaires, voire commettent un abus d'influence à leur endroit. Tout dépend de leur mobile et de l'objectif qu'elles cherchent à réaliser par ce moyen.

Qu'en est-il de l'exigence controversée du "désavantage manifeste" formulée dans l'arrêt *Morgan*? À mon avis, les critiques ont eu raison de souligner que ce critère, quoiqu'il puisse convenir dans un contexte purement commercial, restreint trop la théorie de l'abus d'influence. Dans le cas des donations ou des legs, par exemple, il n'est pas du tout logique d'insister pour que le donateur ou le testateur prouve que sa générosité l'a désavantagé. Certes, l'on pourrait soutenir que toute libéralité, au sens littéral, est par le fait même désavantageuse, mais il me semble que ce critère est tout à fait irréaliste dans le cas des donations. Le donateur qui veut faire un don n'est pas vraiment désavantagé s'il le fait. Au contraire, il atteint, ce faisant, son propre objectif. Par conséquent, le désavantage n'est, à mon sens, pas une notion qu'il convient particulièrement d'appliquer de manière générale à la grande diversité de cas susceptibles de donner lieu à l'application de la théorie de l'abus d'influence.

Que doit donc prouver le demandeur pour que joue la présomption d'abus d'influence? À mon avis, l'examen devrait d'abord porter sur les rapports entre les parties. La première question qu'il faut trancher dans chaque cas est de savoir si la relation elle-même comporte intrinsèquement une possibilité de domination. Ce

critère vise les rapports qui sont déjà reconnus, en *equity*, comme donnant lieu à la présomption, tels ceux de l'avocat et du client, des parents et des enfants, du tuteur et du pupille, ainsi que d'autres rapports de dépendance qu'on ne saurait facilement ranger dans une catégorie.

Une fois établi le type de relation requis pour justifier la présomption, il faut ensuite examiner la nature de l'opération. S'il s'agit d'opérations commerciales, je crois que, le demandeur devrait être tenu de démontrer, outre l'existence des rapports requis entre les parties, le caractère inéquitable du contrat, en ce sens qu'il a été désavantagé injustement ou que le défendeur a été avantagé injustement. Du point de vue de la cour, cette exigence supplémentaire est justifiée en matière commerciale, car, je le répète, une cour d'*equity*, même lorsqu'elle tempère la rigueur de la common law, doit respecter dans une certaine mesure le principe de la liberté de contracter et de l'inviolabilité des marchés. De surcroît, on peut présumer, dans la très grande majorité des opérations commerciales, que les parties agissent dans leur propre intérêt. Par conséquent, le simple fait que le demandeur semble donner plus que ce qu'il reçoit est insuffisant pour faire jouer la présomption.

Par contre, dans les cas où une contrepartie n'est pas en cause, par exemple, dans le cas des donations et des legs, il me semble tout à fait inopportun d'obliger le demandeur à prouver que le résultat constitue un désavantage ou un avantage injuste. En pareil cas, le souci de la cour est que ces libéralités ne soient pas entachées d'un vice. Il suffit donc d'établir la présence d'une relation de domination.

Une fois que le demandeur a établi que les circonstances sont de nature à donner lieu à l'application de la présomption, c'est-à-dire que, indépendamment des détails de l'opération contestée, la nature des rapports entre le demandeur et le défendeur étaient tels qu'il y avait possibilité d'influence, il incombe dès lors au défendeur de la réfuter. Comme l'a dit le maître des rôles, lord Evershed, dans l'arrêt *Zamet v. Hyman*, précité, à la p. 938, il faut démontrer que le demandeur a conclu l'opération [TRADUCTION] "après mûre réflexion, de son plein gré et en connaissance de cause". Essentiellement, cela peut signifier qu'il faut démontrer qu'aucune influence n'a été exercée dans cette opération particulière, que le demandeur a reçu l'avis d'une personne indépendante, et ainsi de suite. De plus, je partage le point de vue des auteurs qui affirment que l'importance du désavantage ou de l'avantage est une preuve pertinente pour décider si une influence a été exercée.

En l'espèce, ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont exposé de façon vraiment détaillée les raisons pour lesquelles la présomption d'abus d'influence était à bon droit applicable aux rapports entre M^{me} Goodman et ses frères aînés. Ils se sont plutôt concentrés sur les détails de la signature du contrat de fiducie lui-même. L'examen de la situation de la défunte et de ses frères à l'époque pertinente révèle cependant que les rapports qui existaient entre eux étaient tels qu'il y avait possibilité que ces derniers exercent une influence persuasive sur leur s{oe}ur. *Halsbury's Laws of England* (4^e éd.), vol. 18, para. 330, à la p. 149, établit le moment pertinent lorsqu'il identifie la catégorie de cas où prend naissance une présomption d'abus d'influence:

[TRADUCTION] **330.** . . . Deuxièmement, il y a les cas où les rapports entre le donateur et le donataire au moment de la donation ou peu avant ont été

tels qu'ils donnent naissance à la présomption que le donataire avait une influence sur le donateur. Dans cette seconde catégorie de cas, il incombe au donataire de réfuter la présomption en démontrant que le donateur a fait la donation seulement après réflexion complète, libre et éclairée. [Je souligne.]

Il est exact que le juge de première instance a tiré la conclusion de fait qu'il y avait eu très peu de contacts entre M^{me} Goodman et ses frères au cours des années qui ont précédé le décès de leur mère. La preuve non contredite montre que M^{me} Goodman avait souffert de troubles mentaux et qu'elle était atteinte de trouble affectif bipolaire et d'un problème de personnalité, ce qui la portait à être tantôt dominatrice et agressive, tantôt renfermée et impuissante, selon son humeur. Les frères savaient que l'état de leur s{oe}ur en faisait une personne avec qui il était difficile de traiter et que son état réduisait sa capacité d'agir de manière responsable pour son propre compte et de bien veiller à sa propre subsistance. Ils savaient que leur mère prenait en charge la majeure partie de la responsabilité de leur s{oe}ur et que sans son aide ils devraient vraisemblablement intervenir pour prêter assistance. Même si les frères étaient des hommes d'affaires prospères dont la situation financière était sensiblement meilleure que celle de leur s{oe}ur, ils la considéraient comme une charge potentielle et cherchaient à éviter toute responsabilité financière à son égard. En fait, c'est la perspective qu'ils pourraient être placés dans une situation de responsabilité à l'égard de leur s{oe}ur qui a donné à Jack l'idée d'aider leur mère dans la préparation de son premier testament qui assurait que cela ne se produirait pas.

