COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

02-14-CA

THE ESTATE OF SAMUEL LEBOUTHILLIER (deceased), and PAMELA LEBOUTHILLIER, ADMINISTRATRIX OF THE ESTATE OF SAMUEL LEBOUTHILLIER

APPELLANTS

- and -

PHILIBERT LEBOUTHILLIER, EUCLIDE LEBOUTHILLIER, RÉJEAN LEBOUTHILLIER, DENIS LEBOUTHILLIER, and LISETTE LEBOUTHILLIER

RESPONDENTS

LA SUCCESSION DE SAMUEL LEBOUTHILLIER (personne décédée), et PAMELA LEBOUTHILLIER, administratrice de la succession de SAMUEL LEBOUTHILLIER

APPELANTES

- et -

PHILIBERT LEBOUTHILLIER, EUCLIDE LEBOUTHILLIER, RÉJEAN LEBOUTHILLIER, DENIS LEBOUTHILLIER, et LISETTE LEBOUTHILLIER

INTIMÉS

LeBouthillier v. LeBouthillier et al., 2014 NBCA 68

CORAM:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
December 9, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBQB 404

Appeal heard:
March 26, 2014
June 30, 2014

Judgment rendered:
November 20, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Quigg

LeBouthillier c. LeBouthillier et autres, 2014 NBCA 68

CORAM :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 9 décembre 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 404

Appel entendu :
le 26 mars 2014
le 30 juin 2014

Jugement rendu :
le 20 novembre 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Bell

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant Pamela LeBouthillier:
Rita Godin

For the respondents Philibert LeBouthillier and Lisette LeBouthillier:
No one appeared

For the respondents Euclide LeBouthillier, Réjean LeBouthillier and Denis LeBouthillier :
Appeared in person

THE COURT

The appeal is allowed in part. The monies in dispute in this case are divided as follows, pursuant to s. 22(2.1)(*b*) and s. 23 of the *Devolution of Estates Act*: one third to the appellant, Pamela LeBouthillier and two thirds to the children.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante Pamela LeBouthillier :
Rita Godin

Pour les intimés Philibert LeBouthillier et Lisette LeBouthillier :
personne n'a comparu

Pour les intimés Euclide LeBouthillier, Réjean LeBouthillier et Denis LeBouthillier :
ont comparu en personne

LA COUR

L'appel est accueilli en partie. L'argent, objet du litige en l'espèce, est réparti comme suit, en vertu de l'al. 22(2.1)*b*) et de l'art. 23 de la *Loi sur la dévolution des successions* : un tiers à l'appelante Pamela LeBouthillier et deux tiers aux enfants.

Le jugement de la Cour rendue par

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] M. Samuel LeBouthillier (Samuel), ancien combattant de la Seconde Guerre mondiale, est décédé le 19 février 2011 à l'âge de 96 ans. À son décès, son compte d'épargne à la Caisse populaire Acadie Ltée (la Caisse) affichait un solde de 521,68 $. Or, Samuel avait un niveau de vie assez élevé, puisqu'il disposait d'un revenu net d'environ 4 000 $ par mois et que ses dépenses mensuelles étaient bien moins élevées que son revenu. Si le compte de Samuel montre un solde peu élevé, c'est parce que quelques jours avant son décès, son fils Réjean LeBouthillier, qui était son fondé de pouvoir, a retiré du compte la somme de 91 492,83 $.

[2] Pamela LeBouthillier (Pamela), la veuve de Samuel, était âgée de 17 ans lorsque le couple s'est marié en 1945; à l'époque, Samuel était âgé de 32 ans. Le couple a eu huit enfants. Toutefois, compte tenu de la preuve présentée à la juge de première instance, il est évident que le mariage n'a pas toujours été heureux. À vrai dire, au cours des 15 années qui ont précédé 2004, leur vie de couple marié se limitait au fait de vivre sous le même toit. Durant cette période, Samuel et Pamela ont mené des vies distinctes. Pamela préparait ses propres repas, lavait ses propres vêtements et faisait ses propres courses. Samuel faisait de même. Chacun avait son propre réfrigérateur. Samuel avait même fait installer une serrure sur la porte de sa chambre. Et bien évidemment, les deux géraient leur argent séparément.

