

Ted M. Geffen, Sam E. Geffen and William A. Geffen *Appellants*

v.

Stacy Randall Goodman, Executor of the Estate of Tzina Burnette Goodman (otherwise known as Zinna Burnette Goodman), and the said Stacy Randall Goodman *Respondents*

INDEXED AS: GEFFEN v. GOODMAN ESTATE

File No.: 21613.

1990: October 10; 1991: June 27.

Present: Wilson, La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Trusts and trustees — Undue influence — Woman placing property in trust — Step to create trust initiated by settlor's brothers — Settlor suffering mental problem and at times dependant on brothers — Trust directing how property to be disposed of on settlor's death — Settlor bequeathing property other than as provided by trust — Whether presumption of undue influence applicable.

Costs — Trustees — Action started to defend against allegation of fraud on part of trustees — Action successful — Whether trustees entitled to costs out of the trust property.

The deceased, a woman with a history of mental problems, inherited the family home from her mother as well as a life interest in the residue of her mother's estate which was to pass on her death to her children. Her brothers were given cash bequests. An earlier will had given the deceased a life estate and directed that on the mother's death the estate was to be divided among all the mother's grandchildren. The brothers sought legal advice as to whether the later will was valid and arranged a meeting between the lawyer, their sister and themselves to canvass the options. One of their concerns was that their sister would sell the house and they would ultimately be financially responsible for her care. The meeting disbanded with no agreement being reached and the sister from then on had only casual contact with

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

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^o 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 par une femme — 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 sœur et eux-mêmes pour examiner les choix qui s'offraient. Un de leurs sujets d'inquiétude était que leur sœur vende la maison et qu'elle leur soit finalement à charge financièrement. La rencontre a pris fin sans qu'on parvienne à

her brothers. She continued to seek the lawyer's advice, however, and a trust deed was executed. The house was conveyed to trustees on terms that the deceased retained a life interest in it and that on her request the trustees would consider a sale of the property so long as the sale was in her best interests. The trust deed further provided that upon her death the trust property would be divided equally among the surviving grandchildren of the deceased's mother. The deceased's will left her entire estate to her own children.

This appeal concerns the validity of the trust agreement. It was found to be valid at trial but invalid on appeal because of the operation of the presumption of undue influence. Costs were denied. At issue here was (1) whether the presumption of undue influence was properly applied by the Court of Appeal; and, (2) whether the trustees were entitled to costs out of the trust property.

Held: The appeal should be allowed.

Per Wilson and Cory JJ.: Neither the result nor process focused approach to the doctrine of undue influence fully captures its true purport because the doctrine applies to such a wide variety of transactions from pure gifts to classic contracts. In the case of gifts, the process leading up to the gifting should be subject to judicial scrutiny because there is something completely repugnant about the judicial enforcement of coerced or fraudulently induced generosity. With respect to contractual relations, however, it has long been the view of the courts that the sanctity of bargains should be protected unless they are patently unfair. Something more than a tainted process, e.g., detrimental reliance, must be shown.

"Influence" refers to the ability of one person to dominate the will of another, whether through manipulation, coercion, or outright but subtle abuse of power. To dominate the will of another simply means to exercise a persuasive influence over him or her. The ability to exercise such influence may arise from a relationship of trust or confidence but it may arise from other relationships as well. There is nothing *per se* reprehensible about persons in a relationship of trust or confidence exerting influence, even undue influence, over their beneficiaries. It depends on their motivation and the objective they seek to achieve thereby.

un accord et, par la suite, la sœur 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 (2) si 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.

The requirement of "manifest disadvantage", while perhaps appropriate in a purely commercial setting, limits the doctrine of undue influence too much. In the case of gifts or bequests, it makes no sense to insist that the donor or testator prove that their generosity placed them at a disadvantage.

The inquiry should begin with an examination of the relationship between the parties. The first question to be addressed in all cases is whether the potential for domination inheres in the nature of the relationship itself. This test embraces those relationships which equity has already recognized as giving rise to the presumption as well as other relationships of dependency which defy easy categorization.

Given the requisite type of relationship to support the presumption, the inquiry must next involve an examination of the nature of the transaction. When dealing with commercial transactions a plaintiff must show in addition to the required relationship between the parties that the contract worked unfairness either in the sense that he or she was unduly disadvantaged by it or that the defendant was unduly benefited by it. This added requirement is justified when dealing with commercial transactions because a court of equity, even while tempering the harshness of the common law, must accord some degree of deference to the principle of freedom of contract and the inviolability of bargains. Moreover, it can be assumed in the vast majority of commercial transactions that parties act in pursuance of their own self-interest. The mere fact, therefore, that the plaintiff seems to be giving more than he is getting is insufficient to trigger the presumption.

By way of contrast, in situations where consideration is not an issue, e.g., gifts and bequests, it is quite inappropriate to put a plaintiff to the proof of undue disadvantage or benefit in the result. The court is concerned that such acts of beneficence not be tainted and it is enough that the presence of a dominant relationship be established.

Once the plaintiff has established that the circumstances triggering the presumption, the onus moves to the defendant to rebut it.

A review of the circumstances between the deceased and her brothers at the relevant time disclosed a potential for the brothers to exercise a persuasive influence on their sister. The trust instrument was more akin to a gift or bequest than a commercial transaction and the existence of the required relationship without more was sufficient to trigger the presumption. It therefore had to be

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 avantage 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 sœur. 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

determined whether the presumption had been rebutted. A meticulous examination of the facts was necessary to make that determination.

The solicitor/client privilege belongs to the client alone. Confidential communications between them can only be divulged in certain circumscribed situations. The client may choose to disclose the contents of those communications and thereby waive the privilege or may authorize the solicitor to reveal them. The courts have assumed the role of ensuring that without the client's express consent a solicitor may not testify. An exception has developed, however, to permit a solicitor to give evidence in wills cases.

The considerations which support the admissibility of communications between solicitor and client in the wills context apply with equal force here. The general policy which supports privileging such communications is not violated. The interests of the now deceased client are furthered in that the purpose of allowing the evidence to be admitted is to ascertain her true intentions. And the principle of extending the privilege to the heirs or successors in title of the deceased is promoted by focusing the inquiry on who those heirs or successors properly are.

Appellate review should be limited to those instances where a manifest error has been made. Here there was no indication either from the reasons for judgment or from the record that the trial judge misapprehended the evidence or otherwise erred in the process of making his findings of fact. Accordingly, the Court of Appeal erred in overturning such findings.

Appellants successfully rebutted the presumption of undue influence given that there was very little contact between the brothers and the deceased at the relevant time, that the deceased was not in fact relying on her brothers to advise her, and that the prime motivation of the brothers was to advance their sister's welfare. It is also relevant that the deceased received some independent legal advice and that the agreement ultimately concluded was in accord with her wishes. In other situations the fact that the brothers took a leading rôle in the initial meeting with the lawyer might militate against a finding of independent advice.

The solicitor's advice was flawed in that he unfortunately did not inquire into the deceased's financial situation in any depth and did not ensure that she fully understood the agreement. The potentially adverse

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 sœur. 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

consequences of not having an asset which she could liquidate if necessary were offset by two important considerations. First, it was her express, and perhaps her primary, objective to put the sale of the house beyond her reach so that she could be assured of always having a home of her own. Second, it was also her wish that all her mother's grandchildren share equally in the estate. Given that the terms of the trust instrument reflected her wishes in those two fundamental respects, any imperfection in the legal advice obtained was not fatal to the appellants' case.

Trustees are entitled to be indemnified for all costs, including legal costs reasonably incurred. The trustees in this action acted reasonably. They were initially accused of having perpetrated a fraud against the deceased — an allegation that did not win the approval of any of the courts that have heard the matter — and were obliged to defend the action. The co-existing interest of trustee and beneficiary is not a valid basis for denying costs. The fact that the brothers were acting in the interests of their children, nephews and nieces did not cast doubt upon the propriety of their actions.

Respondents had a tenable case. It was appropriate that they simply bear their own costs and not have to bear the appellants' costs as well.

Per La Forest and McLachlin JJ.: A presumption of undue influence will arise only when the parties are in a relationship of "influence", where one person is in a position to dominate the will of another. The requirement of manifest disadvantage does not make sense in the context of this case, where the challenged transaction concerns a gift. A gift is by its nature inherently disadvantageous, at least in a material sense, so the requirement is superfluous. It becomes unnecessary to discuss the issue of manifest disadvantage further on the facts of this case.

A showing of undue disadvantage or benefit may be appropriate before a presumption of undue influence will be applied to a commercial transaction. Since the effect of the presumption is to shift the burden of proof to the defendant, it may not be unreasonable to require some showing of undue disadvantage or benefit in a commercial transaction before the presumption will arise. It is a substantially different question, however, whether undue influence itself must always involve undue disadvantage or benefit. It was unnecessary here to choose between opposing positions as to whether

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 diffé-

manifest disadvantage should be a required element of undue influence in a commercial transaction.

The relevant question here was whether the relationship of Mrs. Goodman to her brothers was such that they had the ability to dominate her. Mrs. Goodman's relationship with her brothers was not a close one and the trial judge found that it was such that the three brothers had no influence on their sister at all. She did not rely upon her brothers for assistance even during the troubled time following her mother's death and there could accordingly be no presumption of undue influence at that time. The facts were even stronger as they related to the subsequent period. The trust agreement was not entered into until several months after her mother's death and then only after numerous independent consultations with her solicitor and periods of independent thought by her when contact between herself and her three brothers no longer existed.