C'est lorsque la mère est décédée et que les frères ont découvert qu'elle avait fait un deuxième testament qui supprimait les protections contenues dans le

premier qu'est née la possibilité réelle que les frères influencent leur s{oe}ur. La preuve révèle que M^{me} Goodman avait demandé l'aide de ses frères pour traverser la crise émotionnelle causée par la mort de sa mère, sa principale dispensatrice de soins. Les communications entre M^{me} Goodman et ses frères ont été plus fréquentes pendant cette période. Ils savaient qu'elle avait besoin d'assistance et de protection. Elles les a consultés pour savoir quel serait le meilleur arrangement. Les frères savaient bien que leur s{oe}ur avait mis sa confiance en eux pour l'aider à redresser ses affaires juridiques et financières. C'était une situation dans laquelle les frères savaient que leur s{oe}ur était vulnérable, qu'elle comptait sur eux pour l'aider et que leurs propres intérêts ne coïncidaient pas nécessairement avec les siens. Ainsi, abstraction faite des circonstances particulières de la conclusion de l'acte de fiducie, les rapports entre la défunte et les appelants étaient de nature à leur donner la possibilité de commettre un abus d'influence à son endroit.

Comme l'acte de fiducie participe incontestablement davantage d'une donation ou d'un legs que d'une opération commerciale, l'existence de la relation requise sans plus est suffisante pour faire jouer la présomption. Il reste donc à déterminer si la présomption a été réfutée. Pour en décider, il est nécessaire de procéder à "un examen méticuleux des faits" (lord Scarman, dans l'arrêt *Morgan*, précité, à la p. 709), et il importe de noter sur ce point que les appelants et les intimés contestent les constatations de fait des tribunaux d'instance inférieure.

Le secret professionnel de l'avocat

Les intimés contestent l'admission par le juge de première instance du témoignage de M^e Pearce, l'avocat qui a rédigé l'acte de fiducie. Son témoignage est crucial en l'espèce pour deux raisons. Premièrement, il peut aider à faire la lumière sur les circonstances précises de la conclusion du contrat de fiducie par la défunte. Deuxièmement, ce témoignage est déterminant quant à la question de savoir si M^{me} Goodman a reçu l'avis d'une personne indépendante sur l'opération projetée.

Au procès, le juge Hutchinson a admis le témoignage de M^e Pearce et a fourni deux motifs distincts de le faire. En premier lieu, il a décidé que les circonstances de l'espèce étaient analogues au contexte des testaments, dans lequel il est bien établi qu'il existe une catégorie d'exceptions à la règle de l'inadmissibilité des communications entre l'avocat et son client. Il dit, aux pp. 223 et 224 de ses motifs:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison logique de ne pas tenir pour applicable en l'espèce l'exception au privilège du secret professionnel de l'avocat qui est reconnue dans les cas où la transmission du patrimoine légué dépend de la validité du testament. En l'espèce, le contrat de fiducie passé par M^{me} Goodman est attaqué par le demandeur qui prétend que M^{me} Goodman a fait l'objet d'un abus d'influence visant à lui faire signer ce contrat. Il n'y a vraiment aucune différence entre une allégation d'abus d'influence relative à la signature d'un testament et celle relative à la signature d'un contrat de fiducie, si le testateur ou le disposant est décédé, puisque dans l'un et l'autre cas, il incombe à la cour de s'assurer de l'intention véritable et de la capacité de la personne décédée. À mon avis, il y va autant de l'intérêt du client que celui de la justice que le témoignage pertinent de l'avocat, M^e Pearce, soit admis en preuve.

Subsidiairement, il a conclu que, même s'il n'était pas possible d'établir une analogie avec les litiges en matière successorale, il y avait eu renonciation au

secret professionnel pour ce qui est des communications entre M^{me} Goodman et M^e Pearce. Il dit, à la p. 224:

[TRADUCTION] En l'espèce, les demandeurs sont les représentants successoraux de la défunte M^{me} Goodman. En ne s'opposant pas au témoignage de M^e Pearce et en choisissant de le soumettre à un contre-interrogatoire détaillé, les demandeurs ont implicitement renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat qui aurait pu exister à l'égard des communications entre M^e Pearce et M^{me} Goodman. De toute évidence, les défendeurs, à qui il incombait d'exécuter les clauses de la fiducie au profit des bénéficiaires ultimes nommés dans celle-ci, ont également renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat au nom de ces bénéficiaires en assignant M^e Pearce comme témoin.

En Cour d'appel, le juge Hetherington a souscrit au premier motif donné par le juge Hutchinson, mais elle n'a pas fait référence à son autre conclusion. La majorité ne s'est pas arrêtée à la question de la preuve.

Devant notre Cour, les intimés ont contesté cet aspect de la décision du juge de première instance. Ils affirment qu'il a commis une erreur en établissant une analogie entre l'exception touchant les testaments et la présente affaire et que la règle générale du secret professionnel de l'avocat aurait dû s'appliquer. Pour eux, il n'aurait pas fallu permettre à M^e Pearce de témoigner comme avocat et le tribunal lui-même aurait dû mettre fin à son témoignage. Ils ajoutent que, pour autant que le privilège aurait pu être invoqué à leur bénéfice, ils n'y auraient pas renoncé et, pour autant qu'il aurait pu l'être au bénéfice des appelants, il était interdit à ces derniers d'affirmer que seule M^{me} Goodman était cliente de M^e Pearce.

