

La protection des intérêts des bénéficiaires de promesses testamentaires

JEAN MERLINI*

et

DONALD POIRIER**

Les auteurs s'attardent au problème des personnes qui acceptent de s'occuper des personnes plus âgées en retour d'une promesse d'indemnisation par voie testamentaire, promesse qui ne se matérialise pas. Quatre recours sont étudiés. Le premier s'appuie sur l'approche contractuelle, le second sur l'approche fondée entièrement sur l'équité, le troisième s'appuie sur la doctrine de l'enrichissement sans cause et le quatrième trouve sa source dans la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur. Les auteurs concluent en suggérant des modifications législatives comparables à celles de la Nouvelle-Zélande.

This article deals with the problem of younger adults who accept to take care of older people in return for a promise to receive benefits under a will and the promise is broken. Four remedies are considered. The first remedy finds its source in contract law, the second one in the law of equity, the third one in the doctrine of unjust enrichment and the last one in the Testators's Family Maintenance Act. The authors suggest legislation modifications comparable to those contained in the Law Reform (Testamentary Promises) Act of New Zealand.



Une jeune personne accepte de prendre soin d'une personne plus âgée lorsque cette dernière promet de lui léguer des biens ou de ne pas révoquer un testament déjà fait en sa faveur. A l'ouverture de la succession, le testament ne contient pas le legs promis ou encore, le testament contenant le legs favorisant la jeune personne est révoqué. Quels sont les recours de la jeune personne? Sur quoi se fondent-ils? Quelles sont les défenses de la succession de la personne âgée?

*BCL (McGill), LLB (Moncton); coordinateur du Centre d'information juridique du Nouveau-Brunswick.

**BA (Montréal), MA (Moncton), LLB (UNB), LLM (McGill); professeur à l'École de droit de l'Université de Moncton.

Les auteurs remercient le Centre d'étude du vieillissement de l'Université de Moncton pour sa contribution financière à la recherche dont a été tiré le présent article.

Il convient d'abord de nommer ce genre d'arrangement: nous l'appelons *promesse testamentaire*. La jeune personne est le *bénéficiaire* de la promesse et la personne âgée est le *promettant* (ou *promettant-testateur*).

Nous avons choisi cette terminologie parce qu'elle se prête le mieux aux différentes approches prises par le droit pour donner effet à ces arrangements ou prévoir un recours de remplacement, si on ne peut les sanctionner tels qu'ils ont été prévus.

En effet, le droit utilise différentes approches, car la problématique des promesses testamentaires met en jeu divers intérêts opposés qu'il faut, à notre avis, réconcilier afin de rendre justice. Nous avons noté ici les trois principaux intérêts qui forment le fondement politique ("policy") sous-tendant les divers jugements que nous étudierons ainsi que les dispositions législatives et la common law applicables.

Le premier intérêt, c'est la liberté contractuelle et son corollaire, l'effet obligatoire des contrats. Si l'examen d'une promesse testamentaire ne tient compte que du droit des contrats, c'est-à-dire offre — acceptation — contrepartie — intention de créer des relations juridiques — certitude des obligations — preuve en bonne et due forme, il est évident que la Cour lui donnera effet. La succession du promettant sera chargée des exécutions des obligations¹. Or, une question se pose: par quelle démarche juridique chargera-t-on une succession testamentaire de l'exécution des obligations contractuelles? (Nous présumons que la succession du promettant ne connaît rien de la promesse tant que le bénéficiaire ne présente pas sa réclamation.) En effet, il est fort simple de dire qu'on chargera la succession de l'exécution des obligations. Cependant, puisque le bénéfice promis par le promettant et librement choisi par lui est transmis par voie testamentaire, les choses se compliquent, car entre en jeu le deuxième intérêt légalement sanctionné, soit la liberté testamentaire laquelle est régie par des règles fort différentes que celles du droit des contrats.

Tout le monde sait qu'un testateur a en droit entière discrétion pour décider du contenu de son testament². En théorie, cette discrétion implique un phénomène juridique singulier. Si le testateur jouit de la capacité testamentaire, que son testament a été rédigé en pleine connaissance de cause et qu'il n'a pas été soutiré par fraude, influence indue ou erreur — autrement dit, s'il est, pour les fins de l'homologation, rédigé conformément à la loi — le contenu du testament peut omettre la teneur de la promesse testamentaire faite et être homologué tel qu'il a été rédigé.

Nous nous trouvons donc en présence d'une impasse juridique: d'un côté, on sanctionne la promesse testamentaire; de l'autre, par les règles gouvernant la liberté testamentaire et l'homologation du testament, on sanctionne un testament qui omet la promesse valablement faite. En effet, si on sanctionne la liberté testamentaire, on ne peut réécrire un testament valablement fait, même pour y inclure le legs promis contractuellement. On pourrait en théorie se retrouver sans moyen de sanctionner la promesse testamentaire, puisque les

¹ Voir C.H. Sherrin et al., *Williams' Law Relating to Wills: Volume I*, 5th ed. (London: Butterworths, 1980) 10.

² Voir *Banks v. Goodfellow* (1870), 5 L.R.Q.B. 549 aux pp. 563-565.

parties à celle-ci ont choisi la voie testamentaire pour son exécution. Le testateur pourrait, par son écrit testamentaire, utiliser un moyen légal, la liberté testamentaire, pour se dédire d'une promesse faite par un autre moyen légal, un engagement à saveur contractuelle. Comment la Cour s'y prend-t-elle alors pour empêcher cette injustice flagrante et réconcilier les intérêts du bénéficiaire de la promesse et ceux des légataires? Qui a préséance dans l'administration et la distribution de la succession? N'oublions pas qu'une promesse a été faite à un bénéficiaire qui, à son détriment, a agi sur la foi de celle-ci.

Le troisième intérêt porte sur les réclamations de la famille du testateur faites en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*³, dont l'article capital et explicite se lit comme suit:

2(1) *Lorsqu'une personne, ci-après appelée le testateur, décède en laissant un testament qui ne constitue pas de provision suffisante pour assurer l'entretien normal des personnes à sa charge ou de l'une ou plusieurs d'entre elles, un juge, sur demande faite soit par ces personnes à charge ou l'une ou plusieurs d'entre elles, soit en leur nom, peut, à sa discrétion mais en tenant compte de toutes les circonstances du cas, ordonner de prélever sur la succession du testateur la provision qu'il estime suffisante pour l'entretien normal des personnes à charge ou de l'une ou plusieurs d'entre elles.* (L'italique est de nous.)

Un autre article de cette même loi nous intéresse parce qu'il décrète le rang donné à la promesse testamentaire exécutée, couchée dans le testament:

16 Lorsque un testateur a, durant sa vie, de bonne foi et moyennant une contrepartie valable, passé un contrat prévoyant un legs de biens, réels ou personnels, et a, dans son testament, légué ces biens en exécution des clauses du contrat, les dispositions d'une ordonnance rendue sous le régime de la présente loi ne peuvent, le cas échéant, affecter ces biens que dans la mesure où leur valeur dépasse, de l'avis du juge, la contrepartie reçue par le testateur.

Cette loi accorde à la famille du testateur un recours pour une ordonnance d'entretien primant sur les legs contenus dans le testament. A son tour, l'ordonnance doit cependant céder jusqu'à un certain point à la promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament. La *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* reconnaît statutairement le bien-fondé juridique d'une telle promesse. Cette reconnaissance constitue donc une assise juridique solide pour le bénéficiaire d'une promesse testamentaire couchée dans le testament et l'établissement d'un rang prioritaire dans l'administration et la distribution de la succession par rapport aux réclamations de la famille.

Cet état de choses suscite d'autres questions. Quels sont les droits du bénéficiaire d'une promesse testamentaire rompue par le testateur par suite d'une omission de la coucher dans le testament? Ce qui nous mène logiquement à la question suivante: compte tenu des trois intérêts que nous avons décrits, quel est l'ordre des priorités dans l'administration et la distribution d'une succession testamentaire?

³L.R.N.-B. 1979, c.T-4.

LES APPROCHES DU DROIT

L'approche à saveur contractuelle

L'existence d'une promesse testamentaire contractuelle est reconnue⁴; toutefois, en raison des intérêts en jeu, la sanction d'une telle promesse ne peut reposer sur une démarche contractuelle pure. C'est pourquoi nous parlons d'approche à saveur contractuelle. En effet, deux obstacles majeurs contrecarrent l'application d'une démarche contractuelle pure.

a) Le bénéfice contractuel promis est omis du testament

Il y a conflit entre la démarche juridique contractuelle et la démarche juridique testamentaire lorsque le bénéfice contractuel promis est un legs omis du testament. Dans un tel cas, pour sanctionner la promesse testamentaire, il faut, dans une approche contractuelle pure, contredire la sanction de la liberté testamentaire et physiquement réécrire le testament. Un tribunal d'équité refusera de réécrire le testament⁵. Que fera-t-il donc, étant donné que le bénéficiaire réclame le même bénéfice qu'il aurait obtenu en vertu du testament, si celui-ci avait été rédigé conformément aux termes de la promesse⁶? Le tribunal d'équité chargera la succession du testateur d'exécuter la promesse testamentaire sans pour autant modifier le contenu du testament. Comment s'y prendra-t-il?

Dans l'affaire *Hammersley v. De Biel*⁷, le testateur avait promis, dans un arrangement écrit proposé à une des parties à un mariage, de laisser à l'épouse la somme de £10 000 par testament. A l'ouverture de la succession, cette somme n'y était pas. L'épouse réclama de la succession les £10 000 que lui avait promis le testateur. La Chambre des lords fit droit à la demande sur le fondement suivant⁸: une assertion est faite à quelqu'un dans l'espoir qu'il agisse en conséquence; le bénéficiaire agit en conséquence et s'attend à recevoir le bénéfice promis. Si le promettant ne donne pas suite à sa promesse, le tribunal d'équité donnera effet à la promesse sur preuve de l'assertion du promettant, de la réaction du bénéficiaire produite en fonction de l'assertion et des attentes de ce dernier. La promesse doit être assez sérieuse pour induire l'autre partie à agir en conséquence et à s'attendre à recevoir le bénéfice promis.

Dans cet arrêt, la Chambre des lords cita le jugement d'appel de Lord Cottenham. Celui-ci rappelle que le défendeur plaida que sa proposition écrite

⁴Voir *supra*, note 1, et *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*, L.R.N.-B. 1973, c.T-4, art. 16.

⁵Voir *Synge v. Synge*, [1894] 1 Q.B. 466 à la p. 471 (C.A.): "It is argued that Courts of Equity cannot compel a man to make a will".

⁶C'est ainsi que le bénéficiaire avait rédigé sa réclamation dans *Maddison v. Alderson* (1883), 8 A.C. 467 (H.L.).

⁷(1845), 12 Cl. & Fin. 45; 8 E.R. 1312 (H.L.).

⁸*Ibid.*, à la p. 1327 où Lord Brougham constate: "But the principle of law, at least of equity, is this — that if a party holds out inducements to another to celebrate a marriage, and holds them out deliberately and plainly, and the other party consents, and celebrates the marriage in consequence of them, if he had good reason to expect that it was intended that he should have the benefit of the proposal which was so held out, a Court of Equity will take care that he is not disappointed, and will give effect to the proposal. This is stated as part of the arrangement; it is stated as the proposal."

ne représentait pas un contrat. A cela, Lord Cottenham réplique qu'il n'est pas nécessaire de décider qu'il y a un contrat, mais qu'il faut juger en se fondant sur les effets de la promesse faite⁹. Lord Campbell, dans la Chambre des lords fut de cet avis¹⁰.