[3] En mai 2004, Pamela a obligé Samuel, qui était alors âgé de 90 ans, à quitter le foyer matrimonial. Le couple avait eu une dispute au cours de laquelle Samuel avait été blessé et la police avait dû enquêter. Après cet incident, Samuel a habité dans un foyer de Caraquet de 2004 à 2005, puis à Shippagan jusqu'en septembre 2006. De septembre 2006 jusqu'à sa dernière hospitalisation, Samuel demeurait au foyer pour

personnes âgées d'Inkerman. Selon Denis, un des fils du couple, Pamela a rendu visite à Samuel qu'une seule fois entre la date de son admission au foyer de Caraquet et la date de son décès en 2011. Cette seule visite a eu lieu à l'hôpital. Leur fils Denis décrit cette visite :

> [ORIGINAL]
> Que la requérante, suite au placement de mon père Samuel LeBouthillier aux foyers de soins, n'a jamais été le visiter, ne lui a jamais téléphoné et n'a jamais été en contact avec lui. La seule et unique fois que la requérante a été voir mon père Samuel LeBouthillier, c'est deux jours avant son décès lorsqu'il était dans le coma et ce, en compagnie de ma sœur, Gemma LeBouthillier et du conjoint de celle-ci Bruno Selosse, pour une durée maximale de 2 à 5 minutes. À cette occasion, j'y étais présent et mes frères Euclide et Réjean aussi.

[4] Denis LeBouthillier décrit également les rapports que ses parents ont entretenus pendant plus de 20 ans :

> [ORIGINAL]
> Que mon père n'a jamais voulu quitter sa résidence à St-Simon et qu'il avait sa propre chambre au rez-de-chaussée qu'il tenait fermé à clé afin d'éviter ma mère n'y pénètre.
> Que ma mère avait sa propre chambre au deuxième étage.
>
> Que mon père faisait sa propre nourriture et ne mangeait jamais à la table avec nous lorsque ma mère faisait des repas.
>
> Que mon père n'avait pas d'automobile mais ma mère par conséquent en possédait une. Jamais ma mère n'a laissé mon père monter dans son automobile pour qu'il aille faire ses affaires ou encore l'apporter voir le médecin.

[5] Un autre fils, Philibert LeBouthillier, décrit ainsi la relation entre ses parents :

> [ORIGINAL]
> Que mon père et ma mère, depuis au moins 1989, ne participait à aucune activité ensemble et lorsque nous allions manger chez mes parents avec ma conjointe ou mes

> enfants, mon père n'avait pas le droit de s'assoire et manger à la table la nourriture que ma mère avait préparé.

[6] Compte tenu de ces témoignages, il paraît évident que Pamela et Samuel ont géré leur vie, pendant plus de 20 ans, sans égard l'un pour l'autre. À l'inverse, Samuel était proche de ses enfants, et ce sont eux qui se sont occupés de lui et de ses affaires, tant personnelles que financières.

[7] Il n'est donc pas étonnant qu'en mai 2004 Samuel ait signé une procuration en faveur de l'un de ses fils, Euclide, qui est également avocat. En 2006, il a signé, à la Caisse et devant une employée de la Caisse, une seconde procuration en faveur de son fils, Réjean LeBouthillier (Réjean), sans pour autant annuler la première procuration datée de 2004. Or, en 1983, en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur les caisses populaires*, L.N.-B. 1992, ch. C-32.2 (ci-après, la *Loi*), Samuel avait signé une carte de désignation de bénéficiaire de compte en faveur de Pamela. Toutefois, sauf pour le personnel de la Caisse, personne ne connaissait le nom du bénéficiaire. Les paragraphes pertinents de l'art. 47 sont rédigés ainsi :