Il est reconnu depuis longtemps que les communications entre l'avocat et son client sont protégées par un privilège de non-divulgateion. L'énoncé classique

de la raison d'être de cette règle a été fait, il y a plus de cent cinquante ans, par le lord chancelier Brougham, dans l'arrêt *Greenough v. Gaskell* (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618, à la p. 103 et aux pp. 620 et 621 respectivement:

[TRADUCTION] Il n'est pas difficile de trouver le fondement de cette règle. Il ne réside pas (contrairement à ce qu'on lit parfois) dans l'importance particulière que le droit attribue à la profession de juriste, ni dans une tendance particulière à lui accorder une protection, quoiqu'il ne soit certainement pas très facile de découvrir pourquoi semblable privilège a été refusé à d'autres, surtout à la profession médicale.

Mais il procède d'un égard pour les intérêts de la justice, qui ne pourraient être défendus, et pour l'administration de la justice, qui ne pourrait suivre son cours, sans l'aide de personnes versées dans la science du droit, dans les règles de procédure des tribunaux et dans les questions touchant les droits et les obligations qui forment l'objet de tous les litiges soumis aux tribunaux. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun en serait réduit à ses propres ressources en matière juridique; privée de toute aide professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste et n'oserait confier à son avocat que la moitié des faits de son cas.

Plus récemment, notre Cour a défini le privilège comme un "droit civil fondamental": voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839. Par conséquent, si à une époque l'on a estimé que le privilège pouvait être invoqué par l'avocat et non par son client, aujourd'hui il est certain que le privilège est établi au bénéfice du client seulement. Il en résulte notamment que les communications confidentielles entre l'avocat et son client ne peuvent être divulguées que dans certains cas précis. Le client peut bien sûr choisir de divulguer le contenu de ses communications avec son conseiller juridique et renoncer ainsi au secret professionnel. Ou il peut autoriser son avocat à en divulguer le contenu en son nom. Même dans ce cas, cependant, les tribunaux ont fait preuve de circonspection en permettant cette divulgation, à tel point qu'ils ont pris sur eux de s'assurer qu'un

avocat ne témoigne pas sans le consentement exprès de son client. Ainsi, dans *Bell v. Smith*, [1968] R.C.S. 664, notre Cour a décidé que le secret professionnel avait été violé quand un ex-avocat des demandeurs dans une affaire d'accident d'automobile avait été assigné comme témoin par les défendeurs et avait témoigné sur les discussions qui avaient porté sur le règlement. Le juge Spence dit, à la p. 671:

[TRADUCTION] Il est plutôt étonnant que M^e Schreiber soit assigné comme témoin par les défendeurs contre ses anciens clients, qu'il produise tout son dossier, y compris de nombreuses notes et d'autres documents qui étaient privilégiés au bénéfice des demandeurs et que, peu importe que l'avocat des demandeurs s'y soit opposé ou non, il soit autorisé à témoigner et à produire quoi que ce soit sans qu'ait été demandé et obtenu au préalable le consentement des demandeurs.

Dans *Beer v. Ward* (1821), Jacob 77, 37 E.R. 779, le lord chancelier Eldon dit, à la p. 80:

. . . il serait du devoir de tout tribunal de l'interrompre s'il était sur le point de divulguer des choses confidentielles [. . .] le tribunal connaît le privilège dont jouit le client et il faut tenir pour acquis que l'avocat agira correctement et invoquera ce privilège, ou que, s'il ne le fait pas, le tribunal le forcera à l'invoquer.

Le secret professionnel est tellement important que les tribunaux ont également précisé que le caractère confidentiel des communications entre l'avocat et son client subsiste après le décès du client et est transmis à ses parents, héritiers ou ayants droit: voir *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*, [1901] A.C. 196, *Stewart v. Walker* (1903), 6 O.L.R. 495, et *Langworthy v. McVicar* (1913), 25 O.W.R. 297.

Une exception a toutefois été prévue afin de permettre à l'avocat de témoigner en matière testamentaire, et les commentateurs de même que les tribunaux ont donné diverses explications de cette exception à la règle générale du secret

professionnel de l'avocat. Dans *Wigmore on Evidence* (vol. 8, {SS} 2314), par exemple, l'auteur affirme que, pour ce qui est des questions relatives à la signature ou au contenu d'un testament, le raisonnement qui sous-tend l'exception se rapporte à la volonté du testateur de préserver le secret. À la page 610 du vol. 8, le professeur Wigmore dit:

[TRADUCTION] Mais, dans le cas des *testaments*, un élément particulier entre en jeu. L'on ne peut guère douter que le client souhaite tacitement que la signature et surtout le contenu demeurent secrets pendant sa vie et qu'ils font donc partie de sa communication confidentielle. Il faut présumer que, durant cette période, l'avocat ne devrait pas être appelé à divulguer même le fait qu'il y a eu signature d'un testament, et encore moins sa teneur. Mais, en revanche, ce caractère confidentiel n'est destiné à être que temporaire. Il est évident qu'une telle restriction peut être apportée au privilège.

Dans les cas où est en cause la validité d'un testament par opposition à sa signature ou à son contenu, le professeur Wigmore reconnaît que la raison d'être du secret n'explique pas complètement pourquoi les communications du testateur avec son avocat devraient être admises. Il dit aux pp. 612 et 613 qu'en pareil cas l'avocat peut témoigner sur l'état d'esprit du testateur puisque, si ce dernier n'était pas sain d'esprit ou a été victime d'un abus d'influence, ses paroles étaient [TRADUCTION] "de toute évidence dénuées de caractère confidentiel, le secret ne s'étendant pas au fait qu'il n'est pas sain d'esprit ni à celui qu'il a été victime d'un abus d'influence, car il va sans dire que le testateur ne croyait pas à l'existence de ces faits et que l'on ne pourrait pas affirmer qu'ils les a communiqués". Le professeur Wigmore cite ensuite divers précédents américains dans lesquels on a permis à un avocat de témoigner dans des cas où la validité d'un testament avait été contestée pour le motif que le testateur avait été victime d'un abus d'influence.