Per Sopinka J.: The trial judge made a positive finding of fact, supported by the evidence, that there was no undue influence exerted in this case. The operation of any presumption is therefore immaterial as it is not necessary to decide whether something already found not to exist should be presumed.

Text writers and courts are divided on whether presumptions affect only the evidential burden or both the evidential burden and legal burden. An evidential burden casts on the burdened party the obligation of going forward with some evidence while the legal burden is applied against the burdened party if the evidence, after being weighed, fails to persuade. Given the positive finding of fact made by the trial judge it is not necessary to resolve which view of presumptions is correct, as on either view, the presumption of undue influence played no role in this case.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *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; **disapproved:** *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133; **referred to:** *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. Hyl-*

rente. 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.

^a 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 sœur. 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 ^d trois frères avaient cessé.

^e 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.

^f 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

ⁱ **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;

ton (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 v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Bell v. Smith*, [1968] S.C.R. 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 v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51; *Re Dallaway*, [1982] 3 All E.R. 118.

By La Forest J.

Referred to: *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686.

By Sopinka J.

Referred to: *S v. S*, [1972] A.C. 24; *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] S.C.R. 602; *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 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] S.C.R. 289.

Authors Cited

Andrews, Neil. "Undue Influence and Contracts of Loan", [1985] *Cambridge L.J.* 192.
 "Bank securities allegedly obtained by undue influence", [1985] *J. Bus. L.* 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.

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 v. 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 v. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. v. 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 v. 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.

e Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686.

f 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. L.* 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.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289, [1989] 6 W.W.R. 625, allowing an appeal from a judgment of Hutchinson J. (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, [1987] 4 W.W.R. 730. Appeal allowed.

J. D. Bruce McDonald, for the appellants.

R. H. Barron, Q.C., and *P. A. Ferner, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of Wilson and Cory JJ. was delivered by

WILSON J.—The respondent, Stacy Randall Goodman, as executor of his mother's estate and on his own behalf, commenced an action claiming that he and his siblings were entitled to certain property left to his mother, Tzina Goodman, by his grandmother,

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

- a* 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.
- b* *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.
- c* 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.
- d* 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.
- e* Taylor, R. D. «Commentary» (1985), 19 *Law Teacher* 105.
- Tiplady, David. «The Limits of Undue Influence» (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 579.
- f* 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.

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

Annie Sanofsky. The appellants, Sam, William and Ted Geffen are the brothers and nephew of Stacy's mother. They are the trustees of a certain trust agreement in which Stacy's mother is named as the settlor and under which the trust property is to be distributed amongst all of Annie Sanofsky's grandchildren. This appeal concerns the validity of the trust agreement.

1. The Facts

Annie Sanofsky had four children, Sam, Ted, Jack and Tzina. Sam and Ted Geffen are both successful businessmen currently living in the United States. Their brother Jack is an insurance underwriter who lives in Edmonton. Their sister Tzina, (Mrs. Goodman) now deceased, had a less than trouble-free life. She first came under the care of a psychiatrist while a teenager. Psychiatric intervention became a common feature of her existence. She was hospitalized many times over the years and was eventually diagnosed as suffering from bipolar affective disorder, formerly known as manic depressive disorder, and immature personality. Tzina's illness caused strain in her family relationships. Her disorder tended to drive people away from her. Although she married and had children she did not have much contact with her children after her separation from her husband. Her contact with them was purely casual.

In 1968, with the help of her son Jack, Annie Sanofsky executed a will providing for a life estate to her daughter Tzina and directing that on Tzina's death her estate should be distributed to all of her (Annie's) grandchildren. At the time of their mother's death the four children were surprised to learn that a new will had been executed in 1975 which superseded the 1968 will. Under the new will Annie Sanofsky left the property which had been her home outright to her daughter Tzina, provided bequests of \$1000 each to her sons, and directed that the residue of her estate be held in trust for Tzina during her lifetime and pass on Tzina's death to her (Tzina's) children.

The three Geffen brothers, not surprisingly, were unhappy with the way in which their mother had disposed of her estate. They thought it unfair that their children had been cut out of the will. Their sister

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

agreed. They were especially concerned, however, with their mother's decision to bequeath her home in Calgary outright to their sister. Tzina had a history of mental illness and they feared that her disability would interfere with her capacity to act responsibly in relation to the property she had inherited. They were particularly concerned that Tzina might divest herself of the assets she needed for her own support. If this happened they might be called upon to contribute to her support. They, along with their sister, decided to seek legal advice as to whether or not the second will was valid.

They retained the services of Mr. Pearce, a Calgary lawyer, and explained the situation to him. Jack Geffen acted as spokesman for the family. The options open to Tzina were canvassed. It was suggested that the house be transferred by Tzina to her brothers' children. A disagreement ensued between Tzina and her brother Jack. She did not like the idea of transferring title to the house immediately, leaving herself with only a life interest in it. Mr. Pearce suggested that she take some time to think things over. The meeting disbanded, the brothers paid for the consultation and all concerned returned to their respective homes.

Mrs. Goodman thereafter had only casual contact with her brothers but continued to seek the advice of counsel and communicated with Mr. Pearce on several occasions. As a result of these consultations it was suggested to Mrs. Goodman that the Calgary residence be put into a trust for her for life with her brothers as trustees but that she would retain the right to dispose of the property by will. This suggestion was vehemently rejected by Jack but accepted by Ted and Sam Geffen. Jack indicated that he would have nothing further to do with the trust and it was agreed that Ted's son, William, would replace him as a trustee.

Mr. Pearce then went ahead and prepared the trust deed. The trust property was conveyed to the trustees on terms that Mrs. Goodman retained a life interest in the Calgary residence and that on her request the trustees would consider a sale of the property so long as the sale was in Mrs. Goodman's best interests. The trust deed further provided that upon

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

Mrs. Goodman's death the trust property would be divided equally among her surviving children, nephews and nieces, i.e., all Annie Sanofsky's grandchildren.

After the deed was executed Mrs. Goodman was apparently not too sure of the effect of what she had done. She attempted twice to put the property on the market. Her attempts were thwarted by Mr. Pearce. Mrs. Goodman died in May of 1984, leaving a last will and testament in which she left her entire estate to her children.

2. The Courts Below

Alberta Court of Queen's Bench (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210 (per Hutchinson J.)

At trial the plaintiffs submitted that the trust agreement was entered into by Mrs. Goodman as a result of the undue influence of the defendants and Jack Geffen. Hutchinson J. first dealt with the admissibility of Mr. Pearce's evidence and in particular the argument that it should not have been received since it was privileged. Having concluded that Mr. Pearce's testimony was properly admitted the trial judge turned to its import. He said at pp. 220-21:

I accept Mr. Pearce's testimony that during his initial dealings with Mrs. Goodman during the period of his initial interview up to at least 7th February 1980 Mrs. Goodman fully understood the nature and effect of the arrangements evidenced by the trust agreement. I am satisfied that Mrs. Goodman was the initiator of the instructions to Mr. Pearce, following periods of independent thought by her, to draw the trust agreement in accordance with his suggestion that this would be an alternate method of holding the Calgary residential property so as to ensure that she had a place to live during her lifetime and that she intended to include all of the ultimate beneficiaries of the trust named therein, including her own children.

Based on the testimony of the solicitor as well as the other witnesses, Hutchinson J. found on the evidence that the Geffen brothers did not in fact influence their sister into signing the trust agreement. In doing so he placed particular emphasis on the fact that the agreement in substance reflected the true

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 léguaient tous ses biens à ses enfants.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

Cour du 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 sœur 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

wishes of the settlor. Alternatively, Hutchinson J. found that any presumption of undue influence was rebutted by the fact that Mrs. Goodman consulted Mr. Pearce independently and after her brothers had left Calgary. The trial judge concluded at pp. 228-29:

If anything, the evidence which I have heard and which was read in by counsel for the plaintiff persuades me that the relationship between Mrs. Goodman and her three brothers was such that they had no influence on their sister at all Apart from the brief interval of time when they were together as a result of their mother's last illness and death, there was hardly any contact between the three brothers and Mrs. Goodman. She did not rely on them for assistance and they were only concerned that their mother's estate be available for her maintenance without the need on their part to assume any personal responsibility for their sister's care.

Alberta Court of Appeal (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289

Stevenson J.A. (Stratton J.A. concurring)

On appeal the respondents submitted that the trial judge had failed to recognize and address the presumption of undue influence. Stevenson J.A. agreed. He noted the deceased's history of mental health problems and the brothers' testimony that the deceased reposed trust and confidence in them. Stevenson J.A. added that when her older brothers took a leading role in obtaining legal advice, one of the objects of which was to secure benefits for their own children, a court of equity would intervene to the extent of presuming influence.

