

EYB2017REP2296

Repères, Septembre, 2017

Christine MORIN*

Commentaire sur la décision Tanzer c. Spector – Secret professionnel du notaire à propos d'un testament qu'il aurait refusé de recevoir

Indexation

PROCÉDURE CIVILE ; PROCÉDURE CONTENTIEUSE ; CONSTITUTION ET COMMUNICATION DE LA PREUVE AVANT L'INSTRUCTION ; INTERROGATOIRE PRÉALABLE À L'INSTRUCTION ; INTERROGATOIRE ORAL ; OBJECTIONS ANTICIPÉES ; PREUVE CIVILE ; OBJECTIONS ; CONFIDENTIALITÉ ; SECRET PROFESSIONNEL ET COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES ; SUCCESSIONS ; TESTAMENT NOTARIÉ ; CAPTATION ; PROFESSIONS ET DROIT DISCIPLINAIRE ; CODE DES PROFESSIONS ; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC ; CODE DE DÉONTOLOGIE DES NOTAIRES ; DEVOIRS ET OBLIGATIONS ENVERS LE CLIENT ; SECRET PROFESSIONNEL ET CONFIDENTIALITÉ ; LOI SUR LE NOTARIAT ; DROITS ET LIBERTÉS ; CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE ; LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX ; DROIT AU RESPECT DU SECRET PROFESSIONNEL

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- LES FAITS](#)

[II- LA DÉCISION DE LA COUR SUPÉRIEURE](#)

[III- LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL](#)

[IV- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteure commente les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel à propos du secret professionnel d'un notaire qui a été consulté pour la rédaction d'un testament par un client maintenant décédé, mais dont le testament n'a jamais été rédigé.

INTRODUCTION

À la suite d'un décès, est-il possible d'interroger un notaire qui a été consulté par le *de cujus* pour la rédaction de son testament, mais qui n'a jamais rédigé ce testament, afin de savoir pourquoi ?

C'est la question qui s'est posée dans la décision *Tanzer c. Spector*¹.

I- LES FAITS

La demanderesse est Doreen Spector, épouse d'Issie Tanzer qui est décédé le 2 septembre 2014. Elle intente une action contre la succession de son défunt époux, alléguant l'invalidité de son dernier testament rédigé le 10 octobre 2013 devant le notaire Robert Alain. Elle prétend que ce testament notarié a été rédigé sous l'emprise d'un des liquidateurs qui est aussi un des héritiers. Elle demande au Tribunal de déclarer la nullité du testament et l'indignité de cet héritier. Elle souhaite qu'un autre testament notarié rédigé devant le notaire Mortimer Dolman le 29 avril 2013 soit reconnu comme étant le dernier testament du *de cujus*. En vertu de ce testament, madame Spector hérite d'une somme de 100 000 \$ et de l'usufruit de la résidence familiale, alors qu'elle n'hérite d'aucun bien selon le testament du 10 octobre.

La demanderesse allègue qu'entre le moment de la signature des testaments d'avril et d'octobre, le *de cujus* se serait rendu à l'étude du notaire Normand Malus en vue de rédiger un nouveau testament, mais que le notaire aurait refusé de recevoir le testament. Dans le cadre de sa demande en justice, elle souhaite interroger hors cour le notaire Malus, afin de connaître les circonstances entourant sa rencontre avec le *de cujus* en juillet 2013 en vue de modifier son testament. Elle désire également connaître les raisons pour lesquelles le notaire Malus aurait refusé de rédiger le testament.

La succession Tanzer est représentée par les trois enfants du *de cujus*, nés d'une union précédente. Ceux-ci agissent à la fois à titre personnel et à titre de liquidateurs de la succession. Ils s'opposent à ce que le notaire Malus soit interrogé en invoquant le secret professionnel.

La Cour supérieure a déjà rendu deux jugements relatifs à l'interrogatoire du notaire Malus dans ce dossier. D'abord, le 9 septembre 2015, elle a rejeté la requête de madame pour être autorisée à interroger le notaire Malus hors cour. Le 2 mars 2016, elle a ensuite autorisé l'interrogatoire hors cour du notaire Malus, sous réserve d'éventuelles objections fondées sur le secret professionnel devant être tranchées subséquentement par le tribunal. La Cour a ordonné le dépôt sous scellés du dossier concernant le *de cujus*.