Par contre, le professeur Phipson semble être d'avis que, dans le contexte des testaments, l'exception au privilège du secret professionnel de l'avocat a une justification différente. À son avis, chaque fois que ceux qui l'invoquent et le client ont un intérêt commun dans le sujet des communications, qu'il s'agisse de questions de testament ou d'autres types de questions, le privilège ne s'applique pas. C'est pourquoi il affirme que le privilège ne s'applique pas lorsque les ayants droit d'un testateur, qui partagent un intérêt commun, l'invoquent à propos des communications faites par ce dernier à son avocat: voir *Phipson on Evidence* (13^e éd. 1982), à la p. 300.

Dans *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), les auteurs soutiennent que les tribunaux canadiens ont abordé l'admissibilité de ce genre de preuve d'une manière particulière, bien qu'ils aient abouti au même résultat. Par exemple, dans l'affaire *Stewart v. Walker*, précitée, on alléguait qu'une personne était décédée sans avoir fait de testament. Toutefois, l'avocat du défunt avait en sa possession une copie d'un testament dans lequel il lui léguait la majeure partie de ses biens et le nommait seul exécuteur testamentaire. L'on a prétendu que l'avocat ne devait pas être autorisé à témoigner sur l'existence ou la validité du testament. La Cour d'appel de l'Ontario a cependant estimé que l'avocat aurait dû être autorisé à témoigner, affirmant, aux pp. 497 et 498:

[TRADUCTION] La nature de l'affaire empêche de soulever la question du secret professionnel. La règle a pour objet de protéger les intérêts du client ou de ses ayants droit quand ils s'opposent à ceux de tierces personnes qui ne sont pas ou qui ne prétendent pas être des ayants droit. Et ce n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il s'agit de décider quelles ont été les dispositions testamentaires du client, si tant est qu'il en a formulé. Comme l'a dit sir George Turner, vice-chancelier, dans *Russell v. Jackson* (1851), 9 Ha. 387, à la p. 392: "La divulgation en pareil cas ne peut

toucher à aucun droit ni à aucun intérêt du client. Toute crainte à cet égard ne peut aucunement l'empêcher d'exposer sans réserve son cas à son avocat [. . .] et la divulgation qui a été faite ne pose pas plus de difficulté à la cour que dans les cas où elle doit vérifier les idées et les intentions des parties ou les objets et objectifs des dispositions." Selon l'usage, la règle énoncée ci-dessus est appliquée dans les affaires où un testament est contesté et où le témoignage de l'avocat, qui a rédigé le testament suivant les instructions reçues, est toujours admis. En outre, l'application d'une autre règle dans cette action priverait le demandeur d'une partie importante de la preuve tendant à établir ses droits.

De même, dans l'affaire *Re Ott*, [1972] 2 O.R. 5 (C. succ.), où il s'agissait de décider si le testateur qui avait déchiré son testament avait voulu révoquer un testament et redonner effet à un testament antérieur, le juge Anderson a décidé que la discussion qui avait eu lieu entre le défunt et son avocat au moment de la destruction du testament était admissible. Il dit, à la p. 11:

[TRADUCTION] . . . puisqu'il est essentiel en l'espèce de découvrir l'intention du testateur au moment où il a détruit le testament, c'est-à-dire s'il révoquait son testament sans condition ou s'il ne faisait que le déchirer afin de redonner effet à un testament antérieur, tout le débat se circonscrit autour de cette question et il me semble que la cour, si elle faisait jouer le privilège du client, après son décès, ne pourrait plus dès lors déterminer l'intention qu'avait le testateur au moment où il a déchiré le testament. Dans l'intérêt de la justice, il est plus important de découvrir l'intention véritable du testateur.

En l'espèce, les intimés soutiennent qu'aucune analogie ne peut être établie entre ces affaires de testament et le cas qui nous occupe. Je ne suis pas d'accord. Par leur argument, ils affirment implicitement que la common law n'a reconnu jusqu'à présent qu'une "exception" à la règle générale du caractère privilégié des communications entre l'avocat et son client, et ce, en matière de signature, de teneur ou de validité des testaments et seulement des testaments. Leur argument rappelle l'époque où la compartimentation était de mise au chapitre des règles de

preuve. Or, il n'en est plus ainsi, à mon sens. La tendance à la rationalisation de la façon d'aborder les questions d'admissibilité peut être observée autant au pays qu'à l'étranger (voir, par exemple, au Canada, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608 (oui-dire), et *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 (oui-dire), et au Royaume-Uni, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (fait similaire)); c'est une tendance qu'il y a lieu d'encourager, selon moi.

À mon avis, les considérations qui justifient l'admissibilité des communications entre l'avocat et son client en matière de testament s'appliquent avec la même force en l'espèce. Le principe général qui justifie la protection de ces communications est respecté. Les intérêts de la cliente maintenant décédée sont servis, en ce sens que l'admission du témoignage a précisément pour but d'établir ses intentions véritables. Et en faisant porter l'examen sur l'identité des héritiers ou ayants droit légitimes de la défunte, l'on respecte le principe qui veut que l'on étende le privilège à ses héritiers ou ayants droit. En résumé, pour reprendre les mots du juge Anderson de la Cour des successions dans l'affaire *Re Ott*, précitée, il y va de "l'intérêt de la justice" d'admettre ce témoignage.

Un dernier mot au sujet de cet aspect de l'affaire. Je tiens à faire remarquer que le second motif exposé par le juge de première instance pour admettre le témoignage a embrouillé la question. Certes, son raisonnement sur ce point n'est pas tout à fait clair, mais il semble affirmer que tant les demandeurs que les défendeurs avaient renoncé, par leur conduite, à tout privilège dont ils auraient pu jouir. Cette conclusion a sans doute inspiré l'argument plutôt tortueux des intimés selon lequel ils n'avaient jamais renoncé au privilège et selon lequel les appelants,

si le privilège pouvait être invoqué à leur seul bénéfice, ne pouvaient pas ensuite faire volte-face et prétendre que seule M^{me} Goodman était cliente de M^e Pearce. Je le répète, je préfère fonder ma décision sur le raisonnement qu'en pareil cas il ne peut être question de renoncer à quelque privilège que ce soit avant que les intentions véritables de la disposante n'aient été établies, ce qui nécessite l'admission du témoignage de l'avocat.