La Cour ne suit pas une approche contractuelle pure, bien que la saveur en soit forte. Elle n'examine pas la situation à partir du cadre traditionnel offre — acceptation — contrepartie — intention de créer des relations juridiques — certitude des obligations — preuve du contrat. Elle considère plutôt le contenu, l'effet et les conséquences de la promesse faite, ainsi que la réponse à la promesse et les attentes du bénéficiaire. Elle recherche la justice de l'affaire et la prévention d'une fraude plutôt que l'application d'un principe contractuel précis. Nous appellerons ce raisonnement juridique *la doctrine d'Hammersley*. Ainsi, les représentants personnels du testateur sont chargés de donner effet à la promesse, même si le testament est homologué tel qu'il a été rédigé, sans la promesse. Ce qui fut confirmé dans l'affaire *Loffus v. Maw*¹¹, où un codicille contenant l'assertion ayant incité le bénéficiaire à agir en conséquence lui avait été montré. Le codicille avait cependant été révoqué, d'où le recours du bénéficiaire en exécution en nature, recours accordé également sur la foi de la doctrine d'Hammersley contre la succession, laquelle demeure liée par la promesse du testateur. Le tribunal donne priorité au bénéficiaire de la promesse testamentaire sur les légataires qui, eux, ne sont que des gratifiés ("volunteers") en vertu du testament.

Voilà donc comment un tribunal d'équité contourne l'impasse juridique et l'injustice éventuelle qui pourraient naître si un testateur, par le biais de la liberté testamentaire, voulait se dédire d'une promesse sérieuse faite à une personne qui a agi en conséquence. Il évite donc un raisonnement contractuel et testamentaire pour se concentrer sur les équités de la situation, ainsi que sur les effets et conséquences des promesses faites.

⁹*Ibid.*, à la p. 1320: "If it be supposed to be necessary for this purpose to find a contract, such as usually accompanies transactions of importance in the pecuniary affairs of mankind, there may be found in the memorandum, or in the other evidence in the cause, proof of any such contract; and this may have led to the defence set up by the defendants; but when the authorities on this subject are attended to, it will be found that no such formal contract is required. A representation made by one party for the purpose of influencing the conduct of the other party, and acted on by him, will in general be sufficient to entitle him to the assistance of this Court for the purpose of realizing such representation."

¹⁰*Ibid.*, à la p. 1331: "Of course, Lord Cottenham is here speaking of negotiations in reference to marriage; and if that were not to be considered as the doctrine of a Court of Equity, the most monstrous frauds would be committed. Some fraudulent father might hold out to the suitor of his daughter, that he meant to make a settlement upon his daughter and her issue. The marriage would take place in the belief that that settlement would be made; and then, after the marriage he might say, "this was only an intimation of my intention at the time — I have changed my mind, and I will not give a shilling." *That would be most unjust; and to prevent such frauds, this doctrine has been laid down, and I think has been most properly laid down, and ought to be acted upon.*" (L'italique est de nous.)

¹¹(1862), 3 Giff. 592 aux pp. 604, 605; 66 E.R. 544 à la p. 549: "It was argued that the grant of probate of the codicil is conclusive as to the revocation, and no doubt this is so; but it is revocation which makes the assistance of this Court necessary. In cases of this kind, where the testator is bound by the effect of his representation, he cannot defeat the right to relief by bequeathing or devising the whole of his property to another person. Whoever claims under the will or codicil takes as a mere volunteer, and cannot escape the effect of any act of the testator which has bound the property in his lifetime. The testator's representation, in this case and any other case within the application of the doctrine [cited in *Hammersley v. De Biel*, *supra*], bind the property which he devised to the plaintiff as completely, according to the law of this Court, as if he had bound himself in consideration of money not to revoke the gift, and had made the person named in his will a purchaser of the property devised."

Cependant, dans les deux arrêts précités, il s'agissait de promesses faites par écrit. Qu'en est-il des promesses non écrites?

b) Loi relative aux preuves littérales ("Statute of Frauds")

Si la promesse testamentaire n'est pas écrite ou n'est pas constatée par un mémoire, une note ou une convention portant la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée, elle ne peut être sanctionnée par la Cour. La *Loi relative aux preuves littérales*¹² bloque toute tentative de faire exécuter un contrat qui n'y est pas conforme. Cela pourrait être fréquent en matière de promesse testamentaire, puisque bien souvent la promesse est verbale.

Les alinéas 1d) et 1e) de la *Loi relative aux preuves littérales* disposent qu'il ne peut être intenté d'action pour faire sanctionner un contrat non constaté par un écrit.

Ces deux alinéas se lisent comme suit:

1. Il ne peut être intenté d'action

d) sur la base d'un contrat, d'une vente de biens-fonds ou de tout droit y afférent, ou

e) sur la base d'une convention qui ne doit pas être exécutée dans l'année qui suit sa conclusion,

que si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit ou que s'il en existe un mémoire ou une note et que si la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée ou de toute autre personne autorisée par elle.

On ne peut appliquer un raisonnement purement contractuel pour faire exécuter la promesse testamentaire verbale, puisque ce raisonnement nous mène directement dans le cul-de-sac du "Statute of Frauds". La Cour permettra-t-elle au promettant-testateur de se dédire de sa promesse testamentaire contractuelle parce qu'elle n'a pas été consignée par écrit conformément au "Statute of Frauds"? Etant donné qu'il y a néanmoins promesse contractuelle en conséquence de laquelle une personne a agi, un tribunal d'équité viendra à la rescousse du bénéficiaire et empêchera que le "Statute of Frauds" soit utilisé par le promettant-testateur afin de perpétrer une fraude contre le bénéficiaire¹³. Le tribunal d'équité utilise le stratagème de l'exécution partielle ("part performance") pour atteindre ce résultat et pour donner effet à la promesse. Si les actes du bénéficiaire se rapportent sans équivoque au contrat allégué fondé dans la promesse ainsi qu'à l'objet de la promesse¹⁴, le tribunal d'équité interviendra, donnera effet à la promesse et l'extraira ainsi des griffes du "Statute of Frauds".

Avant d'aller plus loin, il convient d'ouvrir une parenthèse: le "Statute of Frauds" s'applique aux contrats de transfert de biens réels et à tout autre contrat qui ne doit pas être exécuté dans l'année qui suit sa conclusion. A notre avis, cela couvrirait tout contrat stipulant que des biens seront légués, qu'il

¹²L.R.N.-B. 1985, c.S-14.

¹³*La Rochefoucauld v. Boustead*, [1897] 1 Ch. 196 (C.A.).

¹⁴Voir *Thompson v. Guaranty Trust*, [1974] R.C.S. 1023.

s'agisse de biens personnels ou de biens réels, à moins que, concernant les biens personnels, le testateur ne meure dans l'année qui suit la conclusion du contrat. Nous traiterons donc notre sujet comme si le "Statute of Frauds" s'appliquait à toute promesse testamentaire contractuelle, étant donné qu'au moment où elle est faite, on ne sait pas si elle sera exécutée dans l'année qui suit sa conclusion.

En matière de promesses verbales, quel est donc le raisonnement juridique sous-tendant la doctrine de l'exécution partielle? Comment se compare-t-il avec la doctrine d'*Hammersley*, laquelle concerne les promesses écrites? Quelles en sont les conséquences juridiques?

Les réponses viennent de l'arrêt *Maddison v. Alderson*¹⁵. Mme Maddison travaillait comme ménagère résidente de M. Alderson. Depuis 1850, elle ne recevait pas de salaire. En 1860, Mme Maddison a été induite par son employeur, M. Alderson, à renoncer à un projet de le quitter pour se marier et de demeurer chez lui, à son service, sans gages, comme ménagère résidente, en retour d'une promesse de M. Alderson de lui laisser par testament un droit viager dans la maison où les deux habitaient. M. Alderson est mort en 1877. Son testament contenait le legs promis. Malheureusement, le testament était nul, l'attestation étant défailante. Mme Maddison s'est donc rabattue sur son présumé contrat avec M. Alderson et demande l'exécution en nature. Sa demande lui fut refusée pour le motif que ses actes, bien que représentant l'exécution complète d'un contrat, s'il y en avait un, ne se rapportaient pas sans équivoque à un contrat, et encore bien moins à un contrat dont l'objet était de lui conférer un droit viager dans la maison.

La Chambre des lords se demanda d'abord s'il y avait contrat. On conclut que non¹⁶. Cependant, étant donné que les tribunaux inférieurs avaient conclu à l'existence d'un contrat ne pouvant cependant pas être exécuté en raison du "Statute of Frauds", la Chambre des lords crut bon d'éclaircir la situation concernant la doctrine de l'exécution partielle et d'adopter la démarche juridique applicable.

Premièrement, le point de départ de la Chambre des lords dans la démarche qu'ils adoptent à l'occasion est le même que celui dans *Hammersley v. De Biel* et *Loffus v. Maw*: une conduite par le bénéficiaire induite par une promesse du promettant¹⁷.

¹⁵*Supra*, note 6.

¹⁶*Ibid.*, à la p. 472: "The case thus presented was manifestly one of conduct on the part of [Mrs. Maddison] (affecting her arrangements in life and pecuniary interest) induced by promises of her master to leave her a life estate in the Moulton Manor Farm by will, rather than one of definite contract, for mutual considerations, made between herself and him at any particular time."

¹⁷"From the law thus stated [exposé de la doctrine de l'exécution partielle] the equitable consequences of the part performance of a parol contract to result. In a suit founded on such part performance, the defendant is really "charged" upon the equities resulting from the acts done in execution of the contract, and not (within the meaning of the statute) upon the contract itself. If such equities were excluded, injustice of a kind which the statute cannot be thought to have had in contemplation would follow. Let the case be supposed of a paid contract to sell land completely performed on both sides, as to everything except conveyance; the whole purchase-money paid; the purchaser put into possession; expenditure by him (say in costly buildings) upon the property; leases granted

Deuxièmement, l'approche de la Chambre des lords pour s'extraire des griffes du "Statute of Frauds" est, à notre avis, la même que celle employée dans *Hammersley v. De Biel* pour contourner la liberté testamentaire. Dans les deux cas, un obstacle légal est dressé pour tenter d'empêcher l'exécution d'une promesse testamentaire valablement faite. Dans les deux cas, la Cour exerce sa juridiction équitable pour admettre en preuve les faits et gestes vérifiant l'existence de la promesse alléguée. Dans les deux cas, on examine le lien entre les faits et gestes et la promesse alléguée. Dans les deux cas, c'est à partir de ce lien que se fait la recherche des équités de la situation et s'il est démontré qu'une promesse a été faite à un bénéficiaire ayant agi sur la foi de celle-ci, on rend justice au bénéficiaire en chargeant la succession, sur une base équitable, de donner suite à la promesse faite¹⁸.

Troisièmement, bien que l'approche équitable soit la même, l'affaire *Maddison v. Alderson* exige un lien très étroit entre les faits et gestes et la promesse lorsque celle-ci est verbale. On exige que tous les gestes se réfèrent sans équivoque au contrat allégué. Ce n'est qu'après la preuve de ce lien qu'on peut ensuite examiner les termes du contrat pour en établir les effets¹⁹. Le premier devoir du bénéficiaire est donc d'établir ce lien très étroit. Ce jugement marque de façon profonde ce qu'il a été convenu d'appeler le doctrine de l'exécution partielle²⁰, en ce sens qu'il est plus difficile de prouver le lien juridique entre les parties fondé sur la promesse. Quant aux résultats, d'un côté, on permet à l'équité de corriger les anomalies causées par la présence du "Statute of Frauds", mais de l'autre, on exige un lien tellement étroit entre les actes d'exécution partielle et le contrat allégué que la moindre imprécision, la moindre équivoque, si minimes soient-elles, contrecarrent et annulent l'effet bien-faisant de la démarche équitable. Cependant, le lien sans équivoque exigé entre les gestes et le contrat allégué vient bloquer toute réclamation frivole.

by him to tenants. The contract is not a nullity; there is nothing in the statute to estop any court which may have to exercise jurisdiction in the matter from inquiring into and taking notice of the truth of the facts. *All the acts done must be referred to the actual contract, which is the measure and test of their legal and equitable character and consequences.* If, therefore, in such a case a conveyance were refused, and an action of ejectment brought by the vendor or his heir against the purchaser, nothing could be done towards ascertaining and adjusting the equitable rights and liabilities of the parties, without taking the contract into account. The matter has advanced beyond the stage of contract; and the equities which arise out of the stage which it has reached cannot be administered unless the contract is regarded. The choice is between undoing what has been done (which is not always possible, or, if possible, just) and completing what has been left undone. The line may not always be capable of being so clearly drawn as in the case which I have supposed; but it is not arbitrary or unreasonable to hold that when the statute says that no action is to be brought to charge any person upon a contract concerning land, it has in view the simple case in which he is charged upon the contract only, and not that in which there are equities resulting from *res gestae* subsequent to and arising out of the contract. So long as the connection of those *res gestae* with the alleged contract does not depend upon mere parol testimony, but is reasonably to be inferred from the *res gestae* themselves, justice seems to require some such limitation of the scope of the statute, which might otherwise interpose an obstacle even to the rectification of material errors, however, clearly proved, in an executed conveyance, founded upon an unsigned agreement."