À la suite de l'autorisation de la Cour supérieure d'interroger le notaire Malus, les trois enfants ont informé madame Spector qu'ils n'avaient pas l'intention de renoncer à invoquer le secret professionnel du notaire Malus, si tant est qu'ils pussent le faire. Ils ont suggéré qu'elle constitue une liste de questions qu'elle entendait poser au notaire Malus, afin de leur permettre de soumettre les objections qu'ils souhaitaient formuler à un juge de la Cour supérieure.

Conformément à ce que prévoit l'article 228 du *Code de procédure civile*, les enfants soumettent donc, par anticipation, les objections à sept questions que madame désire poser au notaire Malus.

II- LA DÉCISION DE LA COUR SUPÉRIEURE

Le juge de la Cour supérieure rejette les objections des enfants, expliquant que, puisqu'il est question de la capacité requise pour tester du *de cujus* et de la captation ou de l'influence indue qu'il aurait subie, la Cour doit lever le voile sur ses communications avec le notaire Malus. La Cour considère qu'il est dans l'intérêt du testateur d'agir de la sorte puisque, si celui-ci n'avait pas la capacité requise pour rédiger le dernier testament, que ce soit en raison de son inaptitude ou de la présence d'une influence indue, le nouveau testament ne peut pas prévoir ses dernières volontés véritables. La Cour doit avoir accès à tous les éléments de preuve afin d'apprécier la situation.

Dans ce cas-ci, la Cour juge que le témoignage du notaire Malus apparaît particulièrement pertinent étant donné que celui-ci a eu une relation professionnelle sur une longue période avec le *de cujus*, mais qu'il n'a pas reçu son testament, malgré la consultation.

La Cour supérieure n'a cependant pas limité sa décision aux seules questions qui lui étaient présentées relativement à l'interrogatoire du notaire, comme les enfants du testateur le demandaient. Elle a plutôt permis au notaire de répondre à toute question reliée, directement ou non, au testament du *de cujus*.

Comme le notaire Malus était très malade au moment où madame Spector désirait l'interroger – il est d'ailleurs décédé le 20 septembre 2016 –, il n'a pas pu être interrogé. Il aurait cependant, à la demande de l'avocat de madame, fait une déclaration sous serment le 23 août 2016, dont des copies ont été produites sous scellés au dossier de la Cour supérieure.

Les enfants du *de cujus* se pourvoient en appel de plein droit.

III- LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL

La Cour d'appel résume la question qui lui est soumise ainsi :

La protection du secret professionnel survit-elle au décès de la personne qui a consulté un notaire en vue de la rédaction d'un testament, qui, après certains travaux préparatoires, a refusé de compléter son mandat ou, du moins, ne l'a pas accompli ? ²

Les enfants appelants, de même que la Chambre des notaires du Québec qui est mise en cause, répondent par l'affirmative.

De son côté, l'intimée soulève la renonciation à la protection du secret professionnel du *de cujus* et la capacité des appelants à invoquer le secret professionnel. Elle formule deux questions :

– Le *de cujus* a-t-il renoncé à son droit au secret professionnel en permettant à l'un des appelants de donner des instructions au notaire Malus en son nom et en permettant la participation des appelants à au moins une conversation téléphonique avec ce notaire ?

– Les appelants, à titre personnel ou à titre de légataires ou de liquidateurs de la Succession [sic], peuvent-ils soulever une objection au témoignage du notaire Malus fondée sur le secret professionnel ? ³

Avant de commencer son analyse, la Cour souligne que le pourvoi n'est pas devenu caduc à la suite du décès du notaire Malus, étant donné que ce dernier a fait une déclaration sous serment dans laquelle il répond, semble-t-il, aux sept questions soumises au juge de première instance. Elle ajoute qu'elle n'a pas pris connaissance des réponses du notaire Malus. La Cour mentionne également qu'il aurait été préférable que le juge de première instance s'en tienne uniquement à ce dont il était saisi, c'est-à-dire les objections aux sept questions.

Le pourvoi est en fonction du rejet des objections soumises par anticipation aux sept questions de l'interrogatoire. La Cour d'appel doit déterminer si le juge de première instance a eu raison de conclure que, dans les circonstances de l'affaire, le secret professionnel ne pouvait empêcher le témoignage du notaire.