Stevenson J.A. then turned to the question whether the transaction was so disadvantageous to Mrs. Goodman as to indicate that she was or could have been victimized. After expressing some uneasiness with the propriety of this test, Stevenson J.A. concluded that the trust agreement was not simply unwise, it was "manifest folly". It was his opinion that for Mrs. Goodman to reduce her interest in the Calgary property which had been bequeathed to her outright by her mother to a mere life interest and

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 sœur 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 présument 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

place the remainder beyond her reach was clearly disadvantageous. He said at p. 297:

Assuming that she should have been protected from the consequences of an improvident business transaction entered into when she was behaving irrationally, that protection could easily have been provided by far less drastic means. Protection against that possibility did not suggest, let alone reasonably require, that she convert a fee simple estate to a mere life interest. Even the most tightly drawn spendthrift trust would not have put the remainder beyond the control or disposition of the trustees for the advantage of the beneficiary.

It was accordingly his view that no reasonable person in the position of the settlor would have entered into this arrangement on the basis that it was reasonably necessary in order to protect herself or that it was unfair not to do so.

Stevenson J.A. then went on to consider whether the presumption of undue influence had been rebutted on the evidence. It was his opinion that Mrs. Goodman did not receive adequate independent advice. He expressed the view that an independent advisor must be in a position to satisfy himself that a proposed gift is right and proper. The evidence did not disclose that Mr. Pearce ever purported to satisfy himself as to this. Indeed, he could not have done so since he did not know the value of the property or the circumstances of Mrs. Goodman or her brothers.

Hetherington J.A. (dissenting)

Hetherington J.A. noted the settlor's illness but concluded that her competence to enter into the trust agreement was not and never had been in issue. She also noted that one had to assume that Mrs. Goodman was neither more nor less open to influence than other people.

Hetherington J.A. held, citing *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686 (H.L.), as authority, that no consideration of undue influence was necessary unless the transaction was so disadvantageous to the settlor as to suggest that she was or could have been victimized. It was her view that Mrs. Goodman's entry into the trust agreement could

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^{re} 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

be explained on two grounds. First, it served the purpose of protecting Mrs. Goodman in the event her illness led her to behave irrationally. Second, it was her wish that her nephews and nieces share equally with her own children in their grandmother's estate. While acknowledging that the trust agreement may have been somewhat unwise having regard to her own financial circumstances, Hetherington J.A. was of the view that it was not so disadvantageous to the settlor that the court needed to consider whether or not it was the product of undue influence. However, in case she was in error in this, Hetherington J.A. went on to consider the applicability of the doctrine of undue influence, actual or presumed.

Hetherington J.A. did not believe that the relationship of brother and sister gave rise automatically to a presumption of undue influence. Nor did it follow that simply because the settlor reposed trust and confidence in her brothers they were in a position to exercise such influence over her. On the question whether there had been actual undue influence Hetherington J.A. concluded at p. 322:

In these circumstances the trial judge found that Mrs. Goodman's brothers did not influence her to sign the trust agreement. Can it be said that he made any palpable and overriding error in his assessment of the facts? In my view it cannot. There is certainly evidence to support his finding. Indeed, I do not know how he could have come to any other conclusion. I would, therefore, not disturb his finding that the trust agreement in question in this case did not result from actual undue influence.

Alberta Court of Appeal (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 414

Following release of the reasons for judgment, the unsuccessful respondents sought an order that they receive costs instead of having to pay costs as provided in the original judgment. Stevenson and Stratton J.J.A. held that the conduct of the brothers in securing the transfer from the settlor had been found wanting and that they were defending an interest which they themselves had been instrumental in creating for the benefit of persons nominated by them. Since the litigation had been for their own benefit the request for costs was denied.

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

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.

Hetherington J.A. dissented on this point as well. In her view the trustees acted reasonably and properly in defending the action and in responding to the appeal. It was never established that the brothers had acted improperly in relation to their sister. They were obliged to defend the interests of the beneficiaries and to respond to the serious allegations contained in the statement of claim. She would have allowed the trustees their costs out of the trust property.

3. The Issues

1. Was the presumption of undue influence properly applied by the Court of Appeal?

2. Are the trustees entitled to costs out of the trust property?

4. Analysis

The Presumption of Undue Influence

This appeal raises important questions concerning the doctrine of undue influence and, in particular, the application of the presumption of undue influence. It was over this issue that the trial judge and the Court of Appeal parted company. As well, the scope of the doctrine of undue influence and its evidentiary companion, the presumption of undue influence, has recently been addressed by the House of Lords in *Morgan*. Not surprisingly, the parties to this appeal devoted the bulk of their argument both on the leave application and the appeal itself to the question whether or not we should follow the House of Lords in Canada. Indeed, the primary ground of appeal advanced by the appellant was whether there could be a presumption of undue influence where the trust agreement was not found by the trial judge to be "manifestly disadvantageous" to the party seeking to have it set aside. The respondent's response was that the doctrine of "manifest disadvantage" applies only to commercial transactions and does not apply to gifts. The Court has thus been called upon not only to resolve the dispute between the parties to this appeal

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 sœur. 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 cla-

but to clarify the law and provide some guidance to our courts in this area.

The appellants submit that the Court of Appeal erred in two ways. First, they say that the facts did not give rise to a presumption of undue influence because the trust agreement did not work a "manifest disadvantage" to the settlor. Second, they say that even if this were an appropriate case for the application of the presumption, it was rebutted when the trial judge found as a fact that no actual undue influence was exercised on Mrs. Goodman to enter into the trust agreement. Accordingly, they say that the Court of Appeal committed an error of law when they overturned this finding of fact.

The respondents argue that the Court of Appeal was correct in finding that the presumption of undue influence applied in this case. They say that the doctrine of "manifest disadvantage" has no relevance in situations involving gifts as opposed to commercial transactions but that, if it does, the bequest of the Calgary home by Mrs. Goodman to her children, nephews and nieces was manifestly disadvantageous to her. The respondents contend that the evidence does not establish that the presumption was rebutted.

The equitable doctrine of undue influence was developed, as was pointed out by Lindley L.J. in *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, not to save people from the consequences of their own folly but to save them from being victimized by other people (at pp. 182-83). In the context of gifts and other transactions, equity will intervene and set aside such arrangements if procured by undue influence. Over the years it became accepted that equitable protection could be invoked in two ways.

In *Allcard v. Skinner*, *supra*, the plaintiff joined a sisterhood devoted to charitable works under the auspices of a clergyman of the Church of England. Upon becoming a full member of the sisterhood she made the requisite vows of poverty, chastity and obedience. In accordance with these vows she from time to time handed over to the mother superior income and capital to which she was entitled under her father's will.

rifier 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 aux-

Several years later the plaintiff left the sisterhood and joined the Roman Catholic Church. She then sued for the return of the stock she had given away, claiming that she had been induced by undue influence to turn the property over to the mother superior.

Cotton L.J. began by setting out the doctrine of undue influence in broad terms. At page 171 he said:

Does the case fall within the principles laid down by the decisions of the Court of Chancery in setting aside voluntary gifts executed by parties who at the time were under such influence as, in the opinion of the Court, enabled the donor afterwards to set the gift aside? These decisions may be divided into two classes — First, where the Court has been satisfied that the gift was the result of influence expressly used by the donee for the purpose; second, where the relations between the donor and donee have at or shortly before the execution of the gift been such as to raise a presumption that the donee had influence over the donor.

Lindley L.J. commented to similar effect on the state of the law at that time. He said at p. 181:

The doctrine relied upon by the Appellant is the doctrine of undue influence expounded and enforced in *Huguenin v. Baseley*, and other cases of that class. These cases may be subdivided into two groups, which, however, often overlap.

First, there are the cases in which there has been some unfair and improper conduct, some coercion from outside, some overreaching, some form of cheating, and generally, though not always, some personal advantage obtained by a donee placed in some close and confidential relation to the donor

The second group consists of cases in which the position of the donor to the donee has been such that it has been the duty of the donee to advise the donor, or even to manage his property for him. In such cases the Court throws upon the donee the burden of proving that he has not abused his position, and of proving that the gift made to him has not been brought about by any undue influence on his part. In this class of cases it has been

quels 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

considered necessary to shew that the donor had independent advice, and was removed from the influence of the donee when the gift to him was made.

In the present case there was no evidence of undue influence as such and it therefore remains to consider whether the relationship between the parties gave rise to a presumption of undue influence.

What are the factors that go to establishing a presumption of undue influence? This question has been the focus of much debate in recent years. Equity has recognized that transactions between persons standing in certain relationships with one another will be presumed to be relationships of influence until the contrary is shown. These include the relationship between trustee and beneficiary (*Ellis v. Barker* (1871), 7 Ch. App. 104); solicitor and client (*Wright v. Carter*, [1903] 1 Ch. 27); doctor and patient (*Mitchell v. Homfray* (1881), 8 Q.B.D. 587); parent and child (*Lancashire Loans, Ltd. v. Black*, [1934] 1 K.B. 380); guardian and ward (*Hylton v. Hylton* (1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349); and future husband and fiancée (*In re Lloyds Bank, Ltd.*, [1931] 1 Ch. 289). Beginning, however, with *Zamet v. Hyman*, [1961] 3 All E.R. 933, it came to be accepted that the relationships in which undue influence will be presumed are not confined to fixed categories and that each case must be considered on its own facts. Since then it has been generally agreed that the existence of some "special" relationship must be shown in order to support the presumption although what constitutes such a "special" relationship is a matter of some doubt. In *Snell's Principles of Equity* (1982), for instance, it is stated at p. 540 that the presumption applies when the transaction has been effected between parties in a fiduciary relationship to one another. Others suggest that influence flows naturally from confidential relationships: see *Canadian Encyclopedic Digest* (Western), Title 67, para. 94. In *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757, this issue was canvassed in some detail by Sir Eric Sachs who indicated that the existence of an advisory relationship is relevant to the determination. He went on to say at p. 767:

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.

a 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.

b

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:

Such cases tend to arise where someone relies on the guidance or advice of another, where the other is aware of that reliance and where the person on whom reliance is placed obtains, or may well obtain, a benefit from the transaction or has some other interest in it being concluded.