Examen des constatations de fait

La deuxième question de fait en litige concerne les constatations du juge de première instance. Les intimés allèguent que le juge Hutchinson a commis trois erreurs de fait manifestes, commettant ainsi une erreur de droit sujette à l'examen de notre Cour. En particulier, ils affirment que le juge de première instance n'a pas pris en considération toute la preuve pour conclure que M^{me} Goodman et ses frères n'avaient guère de contacts, que M^{me} Goodman ne comptait pas sur l'aide de ses frères et que leur seule préoccupation était d'assurer des moyens de subsistance à M^{me} Goodman, de préférence sans qu'ils aient eux-mêmes à déboursier un sou. Par contre, les appelants soutiennent que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en ne tenant aucun compte de la conclusion du juge de première instance selon laquelle les frères n'avaient commis à l'endroit de leur s{oe}ur aucun abus d'influence visant à lui faire signer l'acte de fiducie.

C'est maintenant un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne soit prouvé que le juge de première instance a

commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits: voir l'arrêt *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, à la p. 683, et les arrêts qui y sont cités. Même si une constatation de fait ne dépend pas de la crédibilité, notre Cour a pour principe de ne pas intervenir pour réviser les constatations des tribunaux de première instance. Ainsi, dans l'arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, où ils s'agissait de déterminer si le juge du procès avait omis de prendre en considération certains éléments de preuve pertinents, le juge Estey dit, à la p. 14:

Un tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. Il incombe toutefois au tribunal d'appel d'étudier le dossier du procès pour déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir.

Et même dans les cas où une constatation de fait n'est ni liée inextricablement à la crédibilité du témoin ni fondée sur une mauvaise compréhension de la preuve, la règle reste la même: l'examen en appel devrait se limiter aux cas où une erreur manifeste a été commise. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, notre Cour a refusé d'infirmer la conclusion du juge de première instance que certaines marchandises étaient défectueuses, disant, aux pp. 84 et 85, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve (citant *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371).

En l'espèce, rien n'indique, dans les motifs de jugement ou dans le dossier, que le juge de première instance a mal compris la preuve ou qu'il a par ailleurs commis une erreur quelconque en faisant ses constatations de fait. Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant ces constatations.

Étant donné que le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu très peu de contacts entre la défunte et ses frères à l'époque pertinente, que la défunte ne se fiait pas, en réalité, sur ses frères pour la conseiller et que le principal mobile des frères était de veiller au bien-être de leur s{oe}ur, il est difficile de conclure que les appelants n'ont pas réussi à réfuter le présomption d'abus d'influence. Outre ces conclusions, il est aussi utile de souligner que la preuve établit que la défunte a consulté M^e Pearce séparément, et qu'en fin de compte le contrat passé concordait avec ses volontés. Je reconnais que, dans d'autres situations, le fait que les frères ont joué un rôle de premier plan lors de la première rencontre avec M^e Pearce pourrait empêcher de conclure qu'elle a reçu les conseils d'une personne indépendante. Toutefois, après que les frères furent repartis chez eux, M^{me} Goodman a continué elle-même de consulter M^e Pearce.

Le fait que l'avocat n'a pas demandé de précisions sur la situation financière de M^{me} Goodman m'inquiète un peu. En particulier, son omission de découvrir que le patrimoine légué à sa cliente était son seul bien de valeur et qu'elle n'avait pas d'emploi stable nous autorise à nous demander si elle se rendait bien compte des conséquences financières qu'entraînait la fiducie pour elle. Toutefois, toute lacune que pourrait comporter l'avis juridique reçu n'est pas, à mon sens, fatale pour la cause des appelants.

Les dépens

La dernière question à trancher touche les dépens. Les appelants demandent le remboursement complet, à même la masse, des frais réels et raisonnables (y compris les honoraires d'avocat) qu'ils ont engagés pour répondre à l'action des intimés.

L'argument des intimés sur la question des dépens repose en grande partie sur l'hypothèse que le contrat de fiducie serait annulé pour cause d'abus d'influence. Ils ont avancé qu'en pareil cas les fiduciaires ne devraient pas être autorisés à tirer profit de quelque manière que ce soit de leur propre inconduite. Comme j'ai conclu qu'aucune inconduite ne pouvait être reprochée aux fiduciaires, il est inutile d'ajouter quoi que ce soit là-dessus. Les intimés exhortent cependant la Cour à ne pas permettre aux appelants de recouvrer leurs frais à même la masse, même s'ils ont gain de cause, pour le motif qu'ils ont agi à leur propre profit. Je ne puis accepter cet argument.

Les tribunaux ont décidé, depuis longtemps, que les fiduciaires ont le droit de se faire rembourser tous les frais, dont les honoraires d'avocat, qu'ils ont engagés raisonnablement. Les dépenses raisonnables comprennent les frais d'une action contre laquelle ils se sont défendus raisonnablement: voir *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51. Dans l'arrêt *Re Dallaway*, [1982] 3 All E.R. 118, le vice-chancelier sir Robert Megarry énonce la règle dans ces termes, à la p. 122:

[TRADUCTION] Pour autant que cette personne [le fiduciaire] ne se fasse pas rembourser ses frais par d'autres personnes, elle a le droit de les

recupérer sur les fonds qu'elle détient, sauf ordonnance contraire de la cour, et cette dernière ne peut ordonner autrement que si la personne en question a agi de façon déraisonnable ou, essentiellement, à son propre bénéfice, plutôt qu'au profit des fonds.