¹⁸Cette approche équitable ouvre la voie, entre autres, à deux recours équitables importants, soit l'exécution en nature et la fiducie judiciaire (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834). Nous verrons plus loin l'usage actuel et potentiel de ces deux recours.

¹⁹Voir l'opinion de Lord O'Hagan à la p. 484.

²⁰Deux auteurs ont écrit sur le sujet de la doctrine de l'exécution partielle: C. Granger, "Doctrine of Part Performance — English and Canadian Attitudes" (1969), 3 *Ottawa L.R.* 664, fait une analyse exhaustive de la doctrine. R.S. Nozick, "The Statute of Frauds: Can a lost will be a sufficient 'memorandum'? What constitutes acts of part performance?" (1978), 2 *ETR* 165, met le tout à jour de façon plus sommaire cependant. Nous puiserons dans ces articles les renseignements qui nous apparaissent pertinents. Quant au reste, nous y renvoyons le lecteur.

Quatrièmement, l'opinion du Earl of Selborne²¹, a donné naissance à deux tendances jurisprudentielles, l'une stricte et l'autre large, dans l'application du critère du lien sans équivoque.

La tendance large indique clairement que les gestes n'ont qu'à démontrer l'existence du contrat allégué et non les termes de ce contrat. Elle admet aussi un certain degré d'équivoque, ce que *Maddison v. Alderson* ne permet pas du tout. Cette tendance provient d'une série d'arrêts anglais commençant par *Kingswood Estate Co. Ltd. v. Anderson*²², en passant par *Wakeham v. MacKenzie*²³, et culminant dans *Steadman v. Steadman*²⁴. Elle découle d'une interprétation large du jugement du Earl of Selborne dans *Maddison v. Alderson*. Le lien est moins étroit et on exige seulement que les actes d'exécution partielle puissent se rapporter à un contrat quelconque et possiblement à celui qu'on allègue. Ce n'est qu'un fois le lien établi qu'une preuve testimoniale est admise pour démontrer le contenu du contrat.²⁵

Cette approche est plus avantageuse pour le bénéficiaire de la promesse, puisque son fardeau de preuve se trouve considérablement réduit. Il sera donc plus facile à la Cour de considérer les équités et prévenir que le "Statute of Frauds" soit un instrument de fraude. Cependant, il ne semble pas que l'approche plus libérale soit adoptée au Canada.

Les tribunaux canadiens ont adopté en théorie une approche stricte fondée sur l'interprétation étroite du jugement dans *Maddison v. Alderson*. Pour eux, non seulement les actes d'exécution partielle doivent se rapporter sans équivoque au contrat allégué, mais ils doivent aussi se rapporter à l'objet même de la promesse, soit en général une transaction concernant des biens réels. Cela paraît à première vue inéquitable et sévère, mais, comme le fait remarquer M. Nozick²⁶, les tribunaux sont en pratique assez souples dans l'application de ce critère. Ils ne sont pas si exigeants quant au degré de preuve re-

²¹*Supra*, note 17.

²²[1963] 2 Q.B. 169 (C.A.).

²³[1968] 2 All E.R. 783 (C.A.).

²⁴[1976] A.C. 536 (H.L.).

²⁵Dans le premier arrêt, on a dit (Wilmer L.J., p. 181): "I do not understand, however, that part performance must necessarily be referable to the agreement, and only the particular agreement, relied on. I cite from Anson on Contract, 21st ed., p. 76 where the principle is stated as I think correctly, in the following terms: "The acts of performance relied upon must on themselves suggest the existence of a contract such as it is desired to prove, although they need not establish the exact terms of that contract." As I understand, if there is evidence of such part performance, that is sufficient to warrant the admission of oral evidence to prove what the exact terms of the contract were."

Dans le deuxième arrêt, le juge Stamp déclare à la p. 787: "I conclude from *Kingswood Estate Co. Ltd. v. Anderson*, first that it is not the law that the acts of part performance relied on must be not referable to a contract such as that alleged, but referable to no other title...; and secondly, that the true rule is that the operation of acts of part performance requires only that the acts in question be such as must be referred to some contract and may be referred to the alleged one: that they prove the existence of some contract and are consistent with the contract alleged."

Dans le troisième, le résumé-analyse se lit comme suit: "...that the alleged acts of part performance had to be considered in their surrounding circumstances and, if they pointed on a balance of probabilities to come contract... between the parties and either showed the nature or were consistent with the oral agreement alleged, then there was sufficient part performance of the agreement for [statutory purposes]."

²⁶*Supra*, note 20 à la p. 168.

quis pour se conformer à ce critère. On n'exigera pas autant de gestes se référant sans équivoque au contrat allégué. Des résultats différents pourraient être obtenus d'une Cour à l'autre avec des faits semblables. L'étude de la jurisprudence que nous ferons plus loin le démontrera.

Egalement, l'approche des tribunaux canadiens exige une preuve moins stricte de l'écrit requis pour satisfaire aux exigences du "Statute of Frauds", en ce sens qu'on acceptera un écrit testamentaire révoqué²⁷ comme l'écrit constatant le contrat allégué.

Cinquièmement, *Maddison v. Alderson* pose la question des priorités dans l'administration et la distribution de la succession, que la promesse soit écrite ou verbale. Qui se servira le premier, le bénéficiaire d'une promesse testamentaire ou le légataire? Il ne fait aucun doute que la réclamation du bénéficiaire sera satisfaite en premier. Les arrêts *Hammersley v. De Biel*²⁸, *Loffus v. Maw*²⁹ et *Schaeffer v. Schuhmann*³⁰ statuent que le promettant-testateur ne peut se dédire de sa promesse en usant de sa liberté testamentaire pour léguer ses biens à d'autres et que les légataires étant des gratifiés ("volunteers") doivent céder aux bénéficiaires de promesses obtenues pour contrepartie valable. Ainsi, la succession est liée en équité par les assertions faites par le testateur parce que le bénéficiaire a agi en conséquence de celles-ci.

Trois autres arrêts illustrent de façon encore plus marquée et complètent cette priorité équitable et à saveur contractuelle accordée au bénéficiaire de la promesse sur les légataires en faisant également apparaître une priorité fondée en common law.

Dans les affaires *Synge v. Synge*³¹ et *Parker v. Clark*³², la promesse avait été irrémédiablement rompue du vivant du testateur. Dans la première cause, le promettant avait vendu à un tiers le bien réel faisant l'objet de la promesse. Dans la deuxième, les bénéficiaires, en possession du bien réel promis par testament, durent le quitter en raison d'une inimitié survenue entre les parties (laquelle aurait donné lieu à une éviction de toute façon). Dans les deux cas, on réclama des dommages-intérêts pour rupture de contrat. La Cour fit droit aux deux actions.

Remarquons que le recours en dommages-intérêts, recours de common law, naquit et fut accordé du vivant du testateur. Il s'agit d'un recours pour rupture de contrat. Il n'a donc rien à voir avec le contenu du testament. Ce droit d'action va lui survivre en vertu de la *Loi sur la survie des actions en justice*³³ et sera exercé contre la succession. Celle-ci sera alors tenue en droit

²⁷Voir également *Loffus v. Maw*, *supra*, note 11, extrait cité.

²⁸*Supra*, note 7.

²⁹*Supra*, note 11.

³⁰[1972] A.C. 572 (P.C.).

³¹*Supra*, note 5.

³²[1960] 1 All E.R. 93 (Exeter Ass.).

³³L.R.N.-B. 1973, c.S-18.

d'exécuter la promesse faite du vivant du testateur, vu le contrat entre celui-ci et le bénéficiaire, étant donné que les légataires ne sont que des gratifiés ("volunteers") dont les droits naissent au décès du testateur et se fondent dans le testament.

En plus de considérer les équités de la situation, le tribunal peut lorsque le "Statute of Frauds" n'intervient pas, considérer le droit, eu égard à sa juridiction de common law et d'équité. Il va donner priorité au bénéficiaire de la promesse testamentaire et va en conséquence accorder les recours applicables de common law et d'équité³⁴.

Dans la troisième cause, *In re Syme, Union Trustee Co. of Australia v. Syme*³⁵, un recours fut pris après le décès du promettant contre l'exécuteur testamentaire sur la foi de la promesse qui avait été consignée au testament. Il s'agissait d'une promesse testamentaire de payer au bénéficiaire annuellement la somme de £500. Parce que la succession était insuffisante, l'exécuteur refusa de payer cette somme. Il aurait choisi de la retenir pour satisfaire une réclamation de la veuve du promettant, fondée sur un droit futur contenu dans le testament. La Cour fit droit à la demande du bénéficiaire. Le résumé-analyse se lit comme suit: "...the defendant was by virtue of the covenant in the deed of adoption a creditor for that sum, and was entitled to be paid notwithstanding the contingent future liability to the widow." Cet arrêt confirme également la priorité du bénéficiaire sur les légataires, même après le décès du promettant et même si la promesse est consignée au testament. Le caractère testamentaire de la promesse ne lui fait pas perdre son caractère contractuel.

Cependant, la priorité du bénéficiaire dépend également des termes de la promesse. Si on ne promet que le reliquat de la succession, le bénéficiaire ne prendra rang qu'avec les légataires et non pas en priorité³⁶. Il faut donc examiner attentivement ce qui a été promis. Également, il ne faut pas perdre de vue qu'on promet un *bénéfice testamentaire*. La promesse, bien que contractuelle, prendra son effet dans un testament³⁷.

³⁴L'affaire *Synge v. Synge* confirme tout le fondement juridique du recours à saveur contractuelle du bénéficiaire. A la p. 471 on lit: "Sir R. Synge had all his lifetime to perform this contract; but, in order to perform it, he must in his lifetime make a disposition in favour of Lady Synge. If he died without have done so, he would have broken his contract. The breach would be omitting in his lifetime to make such a disposition. True, it would only take effect at his death; but the breach must take place in his lifetime, and as by the conveyance to his daughters he put it absolutely out of his power to perform this contract. Lady Synge, according to well-known decisions [...] had a right to treat that conveyance as an absolute breach of contract, and to sue at once for damages; and as this Court has both legal and equitable jurisdiction, we are of opinion that such relief should be granted."

Et quant à la juridiction équitable, on lit aux pp. 470-71: "Then, what is the remedy where the proposal relates to a defined price of real property? We have no doubt of the power of the Court to decree a conveyance of that property after the death of the person making the proposal against all who claim under him as volunteers".

³⁵[1933] V.L.R. 282 (Vict. S.C.).

³⁶Voir W.A. Lee, "Contracts to Make Wills" (1971), 87 *L.Q.R.* 358 à la p. 360, et aussi *Jervis v. Wolferstan*, [1874] 18 L.R. (Equity Cases) 18.

³⁷S'il y a des lois, par exemple la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* qui déplacent les dispositions d'un testament, elle risquent à notre avis de déplacer la promesse testamentaire. Cela soulève donc la question suivante, que nous verrons plus loin: quel devient l'ordre des priorités lorsqu'un tient compte des réclamations de la famille du testateur en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*.