Sir Eric's comments were approved in *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, *supra*, a case raising the propriety of a bank's involvement in securing a transaction with one of its customers. Lord Scarman explained his difficulty with the existing state of the law at p. 703. To him, words and phrases such as "confidence", "confidentiality" and "fiduciary duty" were inadequate concepts to guide the inquiry and often led justices into a misinterpretation of facts:

There are plenty of confidential relationships which do not give rise to the presumption of undue influence . . . and there are plenty of non-confidential relationships in which one person relies upon the advice of another. . . .

In expressing his approval of Sir Eric's words, Lord Scarman noted at p. 709 that relationships in which one party develops a dominating influence over another are "infinitely various" and there was no substitute for a "meticulous examination of the facts".

It should be noted, however, that this aspect of Lord Scarman's speech in *Morgan* has met with considerable disfavor in the academic community. A number of commentators have expressed the view that the imprecision of his inquiry is very unhelpful: see 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; and Editorial, "Bank securities allegedly obtained by undue influence", [1985] *J. Bus. L.* 191. Professor Ogilvie in her article, "Undue Influence in the House of Lords" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 503, on the other hand, favours the open-ended nature of the *Morgan* approach for more teleological reasons. She states that the test permits wider review by higher tribunals.

[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*, précitée, 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. L.* 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. Elle affirme que le critère permet aux

She thinks this is a good thing. Some prefer Sir Eric's view in *Bundy*, *supra* (see Neil Andrews, "Undue Influence and Contracts of Loan", [1985] *Cambridge L.J.* 192), while others think that Lord Denning was on the right track when he suggested in *obiter* in *Bundy* that the courts should adopt the concept of inequality of bargaining power. With appropriate modification to the gifts context, power imbalances are a useful yardstick for equitable intervention: see Charles Reed, "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 106; and R. D. Taylor, "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 105. Still others have gone on to provide their own tests for this branch of the presumption inquiry. David Tiplady, *supra*, sees the constant feature in the cases as a circumstance whereby one party is led to believe that he can rely on another for disinterested advice and guidance and that the other will put his welfare first. Finally, Malcolm Cope, *supra*, in similar vein, says the test should be one of reliance upon guidance and advice.

The growing debate in the academic literature over the kind of relationship to which the presumption of undue influence should apply is echoed in the decisions of the English courts following *Morgan*. For instance, in *Midland Bank plc v. Shephard*, [1988] 3 All E.R. 17, and *Simpson v. Simpson*, [1989] Fam. L. 20, a test of "dominating influence" was applied while in *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133, the Court of Appeal applied the confidentiality test and explicitly rejected the domination approach, stating at p. 153:

It is natural to presume that out of that trust and confidence grows influence. But it would run contrary to human experience to presume that every patient is dominated by his doctor or every client by his solicitor. Even in jest such cases must be rare. . . . it is not the function of a presumption to presume the generally improbable.

tribunaux supérieurs de procéder à un examen plus large. Elle 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.

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

Similar debate and disagreement has arisen over another factor thought to be relevant in establishing a presumption of undue influence. At the Court of Appeal level in *Morgan* the two-judge panel agreed that it was not necessary for a plaintiff invoking the presumption to show that the transaction entered into worked to his or her disadvantage. Dunn L.J. acknowledged that the decided cases all involved instances of disadvantage to the party influenced but went on to state that considerations of public policy required that transactions brought about through the possible abuse of a confidential relationship should not to be permitted by a court of equity to stand. Slade L.J. agreed, adding that this did not mean that proof of a fair transaction was irrelevant. In his opinion, such proof could in fact make it easier for a party to rebut the presumption once applied.

The House of Lords, however, specifically overruled the Court of Appeal on this point. Lord Scarman stated in his speech at p. 704:

Whatever the legal character of the transaction, the authorities show that it must constitute a disadvantage sufficiently serious to require evidence to rebut the presumption that in the circumstances of the relationship between the parties it was procured by the exercise of undue influence. In my judgment, therefore, the Court of Appeal erred in law in holding that the presumption of undue influence can arise from the evidence of the relationship of the parties without also evidence that the transaction itself was wrongful in that it constituted an advantage taken of the person subjected to the influence which, failing proof to the contrary, was explicable only on the basis that undue influence had been exercised to procure it.

The requirement that the plaintiff show manifest disadvantage was subsequently applied even to the first class of undue influence cases, i.e., those in which actual undue influence must be affirmatively shown by the person allegedly influenced: see *Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody*, [1989] 2 W.L.R. 759 (C.A.).

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.).

The requirement that a plaintiff demonstrate manifest disadvantage has come under heavy criticism. Some commentators have not so much attacked the doctrine itself but have taken a dim view of its application in *Aboody*, *supra*, given the facts: see M. J. Dixon, "The Limits of Undue Influence Explained", [1989] *Cambridge L.J.* 359; and Brenda Dale, "Undue Influence and Manifest Disadvantage" (1988), 52 *Conv. & Prop. Law.* 441. Others seem to accept the relevance of a showing of manifest disadvantage at the stage of invoking the presumption but suggest that the requirement was cast too narrowly in *Morgan*, *supra*. For example, Tiplady, *supra*, has questioned Lord Scarman's objective examination of disadvantage. Citing *Re Brocklehurst*, [1978] 1 All E.R. 767 (C.A.), he observes that courts in the past have also recognized that disadvantage may have a subjective element to it. In like manner, Professor Ogilvie, *supra*, seems to accept the idea that disadvantage to the donor is relevant but would go further and say that benefit to the donee is equally important: see also Neil Andrews, *supra*. Additionally, Tiplady points out that when considering this question in the context of gifts as opposed to commercial transactions the requirement of disadvantage is always met because the nature of a gift is such that adequate consideration is never an issue.

This Court is not, of course, bound to follow decisions of the House of Lords. Nor is it, strictly speaking, necessary for us for the purposes of the present appeal to examine all aspects of the *Morgan* decision and in particular the ruling of the House of Lords respecting the requirement of a showing of manifest disadvantage in cases involving commercial transactions. It is my view, however, that the resolution of this appeal should proceed from first principles and this necessarily leads us into a consideration of the law as set out in *Morgan*. I believe we should take heed of the debate which followed *Morgan* and begin by asking ourselves what purpose the doctrine of undue influence was supposed to serve.

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 œil 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 elle 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.

g

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.

Some commentators clearly believe that the doctrine of undue influence was meant only to curtail abuses of trust or confidence which resulted in significant and measurable disadvantage to the person influenced. Thus, Charles P. Reed, "Comment" (1984), 18 *Law Teacher* 132, points out that the law has no business meddling with fair bargains. In commenting on the "paternalism" of the Court of Appeal decision in *Morgan*, he states at p. 134:

It is submitted that by claiming the right to set aside a contract even where there is no manifest disadvantage or oppression sustained by the party subject to the influence of another, the courts are open to the charge of needlessly destroying honest and reasonable bargains. It is suggested that the reason for this unfortunate situation lies in the judgments of certain nineteenth-century cases in which the principles of undue influence were too widely stated. Those cases include *Tate v. Williamson* (1866) L.R. 2 Ch.App.55 and in particular *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145, which was a very special and unusual case of a person encouraged to take a vow of poverty by a spiritual mentor. As Cheshire & Fifoot point out: "It may well be that the origin of the strict law relating to undue influence is the hostility which the courts have always shown towards spiritual tyranny" (*Law of Contract*, 10th ed. at p. 281).

For others the doctrine of undue influence aims not at preventing "bad bargains" but at redressing abuses of trust, confidence or power. For these analysts what this branch of equity seeks to do is control the process rather than the outcome of transactions. David Tiplady argues that the law regards certain relationships "as transcending mere commercialism" (at p. 582), and suggests that it is the protection of the integrity or sanctity of these bonds that underlies the doctrine. And in Canada, Professor Ogilvie emphasizes that it is abuse to which the law directs itself and manifest disadvantage (or its absence) is perceived only as evidence going to whether or not an abuse has actually occurred. She says at p. 511:

Undue influence is designed to protect more than mere commercial interests; rather it is meant to protect the integrity of the weak or the momentarily weak from entering into disadvantageous transactions, however measured.

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. Elle 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.

Some support for professor Ogilvie's view can be found in the existing jurisprudence. This was unquestionably the opinion of Cotton L.J. in the seminal case of *Allcard v. Skinner* when he said at p. 93 that in cases where the presumption applies the court interferes, not on the ground that any wrongful act has in fact been committed by the donee, "but on the ground of public policy, and to prevent the relations which existed between the parties and the influence arising therefrom being abused." So also was the view of Lord Eldon L.C. in *Huguenin v. Baseley* (1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526, at p. 300 and p. 536, respectively: "The question is, not, whether she knew what she was doing, had done, or proposed to do, but how the intention was produced." See also *Csada v. Csada*, [1985] 2 W.W.R. 265 (Sask. C.A.). Finally, the same approach has been adopted in Australia: see *Johnson v. Buttress* (1936), 56 C.L.R. 113 (H.C.), discussed in Malcolm Cope, *supra*, and Malcolm Cope, *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains* (1985).