La Cour d'appel est d'avis que les objections fondées sur le secret professionnel du notaire doivent effectivement être rejetées.

La Cour rappelle d'abord les principales dispositions législatives pertinentes lorsqu'il s'agit du secret professionnel du notaire, soit l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, l'article 60.4 du *Code des professions*⁴, l'article 14.1 de la *Loi sur le notariat*⁵ et les articles 35 à 40 du *Code de déontologie des notaires*⁶. Elle revient ensuite sur le caractère fondamental et d'ordre public du secret professionnel, maintes fois réaffirmé par les tribunaux, notamment par la Cour suprême⁷.

Elle explique cependant que, lorsque d'autres personnes sont impliquées dans la relation entre le notaire et son client, les communications perdent leur caractère confidentiel pour ceux qui ont assisté ou participé aux échanges avec le notaire, même si elles demeurent secrètes vis-à-vis des tiers. Dans le cas présent, ce sont les appelants, et non l'intimée, qui auraient pu invoquer la renonciation au secret professionnel, car ils ont participé à la démarche de leur père auprès du notaire Malus. Ils refusent cependant de le faire et, au contraire, ils opposent l'argument du secret professionnel à l'intimée.

La Cour explique qu'après le décès du testateur, son testament cesse d'être un document secret et que sa communication en justice peut être exigée s'il constitue un document pertinent quant au litige. Pour ce qui est des communications entre le client et le notaire relatives à la rédaction d'un testament, la Cour d'appel explique que les tribunaux québécois ont eu raison d'importer, dans le droit civil québécois, la règle de common law consacrée dans l'arrêt *Geffen* de la Cour suprême⁸. Cette règle prévoit qu'il est permis de lever le secret professionnel pour permettre au notaire instrumentant (l'avocat, en common law) de témoigner sur la teneur des volontés du testateur.

Après avoir expliqué qu'il est acquis que l'exception au secret professionnel en matière testamentaire s'applique au notaire instrumentant, la Cour d'appel juge que cette exception s'applique également au notaire consulté pour la rédaction d'un testament, mais qui, quelle qu'en soit la raison, n'a pas complété le testament. S'il est vrai que le notaire ne peut divulguer les renseignements protégés par le secret professionnel, cette divulgation peut être autorisée par le tribunal s'il est démontré qu'elle est dans l'intérêt de la justice. Elle doit également être circonscrite à ce qui est nécessaire à l'objet du débat.

La preuve de captation que madame Spector souhaite présenter est une preuve circonstancielle contemporaine à la signature du dernier testament. Ses allégations sont sérieuses. Il ne s'agit pas d'une recherche à l'aveuglette. Les réponses du notaire Malus pourraient être déterminantes à la résolution de la demande en nullité du testament. Le Tribunal rappelle que les démarches auprès du notaire Malus sont contemporaines à la signature du testament d'octobre 2013.

Par ailleurs, les enfants du *de cujus* ne partagent pas un intérêt commun avec ce dernier pour s'opposer à l'interrogatoire du notaire puisqu'ils sont visés par les allégations de captation. Pour la Cour, l'admissibilité en preuve de ce qu'a pu constater ou apprendre le notaire Malus ne fait aucun doute en raison de la nature des allégations à l'origine de la demande. Si elle est démontrée, la captation « affecte la validité de la volonté du testateur ».

La Cour ajoute que si l'intérêt de la justice milite en faveur du rejet des objections aux questions soumises par anticipation au juge de première instance, l'appréciation du poids qui sera accordé aux réponses du notaire Malus relèvera du juge qui entendra le fond de l'affaire.

La Cour conclut en rappelant l'importance de la transparence dans ce dossier, car « il y va de l'intérêt au premier rang du *de cujus*, mais aussi de sa veuve et des enfants de ce dernier »⁹. Elle accueille l'appel à la seule fin de modifier le dispositif du jugement de première instance pour rejeter les objections formulées par les appelants par voie d'anticipation aux sept questions posées par l'intimée.

IV- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE

Cette décision de la Cour d'appel est intéressante, d'une part, parce qu'elle contient des précisions importantes relativement au secret professionnel du notaire en matière de testament et, d'autre part, parce qu'elle confirme l'intérêt et l'utilité de la preuve circonstancielle lorsqu'il est question de la capacité requise pour rédiger un testament.