Il ne fait aucun doute que les fiduciaires ont agi de façon raisonnable dans cette action. Ils ont d'abord été accusés d'avoir commis une fraude au détriment de la défunte, allégation que n'a retenue aucune cour saisie de l'affaire. Ils ont néanmoins dû répondre à l'action. Les appelants ont été dégagés au procès de toute imputation d'abus d'influence à l'endroit de la disposante et, bien que la Cour d'appel ait rejeté leur appel sur la base d'une présomption d'abus d'influence, ils ont finalement été innocentés devant notre Cour en raison de la conclusion du juge de première instance qu'aucun abus d'influence n'avait réellement été commis.

L'on ne saurait non plus mettre sérieusement en doute que les appelants, en répondant à l'action, ont agi, non pas à leur propre profit, mais pour le bien de la fiducie. Pour ce qui est de William Geffen, bien sûr, répondre à l'action servait à la fois son propre intérêt et celui de ses cobénéficiaires. Certes, on ne nous a cité aucun précédent dans lequel des fiduciaires, qui demandaient d'être indemnisés à même une fiducie, étaient en outre les bénéficiaires de celle-ci, mais les intérêts coexistants du fiduciaire et du bénéficiaire ne constituent pas, à mon sens, un motif valable pour refuser de leur accorder des dépens. De la même façon, j'estime que le fait que les frères Geffen agissaient dans l'intérêt de leurs enfants, neveux et nièces ne met pas du tout en doute la justesse de leurs actions.

Il ne reste donc qu'à décider si les appelants ont le droit de se faire rembourser leurs dépens par Stacy Randall Goodman personnellement, plutôt que de

les récupérer sur le bien en fiducie. Remarquons à cet égard que le juge de première instance a ordonné à Stacy Randall Goodman de payer lui-même aux appelants leurs frais et non de les porter au compte de la succession de M^{me} Goodman ou de la masse. Étant donné que les intimés ont eu gain de cause en Cour d'appel, il est clair que les intimés avaient une thèse défendable à opposer aux appelants et je pense qu'il est opportun qu'ils assument simplement leurs propres frais, mais non pas également ceux des appelants.

5. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. Les appelants ont droit au remboursement complet, à même la masse, des frais réels et raisonnables (y compris les honoraires d'avocat) qu'ils ont engagés pour répondre à l'action des intimés.

//Le juge La Forest//

Version française des motifs des juges La Forest et McLachlin rendus par

LE JUGE LA FOREST -- J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson. Bien que je sois d'accord avec sa conclusion, j'estime nécessaire d'exprimer mes propres opinions pour les raisons que j'énoncerai.

Comme l'a noté ma collègue, il faut d'abord déterminer si les circonstances en l'espèce sont de nature à engendrer une présomption d'abus

d'influence. Le juge Wilson conclut que cette présomption ne prend naissance que lorsqu'il existe entre les parties des relations dans lesquelles une "influence" est exercée, lorsqu'une personne est en mesure de dominer la volonté d'une autre personne. Je suis d'accord avec cela.

Ma collègue se demande ensuite s'il faut en outre exiger la présence d'un "désavantage manifeste" pour que s'applique la présomption d'abus d'influence. L'exigence du "désavantage manifeste" a été adoptée par la Chambre des lords, dans l'arrêt *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686, une affaire dans laquelle on alléguait l'abus d'influence dans le cadre d'un prêt consenti par la banque à un de ses clients. La question était de savoir si l'on devait appliquer une présomption d'abus d'influence dans le cadre d'une telle opération. Lord Scarman a conclu qu'une telle présomption s'applique dans des circonstances appropriées, mais seulement lorsque l'on peut démontrer qu'il y a désavantage manifeste pour la partie influencée. Il a dit, à la p. 707:

[TRADUCTION] Une relation commerciale peut devenir une relation dans laquelle une partie exerce sur l'autre une influence dominante. [. . .] De la même façon, les rapports entre banquier et client peuvent devenir tels que le banquier acquiert une influence dominante. Si c'est le cas et qu'il y a preuve d'une opération manifestement désavantageuse, il est alors loisible au tribunal de présumer qu'elle résulte d'un abus d'influence.

Le juge Wilson conclut que l'exigence d'un désavantage manifeste n'est pas du tout logique dans le contexte de cette affaire, où l'opération contestée est une donation. Je suis d'accord. Un don est intrinsèquement désavantageux, tout au moins au plan matériel, de sorte que l'exigence est superflue. Étant donné cette conclusion, il me semble inutile de discuter plus longuement de la question du

désavantage manifeste vu les faits de l'espèce. Comme ma collègue en parle néanmoins assez longuement, je me sens tenu de dire quelques mots à ce sujet.

Il peut être indiqué d'exiger la preuve d'un désavantage ou d'un avantage injuste avant de faire jouer la présomption d'abus d'influence. Étant donné que cette présomption a pour effet de déplacer le fardeau de la preuve en l'imposant au défendeur, il peut ne pas être déraisonnable d'exiger quelque preuve de désavantage ou d'avantage injuste résultant d'une opération commerciale avant que la présomption n'entre en jeu. Toutefois, la question de savoir si l'abus d'influence lui-même doit toujours supposer un avantage ou désavantage injuste est une question très différente.

Comme ma collègue l'a correctement souligné, les avis sont partagés sur la question de savoir si l'on devrait exiger que le désavantage manifeste soit un élément de l'abus d'influence dans une opération commerciale. Ce désaccord tient aux opinions divergentes sur ce que la doctrine de l'abus d'influence vise à protéger. Selon certains, elle devrait garantir contre les abus de confiance ou de pouvoir. Dans cette perspective, l'accent porte sur le processus de l'abus d'influence lui-même plutôt que sur son résultat. Le désavantage manifeste pour la personne influencée n'est pas une exigence, mais simplement un élément de preuve qui permet de déterminer s'il y a eu abus d'influence. Selon l'opinion opposée, le droit ne devrait pas s'immiscer dans les marchés raisonnables, et la doctrine de l'abus d'influence ne devrait s'intéresser qu'aux abus de confiance résultant en un désavantage considérable et démontrable pour la personne influencée.