In my view, neither the result nor process focused approach to the doctrine of undue influence fully captures the true purport of this equitable rule. I say this primarily because the doctrine applies to a wide variety of transactions from pure gifts to classic contracts. In the case of the former it seems to make sense that the process leading up to the gifting should be subject to judicial scrutiny because there is something so completely repugnant about the judicial enforcement of coerced or fraudulently induced generosity. With respect to contractual relations, however, it has long been the view of the courts that the sanctity of bargains should be protected unless they are patently unfair. I cannot think of any situation in which a contract has been rescinded on the sole basis that the process leading up to the bargain was somehow tainted. Something more, such as detrimental reliance, must be shown. It seems to me, therefore, that whatever the measure of undue influence this Court adopts, it must be sufficiently flexible to account for a wide variety of transactions.

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.

What then is the nature of the relationship that must exist in order to give rise to a presumption of undue influence? Bearing in mind the decision in *Morgan*, its critics and the divergence in the jurisprudence which it spawned, it is my opinion that concepts such as "confidence" and "reliance" do not adequately capture the essence of relationships which may give rise to the presumption. I would respectfully agree with Lord Scarman that there are many confidential relationships that do not give rise to the presumption just as there are many non-confidential relationships that do. It seems to me rather that when one speaks of "influence" one is really referring to the ability of one person to dominate the will of another, whether through manipulation, coercion, or outright but subtle abuse of power. I disagree with the Court of Appeal's decision in *Goldsworthy v. Brickell*, *supra*, that it runs contrary to human experience to characterize relationships of trust or confidence as relationships of dominance. To dominate the will of another simply means to exercise a persuasive influence over him or her. The ability to exercise such influence may arise from a relationship of trust or confidence but it may arise from other relationships as well. The point is that there is nothing *per se* reprehensible about persons in a relationship of trust or confidence exerting influence, even undue influence, over their beneficiaries. It depends on their motivation and the objective they seek to achieve thereby.

What of the controversial requirement of "manifest disadvantage" articulated in *Morgan*? In my view, the critics were correct in pointing out that this test, while perhaps appropriate in a purely commercial setting, limits the doctrine of undue influence too much. In the case of gifts or bequests, for example, it makes no sense to insist that the donor or testator prove that their generosity placed them at a disadvantage. While one could say that giving away anything is in a literal sense *ipso facto* disadvantageous, it seems to me that this is a wholly unrealistic test to apply to a gift. A donor who wishes to make a gift is not really disadvantaged by doing so. On the contrary, his or her own purpose is served by doing so. Disadvantage is accordingly, to my mind, not a particularly appropriate concept for general application to the wide variety

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

of situations to which the doctrine of undue influence could conceivably apply.

What then must a plaintiff establish in order to trigger a presumption of undue influence? In my view, the inquiry should begin with an examination of the relationship between the parties. The first question to be addressed in all cases is whether the potential for domination inheres in the nature of the relationship itself. This test embraces those relationships, which equity has already recognized as giving rise to the presumption, such as solicitor and client, parent and child, and guardian and ward, as well as other relationships of dependency which defy easy categorization.

Having established the requisite type of relationship to support the presumption, the next phase of the inquiry involves an examination of the nature of the transaction. When dealing with commercial transactions, I believe that the plaintiff should be obliged to show, in addition to the required relationship between the parties, that the contract worked unfairness either in the sense that he or she was unduly disadvantaged by it or that the defendant was unduly benefited by it. From the court's point of view this added requirement is justified when dealing with commercial transactions because, as already mentioned, a court of equity, even while tempering the harshness of the common law, must accord some degree of deference to the principle of freedom of contract and the inviolability of bargains. Moreover, it can be assumed in the vast majority of commercial transactions that parties act in pursuance of their own self-interest. The mere fact, therefore, that the plaintiff seems to be giving more than he is getting is insufficient to trigger the presumption.

By way of contrast, in situations where consideration is not an issue, e.g., gifts and bequests, it seems to me quite inappropriate to put a plaintiff to the proof of undue disadvantage or benefit in the result. In these situations the concern of the court is that such acts of beneficence not be tainted. It is enough, therefore, to establish the presence of a dominant relationship.

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.

^a 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.

^d 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.

ⁱ 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.

Once the plaintiff has established that the circumstances are such as to trigger the application of the presumption, i.e., that apart from the details of the particular impugned transaction the nature of the relationship between the plaintiff and defendant was such that the potential for influence existed, the onus moves to the defendant to rebut it. As Lord Evershed M.R. stated in *Zamet v. Hyman*, *supra*, at p. 938, the plaintiff must be shown to have entered into the transaction as a result of his own "full, free and informed thought". Substantively, this may entail a showing that no actual influence was deployed in the particular transaction, that the plaintiff had independent advice, and so on. Additionally, I agree with those authors who suggest that the magnitude of the disadvantage or benefit is cogent evidence going to the issue of whether influence was exercised.

In the present case neither the trial judge nor the Court of Appeal went into very much detail as to why the presumption of undue influence was properly applicable given the nature of the relationship between Mrs. Goodman and her older brothers. They focused instead on the details of the execution of the trust agreement itself. A review of the circumstances between the deceased and her brothers at the relevant time does, however, disclose that the relationship between them was such that a potential existed for the brothers to exercise a persuasive influence over their sister. *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1977), vol. 18, para. 330, at p. 149 designates the relevant time when it identifies the class of case in which a presumption of undue influence arises:

330. . . . Secondly, there are those cases in which the relationship between the donor and the donee at the time of or shortly before the making of the gift has been such as to raise a presumption that the donee had influence over the donor. In this second class of case the onus is on the donee to rebut the presumption by showing that the donor made the gift only after full, free and informed thought about it. [Emphasis added.]

It is true that the trial judge found as a fact that there was very little contact between Mrs. Goodman and her brothers over the years prior to the death of their mother. Uncontradicted evidence disclosed that

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 sœur. *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1977), vol. 18, par. 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

Mrs. Goodman had a history of mental health problems and that she suffered from both bipolar affective disorder and a personality disorder which at times made her domineering and aggressive but at other times withdrawn and helpless depending on her mood swings. The brothers were aware that their sister's condition made her a difficult person to deal with and affected her ability to act responsibly on her own behalf and to make an adequate living for herself. They knew that their mother had shouldered the bulk of responsibility for their sister and that without her help they would likely have to step in to assist. Even although the brothers were successful businessmen who were significantly better off than their sister, they regarded her as a potential liability and sought to avoid any financial responsibility for her. Indeed, it was the suspicion that they might be placed in a position of responsibility for their sister that prompted Jack to play a role in assisting their mother in the preparation of her first will the terms of which ensured that this would not happen.

It was when the mother died and the brothers discovered that she had executed a second will which removed the protections contained in the first one that the real potential for the brothers to influence their sister arose. The evidence discloses that Mrs. Goodman had sought the assistance of her brothers to see her through the emotional crisis of the death of her mother, her primary caregiver. Communications between Mrs. Goodman and her brothers increased during this period. They knew she needed support and protection. She consulted with them as to what the best arrangement would be. The brothers were well aware that their sister had reposed her trust and confidence in them to help her straighten out her legal and financial affairs. It was a situation where the brothers knew their sister was vulnerable, knew that she was relying upon them to help her and knew that they had interests of their own which did not necessarily coincide with hers. Thus, apart from the particular circumstances surrounding the execution of the trust agreement, the relationship between the

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 sœur 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 sœur 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 sœur, 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 sœur 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 sœur. 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 sœur 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 sœur 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

deceased and the appellants was such that it could have afforded them the potential to exercise undue influence over her.

Since the trust instrument is unquestionably more akin to a gift or bequest than a commercial transaction, the existence of the required relationship without more is sufficient to trigger the presumption. It remains, therefore, to be determined whether the presumption has been rebutted. In making that determination it is necessary to conduct a "meticulous examination of the facts" (*per* Lord Scarman in *Morgan*, *supra*, at p. 709) and it is significant in that connection that both the appellants and the respondents challenge the findings of fact made by the lower courts.

Solicitor Client Privilege

The trial judge's admission of the evidence of Mr. Pearce, the solicitor who drafted the trust agreement, is challenged by the respondents. Mr. Pearce's evidence is crucial in this case for two reasons. First, it may help to ascertain what the precise circumstances surrounding the deceased's entry into the trust agreement were. And secondly, this evidence is vital to the determination of whether Mrs. Goodman received independent advice concerning the proposed transaction.