Bien que la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'on ne doit porter atteinte au secret professionnel que dans la mesure « où cela est absolument nécessaire »

puisque « le secret professionnel doit demeurer aussi absolu que possible », la Cour d'appel juge que l'admissibilité en preuve de ce qu'a pu constater ou apprendre le notaire Malus lors de ses rencontres avec le *de cuius* ou dans ses communications ne fait pas de doute. Étant donné l'allégation sérieuse de captation qui pourrait affecter les dernières volontés du testateur, il y va de l'intérêt de la justice.

Le notaire Malus doit pouvoir témoigner sur les faits qu'il a pu constater et qui, ultimement, devraient permettre au Tribunal de juger si le testateur avait la capacité requise au moment de la rédaction de son dernier testament. Il s'agit d'un élément de preuve circonstanciel qui a l'intérêt d'être contemporain à la signature du testament¹⁰. Qui plus est, rappelons que le notaire Malus connaissait le *de cuius* avant sa consultation pour la rédaction d'un testament puisqu'il avait déjà retenu ses services dans le passé. Il est dans l'intérêt de la justice d'y voir plus clair, mais comme le précise la Cour d'appel, ce sera au juge qui entendra l'affaire sur le fond de déterminer, ultimement, le poids qu'il accordera aux réponses du notaire Malus.

Bien qu'un notaire ne soit pas un « témoin expert » en la matière, en ce sens qu'il n'est pas un spécialiste pour apprécier l'aptitude d'un testateur ni pour certifier de façon absolue de l'absence ou de la présence de captation, son opinion peut certainement être utile.

D'une part, le notaire rencontre le testateur au moment où il souhaite rédiger son testament. Son appréciation de l'aptitude du testateur est donc, normalement, concomitante au moment de la signature du testament. Dans ce cas-ci, malgré le fait qu'aucun testament n'ait été signé devant le notaire Malus, sa rencontre avec le testateur était néanmoins contemporaine avec la signature du testament contesté.

D'autre part, lorsque le testateur était déjà un client du notaire, comme c'est le cas en l'espèce, le notaire a l'avantage de pouvoir comparer l'état général du testateur au moment du dernier testament avec sa condition lors de ses rencontres précédentes, de manière à pouvoir détecter certains changements. Enfin, comme la plupart des notaires prennent le soin de documenter leur dossier, il leur est généralement plus facile d'expliquer leur appréciation de l'aptitude du testateur lorsqu'on requiert leur opinion, souvent bien après le moment de la rédaction du testament, à la suite du décès du testateur¹¹.

CONCLUSION

Comme les tribunaux sont fréquemment en présence d'évaluations médicales et de témoignages contradictoires lorsqu'ils doivent apprécier la capacité d'un testateur décédé, le témoignage du notaire qui a reçu le testament ou, dans les cas comme celui de l'affaire *Tanzer*, le témoignage du notaire qui aurait refusé de recevoir le testament peut être déterminant pour la solution du litige. Nous croyons qu'il est à la fois dans l'intérêt du testateur et dans celui de la justice de disposer de tous les éléments utiles pour juger de la validité des dernières volontés du défunt.

* M^e Christine Morin est professeure titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés de l'Université Laval et notaire émérite.

¹. 2017 QCCA 1090, [EYB 2017-282181](#).

². *Ibid.*, par. 19.

³. *Ibid.*, par. 21.

⁴. RLRQ, c. C-26.

⁵. RLRQ, c. N-3.

⁶. RLRQ, c. N-3, r. 2.

⁷. *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [EYB 2016-266337](#).

⁸. *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, [EYB 1991-85679](#).

⁹. Par. 52 de la décision commentée.

¹⁰. Sur l'utilité de considérer les circonstances qui entourent la rédaction d'un testament pour apprécier l'aptitude du testateur, voir Christine MORIN, « La capacité de tester : tenants et aboutissants », (2011) 41 *R.G.D.* 143, par. 66 à 70.

¹¹. Voir également Christine MORIN, « Revue de jurisprudence 2015 en droit des successions », (2016) 118 *R. du N.* 25, [EYB2016RDN39](#).

Date de dépôt : 12 septembre 2017