47(2) A member of a credit union may, by document, signed by the member, witnessed, and filed with the credit union, nominate a person to whom the member's interest in the credit union is to pass and vest upon the member's death.	47(2) Un membre d'une caisse populaire peut, au moyen d'un document revêtu de sa signature, attesté par témoin et déposé auprès de la caisse populaire, désigner une personne à laquelle sera transmis et dévolu l'intérêt qu'il a dans la caisse populaire à son décès.
47(3) The interest of the member referred to in subsection (2) shall, on the death of that member, pass and vest in the person so nominated as fully as though passed and vested during the lifetime of the member.	47(3) L'intérêt du membre visé au paragraphe (2) est, à son décès, transmis et dévolu à la personne désignée aussi complètement qu'il l'aurait été s'il lui avait été transmis et dévolu du vivant de ce membre.
47(4) A member of a credit union may vary or revoke a nomination made by the member under subsection (2) by a document, signed by the member, witnessed, and filed with the credit union.	47(4) Un membre d'une caisse populaire peut modifier ou révoquer toute désignation qu'il a faite en vertu du paragraphe (2) au moyen d'un document revêtu de sa signature, attesté par témoin, et déposé auprès de la caisse populaire.

[8] Depuis la date de sa signature, la carte désignant Pamela bénéficiaire du compte n'a fait l'objet d'aucune modification. Cependant, le 15 février 2011, ou vers cette date, quatre jours avant le décès de son père, Euclide s'est présenté à la Caisse en vue de nommer son frère, Réjean, bénéficiaire du compte. Euclide estimait que cette nouvelle nomination était conforme aux directives que son père lui avait données, ainsi qu'à Réjean, en 2004. Considérant l'incapacité de Samuel, Euclide prétendait que la procuration de 2004 lui conférait le pouvoir de changer le nom du bénéficiaire et de nommer Réjean. Après discussion à l'interne, la Caisse a refusé de reconnaître le changement de bénéficiaire et a fait déchirer la nouvelle carte. La Caisse soutenait que seul le membre de la Caisse qui était détenteur de l'intérêt pouvait modifier la désignation du bénéficiaire.

[9] Le 15 février 2011, considérant l'état de santé précaire de son père, Réjean a retiré 10 000 $ du compte de ce dernier afin d'acquitter les frais futurs des funérailles. Les 16 et 18 février 2011, peu de temps avant le décès de Samuel, Réjean a retiré 91 492,83 $ du compte. En avril 2011, par suite d'une motion *ex parte*, un juge a ordonné que Réjean remette l'argent retiré du compte de Samuel et a ordonné que le compte soit gelé jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée. Aucune décision définitive n'a été prise concernant le droit de Réjean de retirer l'argent du compte.

[10] En octobre 2012, la succession de Samuel a déposé un avis de requête en vertu du par. 22(2.1) de la *Loi sur la dévolution des successions*, L.R.N.-B. 1973, ch. D-9. Elle y demandait que Pamela soit déclarée propriétaire du foyer matrimonial, d'un terrain vacant enregistré au nom de Samuel, ainsi que de « toute somme qui est présentement dans le compte de banque de Samuel LeBouthillier […] ». Les parties se sont entendues sur les deux premiers points. Le dernier point, à savoir à qui revenait l'argent du compte se trouvant à la Caisse, a été débattu à l'audience.

[11] La juge a déterminé que deux questions se posaient :

1. Est-ce que la Caisse aurait dû remplacer la carte de désignation de bénéficiaire de Samuel par celle d'Euclide, le fondé de pouvoir? (Afin de répondre à cette question, la juge a dû interpréter le mot « membre » figurant au par. 47(4) de la *Loi* et décider quelles conséquences résultaient du fait que la Caisse avait déchiré la carte fournie par Euclide).

2. Est-ce que Réjean, comme fondé de pouvoir et mandataire à l'égard du compte, avait le droit de retirer 91 492,83 $ du compte avant le décès de Samuel et de distribuer les fonds selon les directives de Samuel?

II. Décision de la Cour du Banc de la Reine

[12] La juge de première instance n'a tranché que la première question. Elle a conclu qu'Euclide, comme fondé de pouvoir, est devenu « membre » de la Caisse à la place de Samuel, aux fins du par. 47(4) de la *Loi*. Ainsi, il pouvait exiger de la Caisse qu'elle modifie le nom du bénéficiaire du compte, du vivant de Samuel. Elle a jugé que la carte de désignation de bénéficiaire n'était pas un instrument testamentaire, ni un document qui avait des effets testamentaires au même titre qu'une police d'assurance-vie. Selon la juge de première instance, la Caisse a eu tort de rejeter et de déchirer la nouvelle carte déposée par Euclide. Finalement, elle a conclu que la nouvelle carte signée par Euclide a eu pour effet de « révoquer » la carte signée par Samuel en 1983. Selon elle, les fonds devaient être distribués en fonction de la carte de désignation fournie par Euclide à la Caisse, c'est-à-dire à Réjean en fiducie pour lui-même et pour ses frères et sœurs. Étant donné que la carte de bénéficiaire signée en 1983 a été révoquée par celle signée par Euclide en 2011, la juge a conclu que Pamela n'avait aucun droit à l'argent dans le compte de Samuel.