At trial Hutchinson J. admitted Mr. Pearce's evidence and justified doing so on two distinct grounds. First, he held that the circumstances of this case were analogous to the wills context where a recognized class of exceptions to the rule regarding the inadmissibility of communications between solicitor and client has been well established. At pages 223-24 of his reasons he said:

I can find no logical reason why the exception to the solicitor-client privilege that exists in cases where the succession of property turns on the validity of a will would not apply to the present case. In the present case, the trust agreement entered into by Mrs. Goodman is being challenged by the plaintiff, who claims that undue influence was placed upon Mrs. Goodman to execute the agreement. There really is no distinction between an allegation of undue influence when it arises in the case of the execution of a will as opposed to the execution of a trust document when in each case the testator or the settlor has since died. In both cases, it is the duty of the court to ascertain the true intention and the capacity of

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'as-

the deceased. In my view, it is in both the interest of the client and the interest of justice that the relevant evidence of the solicitor, Mr. Pearce, be admitted in evidence.

In the alternative, he found that even if no analogy could be drawn to contests over succession rights, the privilege that existed between Mrs. Goodman and Mr. Pearce had been waived. At page 224 he said:

In the present case, the plaintiffs are legal representatives of the deceased Mrs. Goodman. By raising no objection to the testimony of Mr. Pearce and by electing to extensively cross-examine him, the plaintiffs have impliedly waived any solicitor-client privilege that might have existed between Mr. Pearce and Mrs. Goodman. It is obvious that the defendants who were charged with the responsibility of carrying out the terms of the trust for the benefit of the ultimate beneficiaries named therein have also waived the solicitor-client privilege on behalf of such beneficiaries by the fact of their having called Mr. Pearce as a witness.

In the Court of Appeal Hetherington J.A. expressed her concurrence with Hutchinson J.'s first ground but made no mention of his alternative finding. The majority did not address the evidentiary issue.

In this Court the respondents attacked this aspect of the trial decision. They maintain that the trial judge erred in drawing an analogy between the wills exception and this case and that the general rule as to solicitor-client privilege should have been applied. To them Mr. Pearce as solicitor should not have been permitted to testify and the court itself should have put a stop to his evidence. They say, moreover, that if the privilege should have enured to them, they did not waive it and if it enured to the appellants, then the appellants were precluded from asserting that Mrs. Goodman was Mr. Pearce's only client.

It has long been recognized that communications between solicitor and client are protected by a privilege against disclosure. The classic statement of the rationale behind this rule was made over one hundred

surer 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.

^a 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.

^e 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.

^f 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.

ⁱ Il est reconnu depuis longtemps que les communications entre l'avocat et son client sont protégées par un privilège de non-divulgaration. L'énoncé classique de la raison d'être de cette règle a été fait, il y a plus

and fifty years ago by Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell* (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618, at p. 103 and at pp. 620-21, respectively:

The foundation of this rule is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection, though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisers.

But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on, without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the Courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.

More recently, this Court has described the privilege as a "fundamental civil and legal right": see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839. Thus, while at one time it was thought that the privilege belonged to the solicitor and not to his client, there is now no doubt that the privilege belongs to the client alone. One consequence of this is that confidential communications between solicitor and client can only be divulged in certain circumscribed situations. The client may, of course, herself choose to disclose the contents of her communications with her legal representative and thereby waive the privilege. Or, the client may authorize the solicitor to reveal those communications for her. Even then, however, the courts have been cautious in allowing such disclosures, so much so that they have assumed for themselves the role of ensuring that without the client's express consent a solicitor may not testify. Thus, in *Bell v. Smith*, [1968] S.C.R. 664, this Court held that there had been a violation of solicitor-client privilege when a former solicitor of the plaintiffs in a motor vehicle accident claim was subpoenaed by the

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

defendants and testified as to the settlement discussions that had taken place. Spence J. said at p. 671:

It is rather astounding that Mr. Schreiber should be subpoenaed to give evidence on behalf of the defendants as against his former clients and that he should produce his complete file including many memoranda and other material all of which were privileged as against the plaintiffs and whether the plaintiffs' counsel objected or not that he should be permitted to so testify and so produce without the consent of the plaintiffs being requested and obtained.

Lord Chancellor Eldon said, in *Beer v. Ward* (1821), Jacob 77, 37 E.R. 779, at p. 80:

... it would be the duty of any Court to stop him if he was about to disclose confidential matters ... the Court knows the privilege of the client, and it must be taken for granted that the attorney will act rightly, and claim that privilege; or that if he does not, the Court will make him claim it.

So important is the privilege that the courts have also stipulated that the confidentiality of communications between solicitor and client survives the death of the client and enures to his or her next of kin, heirs, or successors in title: see *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*, [1901] A.C. 196; *Stewart v. Walker* (1903), 6 O.L.R. 495; and *Langworthy v. McVicar* (1913), 25 O.W.R. 297.

An exception has, however, developed to permit a solicitor to give evidence in wills cases and a variety of explanations for this exception to the general rule concerning solicitor-client privilege have been advanced by commentators and courts alike. In *Wigmore on Evidence* (vol. 8, § 2314), for example, the author suggests that, in so far as issues relating to the execution or contents of a will are concerned, the rationale underlying the exception relates to the testator's desire for secrecy. At page 610 of vol. 8, Professor Wigmore states:

But for wills a special consideration comes into play. Here it can hardly be doubted that the execution and especially the contents are impliedly desired by the client to be kept secret during his lifetime, and are accordingly a part of his confidential communication. It must be assumed that during that period the attorney ought

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, § 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'avo-

not to be called upon to disclose even the fact of a will's execution, much less its tenor. But, on the other hand, this confidence is intended to be temporary only. That there may be such a qualification to the privilege is plain.

In those cases dealing with the validity of a will as opposed to its execution or contents Professor Wigmore acknowledges that the secrecy rationale does not fully explain why a testator's communications with his solicitor should be admitted. In such circumstances he suggests at pp. 612-13 that a solicitor may testify as to the state of mind of the testator since, if the testator were insane or unduly influenced, his utterances were "obviously not confidentially made with reference to the secrecy of the fact of insanity or undue influence, for the testator of course did not believe those facts to exist and therefore could not possibly be said to have communicated them". Professor Wigmore then goes on to cite numerous American cases in which a solicitor has been permitted to testify where the validity of a will has been challenged on the ground that the testator was unduly influenced.

Professor Phipson, on the other hand, appears to be of the view that a different rationale supports the exception to the solicitor-client privilege in the wills context. In his opinion, any time claimants have a joint interest with the client in the subject matter of the communication, whether dealing with wills or some other matter, no privilege attaches. Hence, he states that as between joint claimants under a testator as to communications between the latter and his solicitor, the privilege does not apply: see *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), at p. 300.

In *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), the authors argue that Canadian courts have approached the admissibility of this sort of evidence in a unique way, although the same result has been arrived at. For instance, in *Stewart v. Walker*, *supra*, it was alleged that the testator had died intestate. The deceased's solicitor, however, had in his possession a copy of a

cat 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 pareils 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'avo-

will providing that he, the solicitor, was to be left the greater part of the deceased's estate and was appointed as sole executor. It was contended that the solicitor should not be permitted to give evidence as to the existence or validity of the will. The Ontario Court of Appeal, however, felt that the solicitor should have been permitted to testify, saying at pp. 497-98:

The nature of the case precludes the question of privilege from arising. The reason on which the rule is founded is the safeguarding of the interests of the client, or those claiming under him when they are in conflict with the claims of third persons not claiming, or assuming to claim, under him. And that is not this case, where the question is as to what testamentary dispositions, if any, were made by the client. As said by Sir George Turner, Vice-Chancellor, in *Russell v. Jackson* (1851), 9 Ha. 387, at p. 392: "The disclosure in such cases can affect no right or interest of the client. The apprehension of it can present no impediment to the full statement of his case to his solicitor . . . and the disclosure when made can expose the Court to no greater difficulty than presents itself in all cases where the Courts have to ascertain the views and intentions of parties, or the objects and purposes for which dispositions have been made." It has been the constant practice to apply the rule here stated in cases of contested wills where the evidence of the solicitors by whom the wills were prepared, as to the instructions they received, is always received. And the application of a different rule in this action would deprive the plaintiff of a considerable part of the proof of his case.

Similarly, in *Re Ott*, [1972] 2 O.R. 5 (Surr. Ct.), where the issue was whether the testator by tearing it up intended to revoke a later will and revive an earlier one, Anderson Surr. Ct. J. held that the discussion that took place between the deceased and his solicitor at the time of the destruction of the will was admissible. At page 11 he said:

. . . since it is of essence to the case to find out the intention of the testator when he destroyed the will whether or not he was revoking his will unconditionally or whether he was only tearing it up on condition that an earlier will was thus revived, the whole issue turns on this question and it would seem to me that to invoke the privilege of the client, after the client is deceased would make it impossible for the Court to determine the intention of the testator in tearing up the will. In the interests

cat 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

of justice, it is more important to find out the true intention of the testator.

In the present case the respondents argue that no analogy can be drawn between these wills cases and the situation here. I disagree. It is implicit in their argument that the common law has as yet only recognized an "exception" to the general rule of the privileged nature of communications between solicitor and client when dealing with the execution, tenor or validity of wills and wills alone. Their argument is reminiscent of earlier days when the "pigeon hole" approach to rules of evidence prevailed. Such, in my opinion, is no longer the case. The trend towards a more principled approach to admissibility questions has been embraced both here and abroad (see, for example, in Canada, *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608 (hearsay), and *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 (hearsay), and in the United Kingdom, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (similar fact)), a trend which I believe should be encouraged.