Nous avons relevé dans la jurisprudence comment en droit et en équité la Cour rend la succession du testateur responsable d'exécuter les promesses testamentaires qu'il a faites, qu'elles soient écrites ou verbales, et les critères employés pour juger de la question. Nous avons également établi l'ordre de priorité entre les réclamations du bénéficiaire de la promesse et celles des légataires.

Comment ce droit est-il appliqué dans la jurisprudence? Par quels recours? Voici un tableau contenant la réponse des tribunaux, laquelle complète notre étude du droit sur l'approche à saveur contractuelle:

NOM DE L'ARRÊT	RECOURS PRINCIPAL	ACCORDÉ		REJETÉ		APPROCHE PRISE QUANT A L'EXÉCUTION PARTIELLE		RECOURS DE REMPLACEMENT S'IL Y A LIEU		ACCORDÉ	REJETÉ	COMMENTAIRES
		X		X		Large	Stricte	N/A				
<i>Hammersley v. De Bieff</i> ³⁸	Exécution en nature	X						X	N/A			
<i>Loffus v. Maw</i> ³⁹	Exécution en nature	X						X	N/A			
<i>Williams v. Williams</i> ⁴⁰	Exécution en nature	X						X	N/A			Application de la doctrine équitale d' <i>Hammersley v. De Bieff</i> .
<i>Maddison v. Alderson</i> ⁴¹	Exécution en nature			X					N/A			Etablit les critères applicables en matières d'exécution partielle.
<i>McGugan v. Smith</i> ⁴²	Exécution en nature			X			X		Quantum meruit	X		
<i>Syngé v. Syngé</i> ⁴³	Domages-intérêts	X						X	N/A			Recours accordé du vivant du testateur.
<i>In re Fickus, Farina v. Fickus</i> ⁴⁴	Exécution en nature			X				X	N/A			Une lettre d'un beau-père à son gendre manifestant l'intention de léguer des biens ne constitue pas un contrat mais simplement une expression d'intention. Aussi, le testament contenait de toute façon un legs, de sorte que l'action du bénéficiaire pour avoir plus était, également pour cette raison, mal fondée. La Cour exigea un contrat pour justifier tout recours.

³⁸ *Supra*, note 7.⁴² (1892), 21 S.C.R. 263.³⁹ *Supra*, note 11.⁴³ *Supra*, note 5 et voir texte aux pp. 21, 22.⁴⁰ [1866] L.J. Rep. (Equity) 12.⁴⁴ [1900] 1 Ch. 331.⁴¹ *Supra*, note 6.

NOM DE L'ARRÊT	RECOURS PRINCIPAL	ACCORDÉ		REJETÉ		APPROCHE PRISE QUANT À L'EXÉCUTION PARTIELLE		RECOURS DE REMPLACEMENT S'IL Y A LIEU	ACCORDÉ	REJETÉ	COMMENTAIRES
						Large	Stricte				
<i>MacPhail v. Torrance</i> ⁴⁵	Exécution en nature			X				X	N/A		La promesse était trop vague.
<i>Leggat v. Trusts Guarantee Co.</i> ⁴⁶	Exécution en nature	X				X			N/A		
<i>Re Weston, Weston v. Gray et al.</i> ⁴⁷	Exécution en nature			X		X			Compensation financière	X	Le recours de remplacement fut accordé sur la foi d'un contrat implicite de rémunération.
<i>In Re Syme, Union Trustee Co. of Australia v. Syme</i> ⁴⁸	Exécution en nature	X						X	N/A		Le recours était fondé sur une promesse couchée au testament.
<i>Barnes v. Cunningham</i> ⁴⁹	Exécution en nature	X						X	N/A		Il y avait un écrit constatant la promesse, soit un testament révoqué.
<i>Fox v. White</i> ⁵⁰	Exécution en nature	X					X		N/A		

⁴⁵(1909), 25 T.L.R. 810 (Ch. Div.).⁴⁶[1912] 5 D.L.R. 389 (Alta. S.C.).⁴⁷[1925] 4 D.L.R. 887 (Sask. C.A.).⁴⁸*Supra*, note 35.⁴⁹[1933] 3 D.L.R. 653 (N.S.S.C.).⁵⁰[1935] O.W.N. 316 (C.A.).

NOM DE L'ARRET	RECOURS PRINCIPAL	ACCORDÉ		REJETÉ		APPROCHE PRISE QUANT A L'EXÉCUTION PARTIELLE		RECOURS DE REMPLACEMENT S'IL Y A LIEU	ACCORDÉ	REJETÉ	COMMENTAIRES
		ACCORDÉ	REJETÉ	Large	Stricte	N/A					
<i>Briese v. Dugard</i> ⁵¹	Exécution en nature	X					X	N/A			Il y avait un écrit suffisant constatant le contrat allégué, soit un testament révoqué.
<i>Coyle v. McPherson</i> ⁵²	Exécution en nature	X			X			N/A			
<i>Foster v. Royal Trust Co.</i> ⁵³	Exécution en nature	X		X				N/A			
<i>Lahay v. Brown</i> ⁵⁴	Exécution en nature		X		X			Compensation financière		X	Les actes d'exécution partielle représentaient une équivoque.
<i>Parker v. Clark</i> ⁵⁵	Dommages-intérêts	X						N/A			Recours accordé du vivant du testateur.
<i>Browncombe v. Public Trustee</i> ⁵⁶	Compensation financière correspondant à la valeur du bien promis	X					X	N/A			Le bien promis avait été vendu.
<i>Thompson v. Guarantee Trust</i> ⁵⁷	Exécution en nature	X					X	N/A			

⁵¹[1936] 1 D.L.R. 723 (Man. C.A.).⁵⁵*Supra*, note 32.⁵²[1944] 2 D.L.R. 591 (B.C.S.C.).⁵⁶[1969] S.C.R. 658.⁵³[1950] O.R. 673 (Ont. H.C.).⁵⁷*Supra*, note 14.⁵⁴[1958] S.C.R. 240.

NOM DE L'ARRÊT	RECOURS PRINCIPAL	ACCORDÉ		REJETÉ		APPROCHE PRISE QUANT À L'EXÉCUTION PARTIELLE			RECOURS DE REMPLACEMENT S'IL Y A LIEU	ACCORDÉ	REJETÉ	COMMENTAIRES
		Large	Stricte	N/A	Large	Stricte	N/A					
<i>Johnson v. Nova Scotia Trust Co. et al.</i> ⁵⁸	Exécution en nature	X					X		N/A			Il y avait un écrit suffisant constatant le contrat allégué, soit un testament révoqué.
<i>Lazarenko v. Borowski</i> ⁵⁹	Défense à une action possessoire et déclaration du titre			X					Compensation financière		X	La Cour Suprême du Canada jugea que les parties voulaient vivre comme mari et femme et qu'à ce titre, il n'y avait pas d'intention de créer des relations juridiques.
<i>Hink v. Lhenen</i> ⁶⁰	Exécution en nature			X			X		Quantum meruit		X	
<i>Kennedy v. Doyle's Estate</i> ⁶¹	Compensation financière pour services rendus			X				X	N/A			Il s'agissait de services rendus par un membre de la famille et on a appliqué une présomption selon laquelle il n'y avait pas d'intention de créer des relations juridiques à l'intérieur de la famille.
<i>Leeson v. Brenitz</i> ⁶²	Exécution en nature			X				X			X	La promesse était consignée au testament, mais la demanderesse en voulait plus. La Cour n'a pas fait d'enquête sur la suffisance des sommes promises.

⁵⁸(1973), 43 D.L.R. (3d) 222 (N.S.S.C.).⁵⁹[1966] S.C.R. 556.⁶⁰(1974), 52 D.L.R. (3d) 301 (Alta. S.C.).⁶¹(1977), 12 Nfld. & P.E.I.R. 521 (Nfld. Dist. Ct.).⁶²(1978), 3 E.T.R. 171 (Ont. Surr. Ct.).

NOM DE L'ARRET	RECOURS PRINCIPAL	ACCORDÉ		REJETÉ		APPROCHE PRISE QUANT À L'EXÉCUTION PARTIELLE		RECOURS DE REMPLACEMENT S'IL Y A LIEU	ACCORDÉ	REJETÉ	COMMENTAIRES
						Large	Stricte				
<i>Racette v. Bearden</i> ⁶³	Exécution en nature			X		X		Quantum meruit	X		
<i>Devereux v. Devereux</i> ⁶⁴	Exécution en nature	X				X		N/A			
<i>Re Mandryk</i> <i>Wegwitz v. Mandryk</i> ⁶⁵	Exécution en nature			X			X	Compensation financière		X	On n'avait pas prouvé l'existence d'un contrat.
<i>Lee v. Shore Estate</i> ⁶⁶	Déclaration		X				X	N/A			
<i>Baker et al. v. Neary et al.</i> ⁶⁷	Réponse à une demande de directives			X			X	N/A			L'administrateur voulait savoir à qui revenait un lopin de terre en vertu d'un testament. Les intimés tentèrent d'opposer un contrat oral et l'exécution partielle.

⁶³(1977), 1 E.T.R. 211 (Sask. Q.B.).⁶⁴(1978), 2 E.T.R. 164 (Ont. H.C.).⁶⁵(1980), 6 E.T.R. 104 (Sask. Q.B.).⁶⁶(1985), 29 Man. R. (2d) 191 (C.B.R. Man.)⁶⁷(1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 25 (C.S.T.-N.).

Outre les principes de base vus plus haut, il convient ici de retenir les principes suivants extraits de cette jurisprudence:

- i) On exige une preuve démontrant qu'on veut de part et d'autre donner suite à la promesse faite. Une expression d'intention n'est pas suffisante.
- ii) On accorde un recours de remplacement lorsqu'un recours principal est rejeté. On peut ainsi contourner les difficultés de preuve rattachées au recours principal lorsque la Cour croit qu'un bénéficiaire devrait être indemnisé.
- iii) Le recours le plus souvent demandé est l'exécution en nature, un recours équitable.
- iv) Le recours en dommages-intérêts est permis (recours de common law).
- v) La promesse faite doit être assez précise.
- vi) Les tribunaux se donnent une grande marge de manoeuvre concernant l'application de la doctrine de l'exécution partielle.
- vii) Quant au reste, la jurisprudence parle d'elle-même.

Pour ce qui concerne les résultats, sur 31 causes, 18 causes accordent le recours principal en exécution de la promesse testamentaire, tandis que 13 le rejettent. De ces 13 causes, quatre accordent un recours de remplacement, six le rejettent⁶⁸. Finalement, 22 causes accordent un recours quelconque au bénéficiaire de la promesse et neuf seulement le rejettent.

Dans l'ensemble, ces résultats montrent que la démarche équitable adoptée par les tribunaux favorise le bénéficiaire de la promesse. Cependant, il convient de remarquer que la grande marge de manoeuvre que se donnent les tribunaux, bien qu'employée la plupart du temps en faveur du bénéficiaire de la promesse, contient quelques incertitudes. Ainsi, premièrement, la preuve peut être suffisante dans une cause, alors que dans une autre, avec des faits semblables, la preuve peut être jugée insuffisante.⁶⁹ Deuxièmement, que dire des arrêts où on accepte un testament révoqué comme écrit suffisant pour satisfaire aux exigences du "Statute of Frauds"? Sous prétexte qu'il y a un bout de papier, par surcroît invalide, on donne effet à la promesse, alors la vraie et juste raison pour sanctionner la promesse, c'est de récompenser le bénéficiaire pour ses gestes accomplis sur la foi de la promesse. A notre avis, il faudrait mettre l'accent sur cette vraie et juste raison plutôt que sur des technicalités papyrales. Heureusement, sous le couvert d'un écrit satisfaisant aux exigences du "Statute of Frauds", cela se fait dans la plupart des causes précitées. Troisièmement, le promettant-testateur n'est plus avec nous pour exposer sa version des faits. Comment connaître toute la preuve pour éviter les réclamations frivoles? Quatrièmement, le légataire ne sait pas avant la réception d'une mise en demeure ou d'une action en justice ce qu'il adviendra de son legs lorsqu'un bénéficiaire d'une promesse testamentaire se présente pour faire valoir sa réclamation.