[13] Selon la succession, les questions soumises à la juge de première instance ne se limitaient pas au pouvoir d'Euclide de signer ou non une nouvelle carte de désignation de bénéficiaire. La succession contestait aussi la capacité de Samuel de signer, en 2006, la procuration nommant Réjean son fondé de pouvoir et prétendait que ce dernier avait « outrepassé son pouvoir » en retirant la grande partie de l'argent du

compte en février 2011. Compte tenu de sa décision relative aux pouvoirs d'Euclide, la juge a conclu que « la procuration avec la Caisse en 2006 n'est plus en question ». Ainsi, elle n'a pas examiné la question de savoir si Réjean avait effectivement le pouvoir de retirer l'argent.

III. Analyse

A. *La succession et Euclide*

[14] La juge de première instance a décidé de reconnaître à Euclide le droit de remplir la carte de désignation de bénéficiaire, de changer le nom du bénéficiaire du compte et de révoquer la carte de désignation de bénéficiaire remplie en 1983. Voici comment elle a expliqué sa decision :

> [ORIGINAL]
> Étant donné qu'Euclide LeBouthillier, comme procureur, avait exactement les mêmes droits que son père, il était effectivement le membre, selon l'article 47. […] Euclide LeBouthillier, comme procureur de son père, est devenu le 'membre' en vertu de l'article 47(2) de la loi. […] En l'espèce quand 'le membre' a changé la carte bénéficiaire pour nominer Réjean LeBouthillier en fiducie pour les huit enfants de Samuel LeBouthillier, la carte bénéficiaire antérieure de 1983 était révoquée. [par. 26]

[15] Je suis d'avis que la juge de première instance a commis plusieurs erreurs dans son analyse. Premièrement, l'art. 60 de la *Loi* désigne qui peut être membre d'une caisse populaire, à savoir ses fondateurs et les personnes dont la demande d'adhésion est acceptée par la caisse populaire. En l'espèce, aucune preuve ne démontre que la procuration obtenue par Euclide lui conférait le titre de membre de la Caisse en remplacement de son père. Quoi qu'il en soit, selon le par. 47(4) de la *Loi*, seul Samuel pouvait modifier ou révoquer la désignation faite en 1983.

[16] Deuxièmement, je ne partage pas l'opinion de la juge de première instance selon laquelle Euclide, en tant que fondé de pouvoir de son père, avait exactement les

mêmes droits que celui-ci**.** En effet, par exemple, en l'absence d'une mesure législative ou d'une entente spéciale, un fondé de pouvoir ne peut pas rédiger un testament ou exercer un pouvoir discrétionnaire au nom du donateur. Il ne peut non plus purger une peine carcérale ni, en sa qualité de fiduciaire, exercer les pouvoirs ou agir au nom du donateur. Voir *Desharnais c. Toronto Dominion Bank*, 2001 BCSC 1695, [2001] B.C.J. No. 2547 (QL), au par. 28, modifié à 2002 BCCA 640, [2002] B.C.J. No. 2633 (QL). Voir aussi *Houston c. Houston*, 2012 BCCA 300, [2012] B.C.J. No. 1370 (QL), au par. 49, où la Cour observe qu'un fondé de pouvoir ne peut pas signer un testament pour le donateur et cite la décision *Chichester Diocesan Fund and Board of Finance Inc. c. Simpson*, [1944] A.C. 341 (Ch. des Lords).