In my view, the considerations which support the admissibility of communications between solicitor and client in the wills context apply with equal force to the present case. The general policy which supports privileging such communications is not violated. The interests of the now deceased client are furthered in the sense that the purpose of allowing the evidence to be admitted is precisely to ascertain what her true intentions were. And the principle of extending the privilege to the heirs or successors in title of the deceased is promoted by focusing the inquiry on who those heirs or successors properly are. In summary, it is, in the words of Anderson Surr. Ct. J. in *Re Ott*, *supra*, "[i]n the interests of justice" to admit such evidence.

Before leaving this aspect of the case, I should like to note that the trial judge's second ground for admitting the evidence confused the issue. While his reasoning on this point is somewhat less than clear, he seems to suggest that both the plaintiffs and the defendants had, by their conduct, waived whatever privilege they had. This finding undoubtedly inspired the respondents' rather tortured argument that they

déchiré le testament. Dans l'intérêt de la justice, il est plus important de découvrir l'intention véritable du testateur.

a 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 b 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. c 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 d 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 e 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 a 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

never waived the privilege and that the appellants, if the privilege enured solely to them, were in no position to then turn around and claim that Mrs. Goodman was the sole client of Mr. Pearce. As I have indicated, I prefer to base my decision on the footing that in circumstances such as these there is no privilege to waive until the true intentions of the settlor are ascertained, which in turn requires the testimony of the solicitor to be received.

Review of Factual Findings

The second factual matter in dispute relates to the findings of the trial judge. The respondents allege that Hutchinson J. committed three palpable errors of fact, thereby committing an error of law reviewable by this Court. In particular, they say that the trial judge failed to consider all the evidence in making the finding that there was hardly any contact between Mrs. Goodman and her three brothers, that Mrs. Goodman was not relying on her brothers for assistance, and that their only concern was that Mrs. Goodman be adequately maintained preferably not at their expense. On the other hand, the appellants maintain that the Court of Appeal committed an error of law when it acted in disregard of the trial judge's finding that the brothers had not unduly influenced their sister into making the trust agreement.

It is by now well established that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it is established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts: see *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, at p. 683, and the cases cited therein. Even where a finding of fact is not contingent upon credibility, this Court has maintained a non-interventionist approach to the review of trial court findings. Thus, in *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, where the question was

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 trois 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 sœur 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 il s'agissait de déterminer si le juge du procès avait omis de prendre en con-

whether the trial judge had failed to address himself to certain relevant evidence, Estey J. stated at p. 14:

An appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. The duty of the appellate tribunal does, however, include a review of the record below in order to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede.

And even in those cases where a finding of fact is neither inextricably linked to the credibility of the testifying witness nor based on a misapprehension of the evidence, the rule remains that appellate review should be limited to those instances where a manifest error has been made. Hence, in *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, this Court refused to overturn a trial judge's finding that certain goods were defective, stating at pp. 84-85 that it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole (citing *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371).

In the present case there is no indication either from the reasons for judgment or from the record that the trial judge misapprehended the evidence or otherwise erred in the process of making his findings of fact. Accordingly, the Court of Appeal erred in overturning such findings.

Given that the trial judge found that there was very little contact between the brothers and the deceased at the relevant time, that the deceased was not in fact relying on her brothers to advise her, and that the prime motivation of the brothers was to advance their sister's welfare, it is difficult to conclude that the appellants have not successfully rebutted the presumption of undue influence. In addition to these findings it is also relevant that the evidence establishes that the deceased received some independent advice from Mr. Pearce and that the agreement ulti-

sidération 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 sœur, 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

mately concluded was in accord with her wishes. I acknowledge that in other situations the fact that the brothers took a leading role in the initial meeting with Mr. Pearce might militate against a finding of independent advice. However, after the departure of the brothers for their respective homes, Mrs. Goodman continued on her own initiative to seek Mr. Pearce's advice.

It does cause me some concern that the solicitor did not inquire in any detailed way into Mrs. Goodman's financial position. In particular, his failure to find out that the estate bequeathed to her was her only asset of any value and that she did not have the benefit of steady employment raises questions as to whether she fully appreciated the economic effect of the trust on her personally. However, any imperfection in the legal advice obtained is not, in my view, fatal to the appellants' case.

Costs

The final issue to be determined relates to the appropriate award of costs. The appellants claim full reimbursement out of the trust property, for their actual and reasonable costs (including legal fees) incurred in defending the respondents' lawsuit.

Much of the respondents' argument on the issue of costs was made on the assumption that the trust agreement would be set aside on the ground of undue influence. They submitted that in such circumstances the trustees should not be permitted to benefit in any way from their own misconduct. Since I have found no misconduct on the part of the trustees, nothing more need be said on this aspect. However, the respondents also urge the Court not to allow the appellants to charge their costs against the trust property, even if they are successful, on the ground that they were acting for their own benefit. I cannot agree.

The courts have long held that trustees are entitled to be indemnified for all costs, including legal costs, which they have reasonably incurred. Reasonable expenses include the costs of an action reasonably defended: see *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51. In

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

Re Dallaway, [1982] 3 All E.R. 118, Sir Robert Megarry V.C. stated the rule thus at p. 122:

In so far as such person [trustee] does not recover his costs from any other person, he is entitled to take his costs out of the fund held by him unless the court otherwise orders; and the court can otherwise order only on the ground that he has acted unreasonably, or in substance for his own benefit, rather than for the benefit of the fund.

There can be no question that the trustees in this action acted reasonably. They were initially accused of having perpetrated a fraud against the deceased, an allegation which has not won the approval of any of the courts that have heard the matter. They were, however, obliged to defend the action. The appellants were cleared at trial of any exercise of undue influence on the settlor and, although they lost in the Court of Appeal on the basis of a presumption of undue influence, they were ultimately vindicated in this Court on the basis of the trial judge's finding that no undue influence had in fact been exercised.

Nor can there be any serious question that the appellants in defending the action were acting, not for their own benefit, but for the good of the trust. For William Geffen, of course, defending the action promoted both his personal interest as well as that of his fellow beneficiaries. While we have not been referred to a case in which trustees seeking indemnification from a trust were also beneficiaries of the trust, I do not consider the co-existing interest of trustee and beneficiary a valid basis for denying costs. Similarly, the fact that the Geffen brothers were acting in the interests of their children, nephews and nieces does not, in my view, cast any doubt upon the propriety of their actions.

The only question, therefore, is whether the appellants should have their costs against Stacy Randall Goodman personally instead of having them charged to the trust property. It is noted in this connection that the trial judge ordered Stacy Randall Goodman to

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 récupérer 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

pay the appellants' costs in his personal capacity and not to charge them against Mrs. Goodman's estate or the trust property. In view of the respondents' success in the Court of Appeal it is clear that the respondents had a tenable case against the appellants and I think it appropriate that they simply bear their own costs but not have to bear the appellants' costs as well.

5. Disposition

I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the decision of the trial judge. The appellants are entitled to full reimbursement from the trust property for their actual and reasonable costs (including legal fees) incurred in defending the respondents' lawsuit.

The reasons of *La Forest* and *McLachlin JJ.* were delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Wilson. While I agree with the result she has reached, I have found it necessary to express my own separate views for reasons that will appear.

As my colleague has noted, the first issue to be considered is whether the circumstances in this case are such as to give rise to a presumption of undue influence. Wilson J. concludes that such a presumption will arise only when the parties are in a relationship of "influence", where one person is in a position to dominate the will of another. I agree with this.

My colleague then proceeds to consider whether the additional requirement of "manifest disadvantage" must be present before a presumption of undue influence will be applied. The "manifest disadvantage" requirement was adopted by the House of Lords in *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] A.C. 686, a case in which undue influence was alleged in a loan transaction between a bank and one of its customers. At issue there was whether to apply a presumption of undue influence in the con-

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.

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

text of such a transaction. Lord Scarman found such a presumption will be applied in appropriate circumstances, but only when manifest disadvantage to the party influenced can be shown. He stated, at p. 707:

A commercial relationship can become a relationship in which one party assumes a role of dominating influence over the other. . . . Similarly a relationship of banker and customer may become one in which the banker acquires a dominating influence. If he does and a manifestly disadvantageous transaction is proved, there would then be room for the court to presume that it resulted from the exercise of undue influence.

Wilson J. finds that the requirement of manifest disadvantage simply does not make sense in the context of this case, where the challenged transaction concerns a gift. I would agree. A gift is by its nature inherently disadvantageous, at least in a material sense, so the requirement is superfluous. Having made this finding, it seems to me that it becomes unnecessary to discuss the issue of manifest disadvantage further on the facts of this case. My colleague nonetheless proceeds to elaborate upon this point at some length, and I accordingly feel obliged to say a few words about it.

It may well be appropriate to require a showing of undue disadvantage or benefit before a presumption of undue influence will be applied. Given that the effect of the presumption of undue influence is to shift the burden of proof to the defendant, it may not be unreasonable to require that there be some showing of undue disadvantage or benefit in a commercial transaction before the presumption will arise. It is a substantially different question, however, whether undue influence itself must always involve undue disadvantage or benefit.