⁶⁸Nous rappelons au lecteur que ces données font abstraction des causes décidées sur la doctrine de l'enrichissement sans cause que nous verrons plus bas. Règle générale, cette doctrine est le fondement d'un recours en compensation monétaire également favorable au bénéficiaire de la promesse.

⁶⁹Comparer *Madison v. Alderson*, *supra*, note 6 avec *Devereux v. Devereux*, *supra*, note 64.

En dépit de ces incertitudes, nous appuyons l'approche des tribunaux et leur tendance à favoriser le bénéficiaire de la promesse: le testateur a quand même fait une promesse testamentaire d'ordre contractuel qu'il doit respecter, étant donné que le bénéficiaire a accompli des gestes sur la foi de la promesse.

Devons-nous cependant laisser le tout au pouvoir créateur des des tribunaux? Bien que les résultats nous semblent justes, nous ne croyons pas que la démarche décrite, aussi louable soit-elle, devrait être maintenue. En effet, tout le droit exposé ci-haut se fonde sur un stratagème pour contourner, d'une part, une impasse juridique causée par la présence simultanée de la liberté contractuelle et de la liberté testamentaire et, d'autre part, un cul-de-sac causé par une loi gênante, afin de faire respecter une promesse testamentaire contractuelle et rechercher la justice de la situation. Alors qu'il faut féliciter les tribunaux pour leur originalité, nous croyons que l'élaboration d'un droit positif sur les promesses testamentaires s'impose afin d'éliminer une démarche de contournement qui a quelquefois ses incertitudes et ses difficultés.

Dans un premier temps, il faudrait abroger les dispositions du "Statute of Frauds" en ce qui touche les promesses testamentaires. Dans un deuxième temps, il faudrait légiférer de façon à élaborer et codifier un droit précis concernant les promesses testamentaires, leur preuve et leurs effets, avec des mécanismes de protection tant pour le bénéficiaire de la promesse que pour le testateur et les légataires. Ainsi, on donnerait au bénéficiaire un droit légal de faire exécuter la promesse qui lui a été faite. Pour protéger le testateur, il faudrait spécifier clairement les exigences de preuve auxquelles le bénéficiaire devra se conformer. Quant aux légataires, il faudrait indiquer avec précision sur quelle partie de la succession sera prélevée la somme nécessaire pour satisfaire à la promesse. Cela a été fait en Nouvelle Zélande en 1949 par l'adoption du "Law Reform (Testamentary Promises) Act"⁷⁰.

L'approche fondée entièrement sur l'équité

On trouve deux manifestations de cette approche. La première s'applique dans les cas de testaments mutuels et conjoints où il y a entente entre deux parties, généralement mari et femme, quant à la disposition de leurs biens. Les deux testaments contiennent le plus souvent un legs mutuel de l'universalité des biens appartenant à chacun et un legs subsidiaire convenu en cas du prédécès de l'autre. Le problème survient lorsque le testateur survivant, après avoir reçu les biens du premier, révoque le testament convenu avec le testateur décédé et en substitue un autre qui est contraire à l'entente mutuelle: au décès du deuxième testateur, les bénéficiaires du testament original de celui-ci réclament les legs contenus dans ce testament mutuel et conjoint maintenant révoqué.

La Cour intervient et impose une fiducie judiciaire à la succession du deuxième testateur. Cette fiducie, compte tenu des circonstances, portera soit sur tous les biens détenus par le deuxième testateur à son décès, lesquels comprennent les biens reçus du premier testateur, soit sur les seuls biens reçus de ce dernier. La succession du deuxième testateur détiendra alors les biens en

⁷⁰Statutes N.Z. 1949, no. 33.

fiducie pour les bénéficiaires du testament original de celui-ci, lesquels les recevront conformément aux termes du premier testament du deuxième testateur, en dépit des termes de son deuxième testament. Autrement dit, la succession, en vertu du deuxième testament, sera tenue à son détriment d'exécuter les termes du testament révoqué⁷¹.

La deuxième manifestation de l'approche en équité s'appuie sur la doctrine de la préclusion fondée sur un droit équitable de propriété ("proprietary estoppel"). On en trouve deux exemples dans la jurisprudence. Ils viennent tous deux de la Cour d'appel d'Angleterre, sous la plume de Lord Denning.

Dans l'affaire *Jones v. Jones*⁷², le défendeur, en défense à une action possessoire prise par sa belle-mère, voulut préclure celle-ci d'exercer ses droits de possession découlant de son droit majoritaire indivis dans le titre légal de la maison occupée par celui-ci. Le défendeur, détenteur du droit minoritaire, fonda sa défense sur les assertions de son père, faites lorsqu'il était vivant et propriétaire de la maison, selon lesquelles le défendeur pouvait rester sur les lieux. La Cour rejeta la demande de la belle-mère⁷³ et conclut que la préclusion fondée sur un droit équitable de propriété peut servir de défense à une action prise par le promettant ou ses ayants droit lorsque cette action a pour effet de contredire l'assertion faite au bénéficiaire. Cette défense tient le promettant et ses ayants droit aux termes de l'assertion sur la foi de laquelle le bénéficiaire a agi.

Dans l'affaire *Greasley and Others v. Cooke*⁷⁴, les propriétaires par succession d'une maison signifièrent un avis d'éviction à la défenderesse, seule occupante depuis 1975. Elle refusa de quitter les lieux. Ils intentèrent ensuite une action pour reprendre possession de la maison. La défenderesse, par sa défense et demande reconventionnelle, demanda une déclaration aux termes de laquelle elle pourrait occuper la maison. La défenderesse établit son plaidoyer sur la préclusion fondée sur un droit équitable de propriété découlant d'une assertion qui lui avait été faite selon laquelle elle pouvait occuper la maison en retour de services non rémunérés aux propriétaires originaux. L'action possessoire fut rejetée, la défense et la demande reconventionnelle maintenues. Le jugement, en plus de reprendre les principes de *Jones v. Jones*, déclare également que le fardeau de prouver que le bénéficiaire a agi à son détriment ne repose pas sur celui-ci dès qu'il est démontré qu'une assertion a été faite et que le bénéficiaire a agi en fonction de celle-ci. En l'absence d'une preuve con-

⁷¹T.G. Feeney, *The Canadian Law of Wills, Vol. 1: Probate* (Toronto: Butterworths, 1975) 18; A.R. Mellows, *The Law of Succession*, 4th ed. (London: Butterworths, 1983) c.4.

⁷²[1977] 1 W.L.R. 438 (C.A.).

⁷³*Ibid.*, à la p. 442 où Lord Denning résume les motifs de sa décision: "Old Mr. Jones' conduct was such as to lead his son Frederick reasonably to believe that he could stay there and regard Philmona as his home for the rest of his life. On the basis of that reasonable expectation, the son gave up his work at Kinston-upon-Thames and moved to Blundeston. He paid the £1000 too in the same expectation. He did work on the house as well. It was all because he had been led to believe that his father would never turn him out of the house: it would be the family's home for the rest of his life. He and the rest of the family thought that the father would alter his will or make over the house to his son. The father did not do it, but nevertheless, he led the son to believe that he could stay there for the rest of his life. On those two [above-cited] cases, it is clear the old Mr. Jones would be estopped from turning the son out. After his death, the plaintiff is equally estopped from turning the defendant out".

⁷⁴[1980] 1 W.L.R. 1306 (C.A.).

traire du promettant, la Cour inférera que la conduite du bénéficiaire découle des assertions qui lui ont été faites⁷⁵.

Le lecteur constatera que les règles de preuve applicables sont nettement favorables au bénéficiaire de l'assertion. La préclusion fondée sur un droit équitable de propriété devient donc une arme supplémentaire dans l'arsenal du bénéficiaire d'une promesse testamentaire lorsque celui-ci se retrouve en défense. Cependant, nous faisons remarquer que ces deux arrêts n'ont pas conféré de titre de propriété à l'occupant *de facto* de la maison. On l'a simplement maintenu dans ses droits d'occupation sans changer le caractère du titre de propriété, lequel est légalement conféré à d'autres personnes. On empêche ainsi les véritables propriétaires d'exercer un droit de possession qui, en équité, est octroyé à l'occupant *de facto* se trouvant sur les lieux sur la foi d'une assertion faite en ce sens à son égard. Deux conclusions s'imposent ici.

Premièrement, le lecteur remarquera une démarche juridique équitable identique à celle décrite dans l'arrêt *Hammersley v. De Biel*. Une promesse est faite; le bénéficiaire agit en conséquence; il y a manquement à la promesse; les tribunaux d'équité interviennent et décrètent que la promesse lie la succession.

Deuxièmement, le résultat dans ces deux arrêts est parfaitement compatible avec une fiducie que pourrait imposer le tribunal: le titre légal passe à la succession, alors que le bénéficiaire de la promesse devient *cestui que trust* et jouit d'un droit de propriété équitable se manifestant par un droit de possession dans le bien faisant l'objet de la promesse. Cela, en raison de la démarche juridique suivie, devient donc un recours intéressant pour le bénéficiaire de la promesse lorsqu'il ne peut prouver un droit à un titre légal. A notre avis, puisque la démarche juridique des tribunaux se fonde en équité et qu'elle est identique, que le bénéficiaire soit en demande ou en défense, nous ne voyons pas ce qui empêcherait le tribunal de décréter une fiducie judiciaire permettant au bénéficiaire de rester en possession des lieux, s'il ne peut obtenir un titre légal.

La doctrine de l'enrichissement sans cause

La troisième approche utilisée par les tribunaux en matière de promesses testamentaires est la doctrine de l'enrichissement sans cause. Cette doctrine, remontant au temps des Romains et connue depuis plusieurs siècles dans les juridictions de droit civil, notamment la France et le Québec, a été finalement réintroduite en droit anglo-canadien en 1942 et 1954 par les arrêts *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Limited*⁷⁶, en Angleterre, et *Degelman v. Guaranty Trust et al.*⁷⁷, au Canada.

⁷⁵*Id.*, Le résumé-analyse se lit comme suit: "...[O]nce it was shown that the defendant had relied on the assurances given to her, the burden of proving that she acted to her detriment in staying to look after the house and family without payment, did not rest on her; and in the absence of proof by the plaintiffs to the contrary, the court would infer that her conduct was induced by the assurances given to her and declare that in equity she should be allowed to remain in the house for as long as she wished. [...]" *Per* Lord Denning M.R.: "Expenditure of money on a property is not a necessary element to establish proprietary estoppel. It is sufficient to raise the equity if the party to whom the assurance is given acts on that faith of it; and it is for the courts of equity to decide in what way the equity should be satisfied."

⁷⁶[1943] A.C. 32 (H.L.).

⁷⁷[1954] S.C.R. 725.

Nous disons réintroduite, car Lord Mansfield dans l'arrêt *Moses v. McFerlan*⁷⁸ avait tenté de l'introduire comme fondement juridique rationnel pour l'action en répétition de l'indu ("for money had and received") pour le motif que le défendeur, d'après les circonstances de l'affaire, est obligé par la justice naturelle de rembourser l'argent⁷⁹.

Lord Wright dans *Fibrosa* a repris ce principe et en a fait la déclaration suivante que tous connaissent:

It is clear that any civilized system of law is bound to provide remedies for cases of what has been called unjust enrichment or unjust benefit, that is to prevent a man from retaining the money or some benefit derived from another which it is against conscience he should keep. Such remedies in English law are generically different from remedies in contract or in tort, and are now recognized to fall within a third category of the common law which has been called quasi-contract or restitution.⁸⁰

Par la suite, Lord Wright, citant *Moses v. McFerlan*, mentionne que la loi n'impose pas une promesse, mais impose une dette ou une obligation qui n'a rien à voir avec un contrat, mais qui est tout aussi efficace qu'une obligation contractuelle. L'obligation est imposée par la loi et se classe dans une troisième catégorie, indépendante des contrats et des délits, même si elle ressemble plus à une obligation contractuelle qu'à une obligation délictuelle⁸¹. Le juge Cartwright reprend ces déclarations dans *Deglman*.