[17] Enfin, notre Cour a eu l'occasion d'examiner la question de la nature testamentaire des cartes de désignation de bénéficiaire dans l'arrêt *Goguen (Succession) c. Hachey*, 2012 NBCA 56, 392 R.N.-B. (2e) 114. Dans cette décision, la Cour a souligné les deux caractéristiques importantes d'une donation de nature testamentaire. Premièrement, le par. 47(3) de la *Loi* prévoit que l'intérêt du membre est, à son décès, transmis et dévolu à la personne désignée. Deuxièmement, le par. 47(4) prévoit que la personne qui effectue une désignation peut modifier celle-ci de son vivant. Selon moi, la *Loi* constitue un code complet en ce qui a trait à la désignation d'un bénéficiaire. Voir *Tower et autres c. Estabrooks et autre*, 2012 NBCA 27, 384 R.N.-B. (2e) 389, au par. 22, autorisation de pourvoi refusée à [2012] C.S.C.R. no 215 (QL). Par conséquent, je suis d'avis qu'Euclide, comme fondé de pouvoir de Samuel, n'avait pas le droit de modifier ou de révoquer la désignation faite en 1983.

B. *La succession et Réjean*

[18] Comme je l'ai déjà indiqué, la juge de première instance n'a pas répondu à la question de savoir si Réjean avait, en vertu de la procuration de 2006 le nommant fondé de pouvoir de Samuel, l'autorité de retirer l'argent du compte. Les parties n'ont commenté que brièvement cette question devant nous. Nous leur avons donc proposé de déposer des mémoires supplémentaires sur cette question, plutôt que de comparaître à

nouveau pour présenter leurs arguments. Le 30 juin 2014, Euclide et la succession de Samuel LeBouthillier, après le dépôt de leurs mémoires supplémentaires, ont comparu devant nous pour débattre de cette question. Au début de l'audience, et à la suite des observations des parties, nous avons ordonné que l'intitulé de cause soit modifié pour nommer seulement Philibert, Euclide, Réjean, Denis et Lisette LeBouthillier comme intimés parce que certaines personnes nommées dans l'intitulé de la Cour d'appel n'étaient pas parties devant la Cour du Banc de la Reine. Puisqu'en première instance, la requête a été plaidée sur le fondement d'affidavits surtout, notre Cour se considère aussi bien placée que la Cour du Banc de la Reine pour trancher la question en litige. Nous avons alors décidé de rendre un jugement sur les questions que la juge de première instance aurait dû trancher, plutôt que de lui renvoyer l'affaire. Voir la règle 62.21(1) des *Règles de procédure*.

[19] La capacité mentale de Samuel, lorsqu'il a signé la procuration en faveur de Réjean le 27 mars 2006, n'est pas sérieusement mise en doute. Au paragraphe 10 de sa décision, la juge de première instance a fait remarquer que, selon Euclide, en 2005 et 2006, Samuel avait toujours la capacité de dicter ses directives et de prendre ses propres décisions. Dans son affidavit, Pamela a affirmé que Samuel a quitté le foyer matrimonial le 3 janvier 2006 en raison « d'un début de démence ». Dans son affidavit, Denis LeBouthillier a affirmé que c'était seulement « suivant le transfert de [son] père au foyer d'Inkerman qu'il a commencé à ne plus être apte à gérer ses affaires ». Je ferais remarquer que ce transfert au foyer d'Inkerman s'est déroulé en septembre 2006, approximativement 6 mois après la signature de la procuration en faveur de Réjean. Qui plus est, il n'a été présenté aucun élément de preuve médicale qui suscite un doute quant à la capacité mentale de Samuel en mars 2006.

[20] Or, il existe une présomption réfutable selon laquelle le donateur est considéré sain d'esprit au moment de la donation : *Vout c. Hay*, [1995] 2 R.C.S. 876, [1995] A.C.S. n° 58 (QL). En l'espèce, la preuve de la succession n'est pas suffisante pour réfuter la présomption selon laquelle Samuel avait la capacité juridique de signer la

procuration en faveur de Réjean en mars 2006. Je conclus que Samuel avait la capacité mentale de signer la procuration nommant son fils fondé de pouvoir.