Il ne nous est pas nécessaire de choisir entre ces deux positions opposées dans le contexte de cette affaire, qui ne vise même pas une opération commerciale, et je crois peu sage de le faire. Je ne puis donc pas souscrire à la remarque de ma collègue lorsqu'elle dit, à la p. 000, qu'"il n'y a rien de répréhensible en soi à ce que des personnes ayant des rapports de confiance exercent une influence sur leurs bénéficiaires, voire commettent un abus d'influence à leur endroit" (je souligne). Je ne veux pas non plus que l'on pense que je souscris à la proposition voulant que le droit ne s'intéressera jamais à un contrat qui n'entraîne pas nécessairement un désavantage matériel, même s'il est clair que le processus ayant conduit au contrat est vicié.

Si l'on en vient à la question de savoir s'il y a lieu en l'espèce d'appliquer la présomption d'abus d'influence, il faut alors se demander si les rapports entre M^{me} Goodman et ses frères étaient de nature à leur permettre de la dominer. Sans m'étendre sur les faits, je souligne que j'approuve dans une large mesure la façon dont le juge Hetherington a abordé cette question dans ses motifs dissidents à la Cour d'appel. Comme elle l'a noté, les rapports que M^{me} Goodman avait avec ses frères n'étaient pas étroits. De fait, le juge d'appel a conclu ce qui suit (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Somme toute, la preuve que j'ai entendue ou que l'avocat du demandeur a consignée me persuade que les rapports entre M^{me} Goodman et ses trois frères étaient tels qu'ils n'ont exercé aucune influence sur elle. Particulièrement son frère Jack. La moindre de ses suggestions semble avoir été presque automatiquement repoussée par M^{me} Goodman. Les mauvais rapports entre eux deux duraient de longue date et avaient de profondes racines. Mis à part le bref intervalle durant lequel ils ont été réunis à cause de la maladie et du décès de leur mère, les trois frères et M^{me} Goodman n'ont presque pas été en contact. [Je souligne.]

Dans une situation différente, les rapports entre frère et sœur pourraient fort bien étayer une présomption d'abus d'influence. Cependant, étant donné les conclusions de fait du juge de première instance, il est difficile de convenir que les rapports entre M^{me} Goodman et ses frères offraient la possibilité d'une influence dominante. En tirant cette conclusion, je n'oublie pas que le contrat de fiducie a d'abord été envisagé au cours de la période difficile suivant immédiatement le décès de leur mère. Toutefois, les conclusions de fait du juge de première instance n'appuient tout simplement pas l'opinion selon laquelle M^{me} Goodman comptait sur l'aide de ses frères même pendant ces moments difficiles. J'en conclus donc qu'il ne pouvait y avoir aucune présomption d'abus d'influence à ce moment-là.

Les faits sont encore plus solides en ce qui concerne la période qui a suivi. À cet égard, il faut se rappeler que le contrat de fiducie n'a été signé que plusieurs mois après le décès de la mère de M^{me} Goodman. Il n'a été conclu par M^{me} Goodman qu'à la suite de nombreuses consultations indépendantes avec son avocat, M^e Pearce, et [TRADUCTION] "après qu'elle y ait réfléchi librement". Comme l'a dit le juge du procès, à la p. 228:

[TRADUCTION] Au moment où M^{me} Goodman a décidé d'inclure tous les petits enfants, c'est-à-dire d'inclure ses propres enfants en qualité de bénéficiaires aussi bien que ses nièces et ses neveux, les contacts entre elle et ses trois frères avaient cessé. [Je souligne.]

Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher ce pourvoi de la façon proposée par le juge Wilson.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA -- J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Wilson et La Forest qui diffèrent sur la question de savoir si cette affaire donne lieu à une présomption d'abus d'influence. À mon sens, étant donné la conclusion positive du juge de première instance, appuyée par la preuve, qu'il n'y avait pas abus d'influence, l'existence d'une présomption est sans importance et toute discussion à son sujet par le juge de première instance et la Cour d'appel était inutile et constituait une remarque incidente. Il en va de même pour l'étude de cette question par notre Cour.

Le juge Wilson souligne correctement à la p. 000 de ses motifs que:

Se fondant sur le témoignage de l'avocat et ceux d'autres témoins, le juge Hutchinson a conclu qu'en fait, d'après la preuve, les frères Geffen n'avaient pas influencé la décision de leur s{oe}ur de signer l'acte de fiducie. Ce faisant, il a insisté particulièrement sur le fait que l'acte de fiducie traduisait pour l'essentiel les véritables volontés de la disposante.

Le juge de première instance a tiré la conclusion positive suivante sur cette question, (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Somme toute, la preuve que j'ai entendue ou que l'avocat du demandeur a consignée me persuade que les rapports entre M^{me} Goodman et ses trois frères étaient tels qu'ils n'ont exercé aucune influence sur elle [. . .] Mis à part le bref intervalle durant lequel ils ont été réunis à cause de la maladie et du décès de leur mère, les trois frères et M^{me} Goodman n'ont presque pas été en contact. Elle n'a pas compté sur leur aide et leur seul souci était que l'héritage de leur mère soit disponible pour assurer la subsistance de leur s{oe}ur sans qu'ils aient eux-mêmes à subvenir à ses besoins. [Je souligne]

La présomption d'abus d'influence est une présomption de droit. Comme telle, son effet sur la solution de la question en litige est limité au fardeau de la preuve. Les commentateurs ainsi que les tribunaux ont des opinions divergentes quant à savoir si les présomptions de droit ont une incidence sur le fardeau de présentation seulement ou à la fois sur le fardeau de présentation et le fardeau ultime. Dans l'arrêt *S. v. S.*, [1972] A.C. 24, lord Reid a adopté le dernier point de vue et expliqué une présomption dans les termes suivants, à la p. 41:

[TRADUCTION] Dès lors que la preuve a été faite, il faut l'apprécier sans ajouter la présomption dans la balance de la légitimité comme complément de poids. Ainsi, même une faible preuve contre la légitimité doit l'emporter en l'absence de preuve pour y faire contrepoids. La présomption n'entrera en jeu à cette étape que dans le cas très rare où la preuve est si égale que le tribunal est incapable d'en tirer une conclusion décisive.