Egalement, le juge Laforest dans *White v. Central Trust Company and Smith Estate*⁸², en faisant la revue du développement du droit canadien sur la question, indique ce qui suit:

- i) "Cela semblerait signifier qu'en l'absence d'une règle d'ordre public valide qui s'y oppose, le droit permettra un recours contre l'enrichissement sans cause. Par conséquent, le véritable défi que relèvent les tribunaux semble être celui de définir le cadre d'application des recours en restitution"⁸³.
- ii) Il s'agit d'une obligation imposée par la loi de restituer les bénéfices injustement reçus. Cette obligation n'a rien à voir avec les règles du droit des contrats, ni avec l'intention des parties. On n'a pas à se préoccuper de chercher une promesse de rembourser. La loi s'en charge, indépendamment de l'intention des parties. Ce sont leurs gestes qui déclenchent l'effet de la loi, et non leurs intentions. Cependant, "il est évident que parmi les facteurs entrant en jeu quand il s'agit de décider s'il serait injuste que l'avantage

⁷⁸(1760), 2 Burr. 1005 (K.B.).

⁷⁹*Ibid.*, à la p. 1012. Lord Mansfield avait dit: "It lies, for money paid by mistake, or upon a consideration which happens to fail; or for money got through imposition (express or implied); or extortion; or oppression; or an undue advantage taken of the plaintiff's situation, contrary to laws made for the protection of persons under those circumstances. In one word, the gist of this action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money."

⁸⁰*Supra*, note 76 à la p. 61.

⁸¹*Supra*, note 76 à la p. 62: "Lord Mansfield does not say that the law implies a promise. The law implies a debt or obligation which is a different thing. In fact, he denies that there is a contract; the obligation is as efficacious as if it were upon a contract. The obligation is a creation of the law, just as much as an obligation in tort. The obligation belongs to a third class, distinct from either contract or tort, though it resembles contract rather than tort".

⁸²(1984), 54 R.N.-B. (2d) 293 (C.A.).

⁸³*Ibid.*, à la p. 306.

soit conservé, se trouve celui de la relation entre les parties, ce qui comprend, par exemple, la question de savoir si la personne qui a reçu l'avantage l'a demandé ou si elle a exercé une pression indue sur la personne qui le lui a conféré"⁸⁴.

- iii) Parmi les recours fondés sur la doctrine de l'enrichissement sans cause, le juge Laforest, citant *Pettkus v. Becker*, mentionne la fiducie judiciaire. Dans l'affaire *Morrison v. Canadian Surety*⁸⁵, la Cour d'appel du Manitoba en indique d'autres:

Some examples of where quasi-contract applies are: quantum meruit, surety's right of indemnity, improvement of land under mistake, contribution between joint obligees and joint tort-feasors, restoration of money, or money's worth extorted by threats or by mistake or as a result of extortion or fraud, payment to principal of unauthorized gains of his agent, recourse against one who has agreed to bribe the agent, liability of a joint tenant or tenant in common to account for more than his share of rents or profits received, remuneration for salvage, right of creditor to stand in the place of the debtor in this right of recourse to funds, property or other persons.

En matière de promesse testamentaire, il a été statué dans *Degelman*⁸⁶ que cette obligation est imposée au décès⁸⁷ du promettant-testateur et qu'elle se traduit par une compensation financière accordée au bénéficiaire de la promesse originale pour les services qu'il a rendus sur la foi de celle-ci.

Certains ont objecté⁸⁸ que l'enrichissement sans cause, tel qu'il a été défini ci-haut, était une notion trop vague et qu'en conséquence, les parties en cause ne sont jamais certaines de l'étendue de leurs droits et obligations respectifs. Dans l'affaire *Morrison v. Canadian Surety*⁸⁹, la Cour d'appel du Manitoba souligne que cette notion n'est pas moins incertaine que celle de l'homme raisonnable en délits ni moins incertaine que la notion de "juste et équitable" qu'on retrouve dans diverses lois.

Quoi qu'il en soit, nous croyons, à la lumière du droit ci-haut exposé, que la doctrine de l'enrichissement sans cause est le point de départ, le fondement juridique substantif, justifiant les divers recours énumérés par Lord Mansfield, la Cour d'appel du Manitoba et le Juge Laforest, et rendant le promettant responsable de s'être enrichi injustement aux dépens du bénéficiaire. Il ne s'agit plus de savoir si le recours est approprié. Il s'agit de savoir si le promettant s'est injustement enrichi aux dépens du bénéficiaire. Lorsqu'on établit la responsabilité du promettant, on ordonne ensuite restitution⁹⁰. Cela dit, comment la jurisprudence a-t-elle appliqué ces principes?

⁸⁴*Ibid.*, à la p. 303.

⁸⁵[1954] 4 D.L.R. 736 à la p. 756 (Man. C.A.).

⁸⁶*Supra*, note 77 à la p. 736.

⁸⁷La prescription ne commence donc à courir qu'à ce moment. Voir le jugement du juge Cartwright à la p. 736.

⁸⁸Voir W.S. Holdsworth, "Unjustifiable Enrichment" (1939), 218 *L.Q.R.* 37.

⁸⁹*Supra*, note 85 aux pp. 753-54.

⁹⁰Voir également G.B. Klippert, "The Juridical Nature of Unjust Enrichment" (1980), 30 *U. Tor. L.J.* 356 aux pp. 376 et s.

Dans l'affaire *Re Johnson Estate*⁹¹, la doctrine de l'enrichissement sans cause fut appliquée pour rejeter un recours pour une ordonnance de soutien pris par la veuve du testateur en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* de la Saskatchewan. Exerçant sa discrétion en vertu de cette loi, la Cour tint compte de la réclamation potentielle de la ménagère, fondée sur l'enrichissement sans cause, et rejeta la réclamation de la veuve pour laisser la place à la réclamation de la ménagère. La ménagère avait vécu de nombreuses années avec le testateur sur la foi d'une promesse testamentaire. Le testament ne contenait rien pour la veuve et rien pour la ménagère, d'où le recours de la veuve et la défense, ainsi que la réclamation potentielle de la ménagère.

Dans les affaires *Baker v. Guaranty Trust Co. of Canada*⁹², *Goodwin v. Goodwin*⁹³ et *Rowe v. Public Trustee*⁹⁴, le recours principal en exécution de la promesse testamentaire fut rejeté, mais l'enrichissement sans cause servit de fondement au recours de remplacement en compensation financière, lequel fut accueilli. Cependant, dans l'affaire *Re Murphy, McGrail v. Keddy & Murphy*⁹⁵, une demande pour faire augmenter la part du demandeur en vertu du testament du promettant fut rejetée. La Cour écarta l'application de la doctrine de l'enrichissement sans cause parce que l'intention d'indemniser le demandeur pour services rendus au testateur n'avait jamais existé.

L'affaire *Re Jacques*⁹⁶ pousse encore plus loin l'application de la doctrine de l'enrichissement sans cause. Dans cette affaire, la testatrice n'avait jamais demandé les services pour lesquels les demandeurs réclamaient compensation. Toutefois, elle les avait acceptés. Ce qui conduisit la Cour à appliquer la doctrine de l'enrichissement sans cause et à imposer une obligation d'indemnisation, indépendamment de l'intention des parties. Il ne s'agit pas vraiment ici d'une promesse testamentaire, mais à notre avis, la doctrine a quand même été bien appliquée dans les circonstances, étant donné que la testatrice avait quand même bénéficié des services rendus par les demandeurs.

Dans l'affaire *Ross v. Ross*⁹⁷, le "Statute of Frauds" rendit inexécutable la promesse testamentaire contractuelle du testateur. Cependant, puisque celui-ci avait reçu le bénéfice de l'exécution complète des obligations contractuelles du bénéficiaire, la loi imposa au testateur et, par la suite, à ses ayants droit l'obligation de payer la juste valeur des services qui lui avaient été rendus.

⁹¹(1935), 17 W.W.R. 88 (Sask. Q.B.).

⁹²(1956), 1 D.L.R. (2d) 448 (Ont. H.C.).

⁹³(1958), 13 D.L.R. (2d) 365 (N.S.S.C.).

⁹⁴(1963), 38 D.L.R. (2d) 462 (Ont. H.C.).

⁹⁵(1956), 2 D.L.R. (2d) 132 (N.S.S.C.).

⁹⁶(1968), 66 D.L.R. (2d) 447 (N.S. Prob. Ct.).

⁹⁷(1973), 33 D.L.R. (3d) 351 à la p. 357 (Sask. Q.B.): "In the instant case when the Statute of Frauds was pleaded the express contract was thereby rendered unenforceable, but the deceased having received the benefits of the full performance of the contract by the plaintiff, the law imposed upon him, and so on his estate, the obligation to pay the fair value of the services rendered to him."

L'enrichissement sans cause fut explicitement invoqué dans l'affaire *White et al v. Central Trust Company and Smith Estate*⁹⁸ pour justifier un recours de remplacement en répétition de l'indu afin de récupérer des sommes et des valeurs mobilières injustement reçues par le testateur. Ce dernier avait promis pour contrepartie valable de les léguer par testament aux bénéficiaires, mais avait manqué à sa promesse. Ce recours de remplacement fut accueilli.

Enfin, dans l'affaire *Winn v. Hodgson, Executor of Graham's Estate*⁹⁹, l'enrichissement sans cause fut invoqué comme fondement d'un recours principal en quantum meruit en compensation pour services rendus. Le recours fut accueilli.

Les constatations qui suivent s'imposent à la suite de cette revue de la jurisprudence.

- i) L'enrichissement sans cause est employé autant comme recours principal et de remplacement en demande que comme moyen de défense. Voilà donc une preuve de sa grande versatilité.
- ii) L'enrichissement sans cause sert surtout de fondement à un recours de remplacement en compensation financière lorsque le recours principal en exécution de la promesse testamentaire échoue. Cela constitue donc un excellent filet lorsque les acrobaties de preuve d'une promesse testamentaire ne fonctionnent pas. Plus important encore, il assure un recours pour le bénéficiaire qui a agi sur la foi d'une promesse testamentaire.
- iii) En matière de promesse testamentaire, l'enrichissement sans cause sert surtout de fondement à un recours en compensation financière. Cependant, rien n'empêche qu'en plus de la démarche équitable décrite plus haut, l'enrichissement sans cause ne serve de fondement à d'autres recours, tels la fiducie judiciaire¹⁰⁰. La doctrine de l'enrichissement sans cause reconnaît en effet l'apport du bénéficiaire au patrimoine du promettant en empêchant ce dernier de s'enrichir aux dépens du premier. L'enrichissement sans cause pourrait permettre par exemple au bénéficiaire d'être demandeur et de réclamer une fiducie judiciaire où le droit du bénéficiaire serait un droit d'occupation. Cette démarche aurait l'avantage d'éviter que le bénéficiaire n'attende de se faire actionner en exclusion et ne soulève à ce moment seulement la préclusion fondée sur un droit équitable de propriété pour que l'action soit rejetée.
- iv) En raison de la nature même de l'enrichissement sans cause et des recours en découlant, rien n'empêche un bénéficiaire d'une promesse testamentaire, en l'absence d'autres recours, de fonder un recours principal sur l'enrichissement sans cause et de réclamer au départ une compensation financière ou un autre recours. Il contournerait ainsi l'exigence d'avoir à prouver l'existence d'un contrat par le biais de l'exécution partielle. Cepen-

⁹⁸Supra, note 82.

⁹⁹(1984), 55 R.N.-B. (2d) 255 (Q.B.T.D.)