As my colleague correctly points out, there is a difference of opinion as to whether manifest disadvantage should be a required element of undue influence in a commercial transaction. This stems from differing views on what the doctrine of undue influence is designed to protect. One view is that it should protect against abuses of trust, confidence or power. From this perspective, the focus is upon the process of the

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 un 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

undue influence itself, rather than the result. Manifest disadvantage to the person influenced is not a requirement, but merely evidence that goes to show whether or not an abuse of confidence took place. The opposing view is that the law should not interfere with reasonable bargains, and that the doctrine of undue influence should only address abuses of trust or confidence resulting in a significant and demonstrable disadvantage to the person influenced.

It is unnecessary for us to choose between these two opposing positions in the context of this case, which does not even concern a commercial transaction, and I think it is unwise to do so. I therefore cannot adopt my colleague's comment, at p. 377, that there is "nothing *per se* reprehensible about persons in a relationship of trust or confidence exerting influence, even undue influence, over their beneficiaries" (emphasis added). Nor would I want to be taken as agreeing with the proposition that the law will never interfere with a contract that does not necessarily lead to a material disadvantage, even where it is clear that the process leading up to the contract has been tainted.

Turning then to the issue of whether the presumption of undue influence should be applied in the present case, the relevant question is whether the relationship of Mrs. Goodman to her brothers was such that they had the ability to dominate her. Without repeating the facts at length, I would note that I approve in large part of the approach taken to this question by Hetherington J.A. in her dissenting reasons in the Court of Appeal. As she notes, Mrs. Goodman's relationship with her brothers was not a close one. In fact, the trial judge found (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, at pp. 228-29, that:

If anything, the evidence which I have heard and which was read in by counsel for the plaintiff persuades me that the relationship between Mrs. Goodman and her three brothers was such that they had no influence on their sister at all. Particularly brother Jack. Any suggestion made by him seems to have been rebuffed by Mrs. Goodman almost automatically. The poor relationship between the two of them was longstanding and deep-rooted. Apart from the brief interval of time when they

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. 377, 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

were together as a result of their mother's last illness and death, there was hardly any contact between the three brothers and Mrs. Goodman. [Emphasis added.]

In another situation, the relationship of brother and sister might well support a presumption of undue influence. Given these findings of fact by the trial judge, however, it is difficult to accept that the relationship between Mrs. Goodman and her brothers was one where the potential for a dominating influence existed. In so holding, I am not insensitive to the fact that the trust agreement was first proposed during the difficult period immediately following their mother's death. However, the facts as found by the trial judge simply do not bear out the view that Mrs. Goodman was relying upon her brothers for assistance even during this troubled time. I accordingly conclude that there could be no presumption of undue influence at that time.

The facts are even stronger as they relate to the subsequent period. In this regard, it must be remembered that the trust arrangement was not finalized until several months after the death of Mrs. Goodman's mother. It was only entered into by Mrs. Goodman after numerous independent consultations with her attorney, Mr. Pearce, and "following periods of independent thought by her". In the words of the trial judge, at p. 228:

By the time Mrs. Goodman had decided to include all of the grandchildren, that is to say, to include her own children as beneficiaries as well as all of her nieces and nephews, contact between herself and her three brothers no longer existed. [Emphasis added.]

For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Wilson J.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons herein of my colleagues Justice Wilson and Justice La Forest which differ as to whether a presumption of undue influence arises in this case. In my view, given the positive finding by the trial judge, supported by the evidence, that there was no undue influence, the existence of a presumption is immaterial and any discussion of it by the trial judge and the

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.]

a 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
b 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
c conclus donc qu'il ne pouvait y avoir aucune présomption d'abus d'influence à ce moment-là.
d

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
e 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]
f «après qu'elle y ait réfléchi librement». Comme l'a dit le juge de première instance, 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
g ses propres enfants en qualité de bénéficiaires aussi bien que ses nièces et neveux, les contacts entre elle et ses trois frères avaient cessé. [Je souligne.]

h 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

Court of Appeal was unnecessary and *obiter*. The same applies to the consideration of this matter here.

Wilson J. accurately points out in her reasons, at p. 363, that:

Based on the testimony of the solicitor as well as the other witnesses, Hutchinson J. found on the evidence that the Geffen brothers did not in fact influence their sister into signing the trust agreement. In doing so he placed particular emphasis on the fact that the agreement in substance reflected the true wishes of the settlor.

The trial judge made the following positive determination of this issue ((1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, at pp. 228-29):

If anything, the evidence which I have heard and which was read in by counsel for the plaintiff persuades me that the relationship between Mrs. Goodman and her three brothers was such that they had no influence on their sister at all. . . . Apart from the brief interval of time when they were together as a result of their mother's last illness and death, there was hardly any contact between the three brothers and Mrs. Goodman. She did not rely on them for assistance and they were only concerned that their mother's estate be available for her maintenance without the need on their part to assume any personal responsibility for their sister's care. [Emphasis added.]

The presumption of undue influence is a presumption of law. As such, its influence on the resolution of the issue is limited to the burden of proof. Text writers and courts are divided on whether presumptions of law affect only the evidential burden or both the evidential burden and the legal burden. In *S v. S*, [1972] A.C. 24, Lord Reid espoused the latter view and explained a presumption in the following language, at p. 41:

Once evidence has been led it must be weighed without using the presumption as a make-weight in the scale for legitimacy. So even weak evidence against legitimacy must prevail if there is not other evidence to counterbalance it. The presumption will only come in at that stage in the very rare case of the evidence being so evenly

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. 363 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 sœur 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 sœur 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

balanced that the court is unable to reach a decision on it.

This Court, in *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] S.C.R. 602, adopted the former or evidentiary burden view, citing *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., § 2491(2). Judson J., speaking for the court, stated, at p. 606:

It must be kept in mind that the peculiar effect of a presumption "of law" (that is, the real presumption) is merely to invoke a rule of law compelling the jury to reach the conclusion *in the absence of evidence to the contrary* from the opponent. If the opponent *does* offer evidence to the contrary (sufficient to satisfy the judge's requirement of some evidence), the presumption disappears as a rule of law, and the case is in the jury's hands free from any rule. [Emphasis in original.]

This view was reaffirmed in *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218, Dickson J. (as he then was) said at p. 225:

Evidence having been led on each issue the presumptions disappeared. It fell then to the trier of fact to decide the issues upon all of the evidence adduced.

I need not resolve which of these views is the correct one because in my opinion, on either view, the presumption of undue influence played no role in this case. An evidentiary burden casts on the burdened party the obligation of going forward with some evidence while the legal burden is applied against the burdened party if the evidence, after being weighed, fails to persuade. This latter burden is also referred to as the burden of non-persuasion. The modern view of the legal burden is generally attributed to the decision of the Privy Council in *Robins v. National Trust Co.*, [1927] 2 D.L.R. 97, in which Viscount Dunedin stated at p. 101:

But onus as a determining factor of the whole case can only arise if the tribunal finds the evidence pro and con so evenly balanced that it can come to no sure conclusion. Then the onus will determine the matter. But if the tribunal, after hearing and weighing the evidence, comes

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., § 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

to a determinate conclusion, the onus has nothing to do with it, and need not be further considered.

It is the legal burden or burden of non-persuasion that is occasionally misapplied by treating it as a make-weight in the assessment of the evidence. This is characteristic of some of the undue influence cases that refer to matters that must be proved in order to discharge the burden of proof imposed by the presumption. See *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, at p. 181.

This is not an application of the burden of proof but rather a particular application of the familiar maxim that in applying the standard of proof all evidence is to be weighed in light of the gravity of the issue to be decided. See *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643, at p. 673; *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247, at p. 266. This maxim is applied in undue influence cases. The evidence is subjected to close scrutiny and the cases indicate that before coming to a conclusion, the court must act only on clear and convincing evidence. The factors that are often cited in the undue influence cases are just that, factors that the judge should consider in weighing the evidence. These factors ensure that the evidence is carefully scrutinized. They are to be heeded but are not cast in stone. They are not, however, a product of the application of the legal burden of proof. In this regard, I adopt that portion of the reasons of Rand J. in *New York Life Insurance Co. v. Schlitt*, [1945] S.C.R. 289, in which he states at p. 308:

In the conception of a function of requiring a quantum of proof, the presumption plays no part in the drawing of conclusions from the facts presented in rebuttal, and this circumstance has made a generous contribution to the confusion and difficulty which surround the practical application of this very necessary device.

Schlitt involved a claim on a policy of life insurance which was resisted by way of reliance on the defence of suicide. The issue was whether the presumption of suicide had been rebutted. The insured contended it was death by accident and the insurer death by suicide. After reviewing the evidence, Rand J., in a dissenting opinion, concluded that the Court

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

was left in a state of doubt and therefore the burden of proof had to be applied. While Rand J. disagreed with his colleagues with respect to the factual conclusion to be reached, his reasons, alone, contain a definitive analysis of the operation of presumption and they do not conflict with those of other members of the Court.

In this case, there is no reason to consider whether there was an evidentiary burden on the appellants to adduce evidence nor whether they had the legal burden of proof. Evidence was adduced which persuaded the trial judge in accordance with the requisite standard that undue influence had not been exerted. This was not a case where the evidence was evenly balanced thereby requiring a determination of where the burden of proof lay. That ended the matter and there is no reason to consider whether that which has been found not to exist ought to be presumed.

I would dispose of the appeal as proposed by Wilson J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Bennett Jones Verchere, Calgary.

Solicitors for the respondents: Barron & Barron, Calgary.

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.