[21] Cette procuration confère à Réjean l'autorité d'agir au nom de Samuel à l'égard de tout compte d'épargne à la Caisse. Par exemple, cette procuration donne à Réjean l'autorité de « retirer par ordre de paiement, reçu ou autrement, en tout ou en partie, les sommes » qui sont déposées dans le compte. Par souci de précision, et sans limiter la généralité de ce qui précède, j'ajoute que Réjean avait l'autorité d'endosser tout chèque ou ordre de paiement ou d'en recevoir le paiement et même de fermer le compte. De plus, la procuration indique que l'autorité du mandataire est suffisante pour « permettre la gestion efficace et compétente de son folio advenant » l'incapacité mentale de Samuel.

[22] Les intimés ne contestent pas le fait que Samuel souffrait d'incapacité mentale au moment où Réjean a retiré l'argent du compte à la Caisse, les 16 et 18 février 2011. Il faut alors se poser la question de savoir si la procuration a survécu à l'incapacité de Samuel. Le par. 58.2(1) de la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-19, est rédigé ainsi :

58.2(1) The authority conferred upon a donee by a power of attorney is not terminated where the donor suffers from mental incompetence after the creation of the power of attorney if the power of attorney	**58.2**(1) Le pouvoir conféré à un donataire au moyen d'une procuration ne prend pas fin si le donateur souffre d'incapacité mentale après la création de la procuration si celle-ci
(*a*) contains a provision that expressly allows it to be exercised during such incompetence,	*a*) renferme une disposition permettant expressément de l'exercer pendant cette incapacité,
(*b*) is signed by the donor, or signed in the name of the donor by another person in the presence and at the direction of the donor, and	*b*) est signée par le donateur, ou signée au nom du donateur par une autre personne en présence et selon les instructions du donateur, et
(*c*) is witnessed by an adult person other than the donee.	*c*) est attestée par une personne adulte autre que le donataire.

[23] Dans les circonstances, il est évident que les trois conditions préalables à la « survie » de la procuration à l'incapacité de Samuel sont remplies : il y a une disposition permettant à Réjean d'exercer les pouvoirs conférés par la procuration pendant l'incapacité de Samuel; Samuel a signé la procuration; et, enfin, le document a été attesté par Diane Mallet, employée de la Caisse.

[24] À la lumière du libellé de la procuration et de la preuve qui démontre que Samuel avait la capacité mentale de signer la procuration, j'estime que Réjean avait le droit de retirer les fonds du compte de Samuel. Cette conclusion ne permet pas pour autant de clore le débat. En effet, pour conclure de manière définitive que Réjean avait l'autorité de retirer l'argent du compte de son père, la Cour doit juger qu'il a retiré les fonds dans l'intérêt supérieur de Samuel.

[25] Lorsque Réjean a retiré l'argent, il avait une obligation fiduciale à l'égard de son père, Samuel. Dans l'arrêt *Egli c. Egli*, 2004 BCSC 529, [2004] B.C.J. No. 796 (QL), confirmé en 2005 par la Cour d'appel, 2005 BCCA 627, [2005] B.C.J. No. 2741 (QL), la Cour a conclu : [TRADUCTION] « […] il est reconnu que lorsqu'il y a procuration, il y a relation fiduciale entre le fondé de pouvoir et l'auteur de pouvoir » (par. 76). Voir aussi *Houston c. Houston*, 2012 BCCA 300, [2012] B.C.J. No. 1370 (QL), au par. 23, et *Mollot c. Mollot*, 2007 ABCA 183, [2007] A.J. No. 583 (QL). Dans son ouvrage intitulé *Guide to Powers of Attorney* (Aurora, Ontario : Canada Law Book, 2002) aux pages 6 et 7, l'auteure Jasmine Sweatman nous conseille ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> […] si le fondé de pouvoir agit en vertu de la procuration, il est réputé agir en tant que fiduciaire, et il doit agir de bonne foi au profit du concédant. De ce fait, en plus des obligations prescrites dans l'instrument, un fondé de pouvoir agissant en vertu d'une procuration doit s'acquitter des obligations normales d'un fiduciaire. En conséquence, bien que les devoirs fiduciaux des mandataires, des fondés de pouvoir et des fiduciaires diffèrent en intensité, ils sont essentiellement identiques.
>
> […]

> Il s'ensuit que la relation entre auteur de pouvoir et fondé de pouvoir est maintenant reconnue et codifiée comme étant de nature fiduciale. [p. 6 et 7]