¹⁰⁰Voir *Pettkus v. Becker*, supra, note 18 à la p. 847: "The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust". A ce même effet, le juge Laforest dans *White et al. v. Central Trust Company and Smith's Estate*, supra, note 82, dit explicitement que la fiducie judiciaire est disponible en tant que recours fondé sur l'enrichissement sans cause.

dant, il devra établir la situation menant à son recours et convaincre la Cour du bien-fondé de son action.

- v) La décision rendue dans l'affaire *Re Murphy* nous met toutefois en garde contre les situations où il n'y aurait pas lieu d'appliquer la doctrine de l'enrichissement sans cause en raison de circonstances, telles les faveurs entre membres d'un même famille ou l'absence d'intention de rémunérer pour les services qu'on s'attend à donner et ou à recevoir gratuitement.

Lorsque l'enrichissement sans cause est appliqué en matière de promesse testamentaire, l'état du droit et les résultats jurisprudentiels qui en découlent nous apparaissent rendre justice de façon appropriée. L'équilibre, qui est le propre de la justice, est alors trouvé. Par ailleurs, l'enrichissement sans cause répond assez bien à notre avis aux besoins des parties en cause, bien que le bénéficiaire de la promesse testamentaire soit nettement avantagé.

Nous estimons que toute réforme législative devra tenir compte de cet état de choses. L'enrichissement sans cause n'est pas seulement un fondement pour un recours de remplacement en demande, mais aussi pour un recours principal en demande et comme défense.

L'approche législative

Le législateur a, par des lois précises, édicté des dispositions établissant en partie le droit applicable en matière de promesse testamentaire. Deux lois méritent notre attention: "The Law Reform (Testamentary Promises) Act 1949" (Nouvelle-Zélande)¹⁰¹ et la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*¹⁰² du Nouveau-Brunswick.

a) The Law Reform (Testamentary Promises) Act 1949 (N.Z.)

Cette loi prévoit à l'article 3 un droit statutaire de faire exécuter de façon raisonnable une promesse testamentaire par la succession du testateur, le tout, compte tenu de toutes les circonstances. On définit promesse testamentaire comme comprenant "any statement or representation of fact or intention" (art. 2).

L'article 3 de la loi s'applique, que les services rendus par le bénéficiaire aient été fournis avant ou après la délivrance de la promesse et par dérogation au "Statute of Frauds" (paragr. 3(2)).

A la demande du bénéficiaire, la Cour peut accorder soit une compensation financière payable périodiquement ou par montant forfaitaire, soit une ordonnance de transfert total ou partiel des biens faisant l'objet de la promesse, ou les deux (paragr. 3(3) et 3(4)).

L'ordonnance grève l'ensemble de la succession, à moins que la Cour n'en décide autrement (paragr. 3(5)). De même, la Cour peut exempter de l'incidence d'une ordonnance tout ou partie de la succession (paragr. 3(6)).

¹⁰¹Statutes N.Z. 1949, no. 33.

¹⁰²L.R.N.-B. 1973, c. T-4, art. 16.

Finalement, cette loi accorde à la Cour une très grande discrétion dans l'appréciation des faits et circonstances. Cependant, elle n'établit aucun ordre de priorité quant à la satisfaction des réclamations faites par diverses parties contre la succession du testateur. Toutefois, le paragraphe 3(1) prévoit qu'elle doit tenir compte des réclamations de la famille du testateur.

En Nouvelle-Zélande, les réclamations de la famille du testateur ont-elles priorité sur les réclamations fondées sur une promesse testamentaire? Dans ce pays, deux lois: le "Family Protection Act" (1908)¹⁰³ et "The Law Reform (Testamentary Promises) Act" 1949 établissent des droits d'ordre public exercés contre la succession d'un testateur sans mentionner d'ordre de priorité. Cela nous pousse à dire que si au Nouveau-Brunswick on adoptait une loi sur les promesses testamentaires, qui s'appliquerait côte à côte avec la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*, il faudrait établir législativement l'ordre des priorités dans l'administration et la distribution des biens de la succession.

b) L'article 16 de la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur du Nouveau-Brunswick

Nous avons vu que l'article 16 de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* donne priorité à la réclamation du bénéficiaire d'une promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament sur une réclamation de la famille en vertu de la même loi pour une ordonnance de soutien.

Nous tenterons de répondre ici, à la lumière de ce qui précède, à la question posée plus haut, à savoir quel sera le rang de la réclamation du bénéficiaire d'une promesse testamentaire rompue, c'est-à-dire non couchée dans le testament. Deux questions corollaires mais tout aussi importantes, se posent également: premièrement, quel est l'ordre de priorité des diverses réclamations faites contre une succession, et deuxièmement, la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* déplace-t-elle la réclamation du bénéficiaire de la promesse testamentaire rompue?

Deux arrêts importants mais contradictoires du Conseil privé ont traité de la question générale de savoir si la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* déplace les réclamations des bénéficiaires de promesses testamentaires. Cette question est difficile car le tribunal doit choisir entre deux intérêts sociaux juridiquement sanctionnés, soit la protection de la famille et la liberté de contracter¹⁰⁴. Il s'agit des arrêts *Dillon v. Public Trustee of New Zealand*¹⁰⁵ et *Schaefer v. Schuhmann*¹⁰⁶. Ces causes furent décidées en vertu de lois, celle de la Nouvelle-Zélande et celle du New South Wales respectivement, ne contenant pas de disposition semblable à l'article 16 de notre *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*.

¹⁰³Statutes N.Z. 1908, no. 60.

¹⁰⁴Voir à ce sujet: D.M. McRae, "Contracts to Leave Property by Will and Dependents' Relief" (1972), 20 *Chitty's L.J.* 298.

¹⁰⁵[1941] A.C. 294.

¹⁰⁶*Supra*, note 30.

Dans les deux cas, la querelle opposait, d'un côté, le bénéficiaire d'une promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament et, de l'autre, la famille du testateur réclamant en vertu de la loi locale sur l'obligation d'entretien de la famille du testateur. La question était la même dans les deux arrêts: les biens faisant l'objet de la promesse sont-ils assujettis à une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*¹⁰⁷?

Le jugement *Dillon* répond par l'affirmative. Il est clair que la Cour peut déplacer le testament et, par ricochet, la promesse en raison de son pouvoir de décider si le testament prévoit une provision suffisante pour l'entretien de la famille. Parce que la promesse est consignée au testament et que la Cour a droit de regard sur celui-ci, ce droit de regard emporte également la promesse¹⁰⁸.

Quant à la promesse rompue et non consignée au testament, le jugement *Dillon* statue que le résultat serait le même et que le bénéficiaire de la promesse n'aurait droit qu'à la juste valeur de sa promesse moins ce qui est prélevé en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*:

...[T]he loss suffered by [the beneficiary] from [the testator's] breach of contract is equivalent to the benefit which [the beneficiary] would have enjoyed if the contract had been performed. This benefit, owing to the provisions of the Family Protection Act, is not necessarily equivalent to an unconditional right to receive the devise in full, and the estimate of [the beneficiary's] loss is proportionately reduced... There may well be instances where all this is difficult to work out, but their Lordships cannot entertain any doubt that, in principle, the Family Protection Act affects the unqualified operation of a contract to make a will in a particular form, whether the contract is fulfilled or whether it is broken¹⁰⁹.

Il est clair que le Conseil privé considère que le bénéficiaire de la promesse testamentaire, bien que celle-ci naisse dans un contrat, tient ses droits du testament ou des bénéfices qu'il aurait pu obtenir en vertu du testament. Autrement dit, il assimile le bénéficiaire à un légataire, que la promesse soit rompue ou non. Le bénéficiaire doit donc prévoir que la valeur de ses droits sera diminuée par une ordonnance, puisque sa réclamation devient testamentaire.

L'affaire *Schaeffer* indique au contraire que le bénéficiaire de la promesse a priorité sur la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* parce que ses droits proviennent non pas du testament, mais de son contrat avec le testateur. Etant créancier, il vient se payer avant tout le monde. Il reste

¹⁰⁷Nous faisons remarquer que si ces deux situations s'étaient produites au Nouveau-Brunswick, l'art. 16 de la Loi se serait appliqué et aurait donné priorité au bénéficiaire de la promesse couchée dans le testament. On peut donc considérer ce point comme motif de distinction pour une telle promesse. Cependant, nous ne le retiendrons pas, vu la pertinence des débats dans les deux arrêts, lesquels nous indiquent en général l'effet de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* dans l'ordre de priorités. Cela est pour nous important, puisque la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* du Nouveau-Brunswick reste silencieuse quant au bénéficiaire de la promesse testamentaire rompue, c'est-à-dire non couchée dans le testament.

¹⁰⁸*Dillon v. Public Trustee of New Zealand, supra*, note 105. A la p. 303 on lit: "The manifest purpose of the Family Protection Act, however, is to secure on grounds of public policy, that a man who dies, leaving an estate which he distributes by will, shall not be permitted to leave widow and children inadequately provided for, if the court in its discretion thinks that the distribution of the estate should be altered in their favour, even though the testator wishes by his will to bestow benefits on others, and even though he has framed his will as he contracted to do."

¹⁰⁹*Ibid.*, à la p. 305.

donc pour le demandeur conformément à la Loi, la succession brute moins les montants des réclamations des créanciers, lesquels comprennent les bénéficiaires des promesses testamentaires. L'affaire *Schaeffer* indique également que si on veut déplacer la liberté de contracter donnant naissance à la promesse, on doit le faire par législation et non par interprétation judiciaire de la loi qui, selon cette affaire, ne donne pas compétence à la Cour de réécrire un contrat.

Face à cette contradiction, nous devons porter notre propre jugement et nous demander quel est l'ordre des priorités au Nouveau-Brunswick:

- i) L'affaire *Dillon* statue non seulement sur la source des droits du bénéficiaire, mais aussi sur la nature de son droit, sur ce à quoi il a droit: il a droit à un legs. Ce legs a priorité sur les autres legs puisqu'il découle d'une promesse ou d'une assertion faite au bénéficiaire¹¹⁰. Cependant, il doit céder à une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*. Le raisonnement dans *Schaeffer* reconnaît cet ordre de priorité entre les légataires, mais ajoute que la bénéficiaire de la promesse a priorité sur les demandeurs en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*. Cependant, *Schaeffer* semble oublier que, dans l'exercice de la liberté contractuelle donnant naissance à la promesse, le bénéficiaire a choisi de recevoir un legs et le testateur, de lui en donner un¹¹¹. Puisqu'un legs se fait dans un testament et que la Cour peut le déplacer en vertu de la Loi, le droit de regard au tribunal emporte également la promesse testamentaire, qu'elle soit couchée ou non dans le testament. Le bénéficiaire de la promesse doit céder à la Loi. Celle-ci peut seule autoriser la réécriture d'un testament, et ce, pour des fins bien précises, soit pour la constitution d'une provision suffisante pour l'entretien normal de la famille. Le recours contractuel du bénéficiaire pour manquement à la promesse présuppose donc erronément que la Cour peut réécrire le testament pour donner effet à la promesse. De plus, même si en droit et en équité, le tribunal ne décevra pas le bénéficiaire et chargera la succession de donner effet à la promesse¹¹², nous avons ici une loi dont le caractère d'ordre public est reconnu. C'est un autre point fort de l'arrêt *Dillon*: il reconnaît le caractère prioritaire de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* pour des motifs d'ordre public¹¹³. En cela, le droit commun, qui comprend le droit et l'équité, est déplacé par cette loi.

¹¹⁰Voir *Hammersley v. De Biel*, *supra*, note 7; *Loffus v. Maw*, *supra*, note 11; *Jervis v. Wolferstan*, *supra*, note 36; et *Synge v. Synge*, *supra*, note 31.

¹¹¹Un auteur a également noté cette faiblesse de *Schaeffer*. Voir R. Hull, "Contracts to make wills and dependants relief legislation" (1974), 1 E.T.Q. 240 à la p. 244.

¹¹²*Supra*, aux pp. 60 à 75 ci-dessus.