Dans l'arrêt *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] R.C.S. 602, notre Cour a adopté le premier point de vue, celui du fardeau de présentation, en citant *Wigmore on Evidence*, 3^e éd., par. 2491(2). Le juge Judson a dit au nom de la Cour, à la p. 606:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que l'effet particulier de la présomption "de droit" (c'est-à-dire la véritable présomption) est simplement d'invoquer une règle de droit qui oblige le jury à tirer la conclusion *en l'absence de preuve contraire* de la partie adverse. Si cette dernière soumet *effectivement* une preuve contraire (suffisante pour satisfaire à la preuve exigée par le juge), la présomption disparaît comme règle de droit, et l'affaire est entre les mains du jury libre de toute règle. [Italiques dans l'original.]

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a réaffirmé ce point de vue dans l'arrêt *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218, à la p. 225:

Chaque point ayant été couvert par des éléments de preuve, les présomptions se sont trouvées repoussées. Il appartenait donc au juge des faits de trancher les questions litigieuses à la lumière de toute la preuve produite.

Je n'ai pas à décider lequel de ces points de vue est exact puisque, à mon avis, la présomption d'abus d'influence ne joue aucun rôle en l'espèce. Un fardeau de présentation impose à la partie qui en est chargée l'obligation d'avancer des éléments de preuve, tandis que le fardeau ultime est imposé à la partie qui en est chargée si la preuve, une fois appréciée, ne réussit pas à convaincre. Ce dernier fardeau est également appelé le fardeau de non-persuasion. La conception moderne du fardeau ultime est généralement attribuée à l'arrêt du Conseil privé *Robins v. National Trust Co.*, [1927] 2 D.L.R. 97, dans lequel le vicomte Dunedin a dit, à la p. 101:

[TRADUCTION] Cependant, la question du fardeau de la preuve ne peut se soulever pour juger une cause que si le tribunal conclut que la preuve de l'affirmative et celle de la négative s'équilibrent si bien qu'il ne peut en arriver autrement à une conclusion. Alors le fardeau de la preuve décide de l'affaire. Cependant si le tribunal, après avoir entendu et apprécié la preuve, en arrive à une conclusion définie, le fardeau de la preuve n'a rien à y voir et il n'est pas nécessaire de le prendre en considération.

C'est le fardeau ultime ou le fardeau de non-persuasion qui est mal appliqué à l'occasion lorsqu'il est utilisé comme complément de poids dans l'appréciation de la preuve. C'est le cas dans certaines affaires d'abus d'influence qui font mention de certaines questions qu'il faut prouver afin de s'acquitter du fardeau de preuve imposé par la présomption. Voir *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, à la p.181.

Il ne s'agit pas d'une application du fardeau de la preuve, mais plutôt d'une application particulière de la maxime connue selon laquelle, dans l'application de la norme de preuve, tous les éléments de preuve doivent être appréciés en fonction de la gravité de la question en litige. Voir *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643, à la p. 673; *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247, à la p. 266. Cette maxime est appliquée dans des affaires d'abus d'influence. La preuve est soumise à un examen serré et la jurisprudence révèle qu'avant d'arriver à une conclusion, la cour doit s'appuyer uniquement sur une preuve claire et convaincante. Les facteurs souvent cités dans les affaires d'abus d'influence ne sont que ce qu'ils sont, des facteurs dont le juge doit tenir compte dans l'appréciation de la preuve. Ces facteurs assurent que la preuve est examinée avec soin. Il faut en tenir compte mais ils ne sont pas coulés dans le béton. Ils ne sont cependant pas le produit de l'application du fardeau ultime de preuve. À cet égard, j'adopte l'extrait suivant des motifs du juge Rand dans *New York Life Insurance Co. v. Schlitt*, [1945] R.C.S. 289, à la p. 308:

[TRADUCTION] Dans la conception du rôle de l'exigence d'un degré de preuve, la présomption n'entre pas en jeu dans l'établissement de conclusions tirées des faits présentés en contre-preuve, et cela a beaucoup contribué à la confusion et aux difficultés qui entourent l'application pratique de ce mécanisme très nécessaire.

L'affaire *Schlitt* portait sur une réclamation en matière d'assurance-vie à laquelle on s'était opposé en invoquant le suicide. Il s'agissait de savoir si la présomption de suicide avait été réfutée. Le bénéficiaire prétendait qu'il s'agissait d'un décès accidentel et l'assureur alléguait le suicide. Après avoir examiné la preuve, le juge Rand, dissident, a conclu que la Cour était laissée dans le doute et qu'il fallait donc appliquer le fardeau de la preuve. Bien que le juge Rand ait été en

désaccord avec ses collègues quant à la conclusion sur les faits, ses motifs, à eux seuls, contiennent une analyse définitive du fonctionnement de la présomption et n'entrent pas en conflit avec ceux des autres membres de la Cour.

En l'espèce, il n'y a aucune raison de se demander si les appelants étaient tenus à un fardeau de présentation ou au fardeau ultime de la preuve. Des éléments de preuve ont été présentés qui ont convaincu le juge de première instance, conformément à la norme requise, qu'il n'y avait pas eu abus d'influence. Il ne s'agit pas d'un cas où la preuve était égale de part et d'autre et exigeait donc une décision sur l'attribution du fardeau de preuve. Cela mettait fin à l'affaire, et il n'y a aucune raison de se demander si ce qui a été déterminé ne pas exister devrait être présumé.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par le juge Wilson.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Bennett Jones Verchere, Calgary.

Procureurs des intimés: Barron & Barron, Calgary.