¹¹³Voir également à cet effet *Gardiner v. Boag*, [1923] 42 N.Z.L.R. 739 (S.C.); *Re Widows' Relief Act, Re Rist*, [1939] 2 D.L.R. 664 (Alta. S.C.) et *Lieberman v. Morris*, [1944] 69 C.L.R. 69 (Austl. H.C.). Le caractère d'ordre public de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* a été invoqué pour annuler toute renonciation contractuelle aux droits conférés par la Loi. Cependant, la Cour peut tenir compte d'une renonciation contractuelle pour évaluer le quantum du soutien accordé en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*. Voir *Boulangier v. Singh et al.* (1985), 18 E.T.R. 1 (C.A.C.-B.) et *Re Dyer; Dyer v. Dyer* (1985), 18 E.T.R. 44 (Ont. Surr. Ct.).

- ii) Le raisonnement dans l'affaire *Dillon* a été suivi au Canada¹¹⁴. Par contre, *Schaeffer v. Schuhmann* n'a été suivi ni au Canada ni en Angleterre.
- iii) L'arrêt *Dillon* indique clairement quels sont les recours des bénéficiaires, que la promesse soit rompue ou non, et les place sur un pied d'égalité dans la même position, mais derrière les demandeurs, en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*. *Schaeffer v. Schuhmann* fait la même chose, mais place les bénéficiaires devant la Loi. Quoi qu'il en soit, l'égalité entre les bénéficiaires de promesses testamentaires est bienvenue, puisque le contenu de la promesse ne change pas, que celle-ci soit couchée ou non dans le testament.
- iv) La Loi du Nouveau-Brunswick-Brunswick donne priorité à la promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament sur une ordonnance rendue en vertu de la Loi. Le reste est laissé à la discrétion de la Cour. Aucune priorité n'est accordée à la promesse testamentaire contractuelle rompue. Cependant, le juge peut en tenir compte dans l'exercice de sa discrétion en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*. (Cela est quelque peu contraire à *Dillon*, qui place le bénéficiaire de la promesse, qu'elle soit exécutée ou rompue dans la même position, mais derrière les réclamations, en vertu de la Loi.)
- v) L'esprit de la Loi (et la lettre) est de permettre qu'il soit prélevé sur la succession d'un testateur visé une provision suffisante pour l'entretien de la famille. Face à cette situation, l'article 16 constitue une exception, en mettant de côté la juste valeur du bénéfice promis au bénéficiaire. Les règles d'interprétation des lois prescrivent qu'une exception doit s'interpréter strictement. Par conséquent, la priorité donnée par cet article ne s'applique qu'à la promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament. Aucune priorité législative n'est donnée à la promesse testamentaire contractuelle non couchée dans le testament sur une ordonnance de soutien rendue en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*.
- vi) L'article 16 se trouve dans une loi prenant effet à partir du testament. A notre avis, la Législature ne peut avoir fait autrement que de considérer le droit du bénéficiaire de la promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament comme un droit testamentaire, puisqu'elle prend la peine, en prévoyant une exception, de lui donner priorité sur une ordonnance dont le contenu est fonction du testament de testateur. Par conséquent, cette exception ne protège pas le droit du bénéficiaire de la promesse testamentaire contractuelle non couchée dans le testament; ce bénéficiaire se trouve ainsi à partager ce qui reste du testament avec les autres légataires, mais il a priorité sur ceux-ci.

Ainsi, au Nouveau-Brunswick, à la lumière de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur* et des observations que nous avons faites, cette loi a priorité sur la réclamation d'une promesse testamentaire non couchée dans le testament, alors que la promesse exécutée a priorité sur une ordonnance rendue en vertu de la Loi, et ce, dans la mesure qui y est indiquée. Nous estimons que cet état du droit risque de causer des injustices parce que le

¹¹⁴Voir *Olin v. Perrin*, [1946] 2 D.L.R. 461 (Ont. C.A.) et *Re Willan Estate* (1951), 4 W.W.R. (N.S.) 114 (Alta. S.C.).

bénéficiaire de la promesse a, en droit commun, les mêmes droits de réclamer son dû à partir de la succession, que la promesse soit couchée dans le testament ou non.

Nous arrivons à ce résultat par interprétation jurisprudentielle et législative. Cela ne peut pas faire autrement que continuer à alimenter un débat, qui selon nous, devrait se terminer afin que tous connaissent bien leurs droits dans une joute successorale.

Nous proposons un projet de loi établissant un droit positif sur les réclamations testamentaires. Outre les suggestions faites plus haut¹¹⁵, ce projet de loi codifiera l'ordre existant des priorités en prévoyant cependant un changement: il placera les bénéficiaires des promesses testamentaires sur un pied d'égalité, derrière une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*, mais devant les légataires, étant donné que la Loi est d'ordre public et que l'équité assiste les personnes agissant sur la foi d'une assertion alors que les légataires ne sont que des gratifiés ("volunteers").

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Conclusions

A la suite de cette longue étude, nous croyons que l'ordre de priorité en matière de réclamations testamentaires est le suivant¹¹⁶:

- i) La réclamation du conjoint survivant faite en vertu de l'article 4 de la Loi sur les biens matrimoniaux¹¹⁷

Les paragraphes 4(4) et 4(6) de la Loi indiquent clairement que la réclamation du conjoint survivant a priorité sur le testament et sur la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*. Le conjoint survivant a 60 jours pour faire valoir sa réclamation. A défaut de la présenter ou de faire proroger le délai, le conjoint survivant perd cette priorité et prendra le rang que lui donnera la nature sa réclamation venant d'ailleurs que sous la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Si un tiers fait valoir une revendication à l'égard des biens réclamés par le conjoint survivant, ce tiers aura priorité en vertu du paragraphe 4(1) de la Loi et prendra rang avec les autres créanciers. Attention: il s'agit de la revendication d'un tiers sur les biens eux-mêmes, et non sur un legs de ces biens. Il s'agit donc de la réclamation d'un véritable créancier plutôt que de celle du bénéficiaire d'une promesse testamentaire.

- ii) Les créanciers

Cela va de soi.

- iii) Le bénéficiaire de la promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament

¹¹⁵Supra, aux pp. 75 à 82 ci-dessus.

¹¹⁶Nous incluons ici toute autre réclamation possible contre une succession testamentaire, mais que nous n'avons pas jugé utile d'étudier ici.

¹¹⁷L.R.N.-B. 1981, c. M-1.1.

La Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur est d'ordre public et a priorité sur les réclamations des légataires faites en vertu du testament. Elle opère cependant sur la succession nette¹¹⁸ du testateur après qu'ont été satisfaites les réclamations des créanciers et celles du conjoint survivant. La Loi vient à son tour donner une priorité au bénéficiaire de la promesse testamentaire sur les réclamations de la famille du testateur faites en vertu de celle-ci. C'est pourquoi le bénéficiaire de la promesse testamentaire contractuelle exécutée par le testateur prend rang ici.

iv) Les réclamations de la famille du testateur faites en vertu de la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur

Nous suivons ici l'ordre prévu par la Loi.

v) Le bénéficiaire de toute promesse testamentaire non couchée dans le testament

Ce rang découle de notre analyse du droit actuel. Nous répétons nos réserves concernant cet état du droit parce que le bénéficiaire sous ce rang a les mêmes droits selon le droit commun que le bénéficiaire de la promesse testamentaire contractuelle couchée dans le testament, c'est-à-dire recevoir un bénéfice par testament et voir ainsi sa promesse exécutée (Voir *Dillon v. Public Trustee of New Zealand*). Cette anomalie survient à cause de l'application de la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur, laquelle a changé l'ordre des priorités. Cependant, le juge, dans l'exercice de sa discrétion conférée par la Loi, peut tenir compte de cette situation. Toutefois, dans notre proposition de projet de loi, nous remettons tous les bénéficiaires des promesses testamentaires sur un pied d'égalité, mais derrière la Loi, car celle-ci est d'ordre public. Ainsi respecterons-nous mieux la nature des droits de ces bénéficiaires.

vi) Les légataires testamentaires

A leur tour, leurs réclamations prendront le rang suivant:

- a) Légataires particuliers
- b) Légataires universels
- c) Légataires du reliquat

vii) Les héritiers *ab intestat* du testateur pour ce qui reste de la partie des biens non couverts par le testament après avoir satisfait à toutes les autres réclamations susmentionnées

Recommandations

La tâche d'extraire les règles de droit concernant les réclamations testamentaires n'a pas été facile. Il a fallu fouiller dans la recherche jurisprudentielle et l'interprétation des lois, puis organiser le tout afin de présenter les résultats de façon intelligente et ordonnée.

C'est pourquoi nous recommandons l'adoption d'une loi sur les réclamations testamentaires laquelle, par le procédé de codification, ferait la synthèse du droit applicable en matière de réclamations testamentaires et, par le pro-

¹¹⁸Voir *Royal Trust Co. v. Downton* (1980), 109 D.L.R. (3d) 221 (Nfld. C.A.).

céde législatif, corrigera les lacunes que nous avons soulevées. Cette loi couvrira tous les genres de réclamations testamentaires: créanciers, entretien de la famille du testateur, promesses testamentaires, et établira leur ordre de priorité. Le but recherché est l'organisation rationnelle du droit en la matière afin d'éviter les débats et les anomalies que nous avons relevés et donner un fondement juridique uniforme aux diverses réclamations soulevées contre une succession testamentaire. Il convient d'en faire ici une présentation sommaire.

Le titre serait: Loi sur les réclamations testamentaires — Testamentary Claims Act.

Une première partie contiendrait les définitions et le droit des créanciers d'être colloqués en premier dans la distribution des biens de la succession, compte tenu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Ainsi, l'article 1 verrait les définitions de "bénéficiaire", "créancier", "promesse testamentaire", "réclamation testamentaire". L'article 2 déclarerait que la Loi est d'ordre public. L'article 3 consacrerait les droits des créanciers.

Une deuxième partie porterait sur les réclamations faites en vertu de la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*, c'est-à-dire les réclamations de la famille pour la constitution d'une provision suffisante pour l'entretien normal de la famille du testateur. Nous reprenons ici le droit fondamental d'obtenir une ordonnance en ce sens. Nous établirons aussi la priorité à accorder à cette réclamation.

Une troisième partie porterait sur les réclamations faites en vertu de promesses testamentaires. Le "Law Reform (Testamentary Promises) Act" 1949 de la Nouvelle-Zélande pourrait servir de modèle. Nous établirons également la priorité à donner à cette réclamation, que la promesse testamentaire soit couchée ou non dans le testament.

Une quatrième partie porterait sur les aspects communs aux deux types de réclamations, la procédure et les règles de preuve. Ainsi, la Cour pourrait entendre en même temps une réclamation faite autant en vertu de la deuxième partie que de la troisième, considérer toutes les circonstances de l'affaire, apprécier toutes les réclamations faites en vertu de la Loi ainsi que celles des créanciers, entendre toute preuve nécessaire par dérogation au "Statute of Frauds". L'ordonnance rendue grèverait l'ensemble de la succession ou la partie que décide la Cour. Celle-ci pourrait ordonner de payer une somme périodique ou forfaitaire ou transférer un bien réel ou personnel au réclamant, ou les deux. La succession du testateur pour les fins de la Loi serait définie. Un réclamant pourrait ultérieurement faire réviser l'ordonnance; ce droit appartiendrait aussi à la succession grevée. Une liste de circonstances dont la Cour tiendrait compte serait énumérée. Enfin, seraient prévus le droit de faire suspendre l'administration de la succession jusqu'à la fin de l'audience sur la réclamation testamentaire et le droit par la Cour de fixer le montant ou la valeur de l'ordonnance compte tenu de toutes les circonstances.

Nous espérons que le législateur donnera suite à ces propositions, car elles établissent un fondement juridique uniforme pour toutes les réclamations testamentaires. Le projet proposé est d'ordre public et prioritaire sur le droit commun.

Ces propositions, nous l'espérons, permettront à tous de connaître leurs droits et obligations en matière testamentaire.