[26] Dès lors que Samuel fut frappé d'incapacité, Réjean avait la responsabilité d'agir dans le seul intérêt de son père et non plus dans son intérêt personnel ou dans celui d'autres personnes. Dans *Richardson Estate c. Mew*, 2009 ONCA 403, [2009] O.J. No. 1947 (QL) la Cour a statué ainsi :

> [TRADUCTION]
> Dans la décision *Banton*, le juge Cullity a déclaré que bien qu'un fondé de pouvoir agissant en vertu d'une procuration persistante soit toujours un fiduciaire, la portée des devoirs fiduciaux du fondé de pouvoir dépend de l'incapacité de l'auteur de pouvoir au moment de la transaction. Si l'auteur de pouvoir est frappé d'incapacité mentale, le rôle du fondé de pouvoir s'apparente à celui d'un fiduciaire. Sinon, la relation entre auteur de pouvoir et fondé de pouvoir ressemble à une relation de mandat. [par. 48]

[27] Après avoir retiré l'argent du compte, du vivant de Samuel, Réjean tenait l'argent en fiducie pour Samuel. En 2004, Samuel avait informé Euclide et Réjean, en présence de Denis et Gemma, qu'il voulait que son argent soit réparti entre ses enfants. La question qui se pose est celle de savoir si le fait d'avoir retiré l'argent du compte de Samuel, dans le but de le répartir entre les enfants, alors que ce dernier n'était pas encore décédé, était dans son intérêt supérieur. Dans les circonstances, la réponse est « oui ». En l'espèce, il semble évident que Samuel ne voulait pas que sa femme profite de la répartition de son argent. En effet, Samuel et Pamela avaient pris l'habitude, et cela depuis plus de 20 ans, de gérer leurs propres affaires et de ne pas s'immiscer dans celles de l'autre. Ainsi, je crois que, dans les circonstances, si l'intention de Réjean était de répartir l'argent selon le vœu de Samuel, il a agi dans l'intérêt supérieur de Samuel lorsqu'il a retiré l'argent du compte. De plus, je ne crois pas que cet acte ait constitué une violation de l'obligation qu'avait Réjean à l'égard de son père, d'agir dans l'intérêt supérieur de celui-ci, sachant qu'il était alors âgé de 96 ans et qu'il était sur le point de mourir. Il n'avait plus besoin d'épargnes pour subvenir à ses besoins. Enfin, même si

Samuel avait survécu, il disposait d'un revenu mensuel beaucoup plus élevé que ses dépenses, ce qui lui aurait été amplement suffisant pour bien finir sa vie.

[28] Pour sa part, Euclide a soutenu qu'il a fourni à Réjean des directives selon lesquelles il devait distribuer l'argent non seulement entre ses frères et sœurs, mais aussi entre sa mère (Pamela) et les petits-enfants. Or, selon les souhaits qu'il a communiqués à Euclide et à Réjean en 2004, Samuel semblait vouloir limiter la répartition de son argent à ses seuls enfants; j'estime, par conséquent, que la directive d'Euclide est contraire à la volonté de Samuel et n'est pas dans l'intérêt supérieur de celui-ci. Cela dit, il n'y a pas de preuve que Réjean avait, au moment où il a retiré l'argent, l'intention de suivre les directives d'Euclide au lieu de celles de son père. Sans preuve du contraire, il existe une présomption selon laquelle Réjean avait l'intention d'agir dans l'intérêt supérieur de son père, c'est-à-dire de suivre ses directives pourvu que ses besoins soient comblés (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, aux par. 77 et 78).

[29] Quoi qu'il en soit, Réjean n'a pas réparti les 91 492,83 $ avant le décès de Samuel. En conséquence, au décès de Samuel, il ne détenait plus l'autorité légale nécessaire pour agir au nom de celui-ci. L'autorité d'un fondé de pouvoir prend fin au décès du donateur. Dans ces circonstances, l'application d'une fiducie constructoire s'impose, ce qui suppose que l'argent revienne à la succession de Samuel. Samuel étant décédé intestat, l'argent devra être réparti conformément à l'al. 22(2.1)*b*) et à l'art. 23 de la *Loi sur la dévolution des successions*, L.R.N.-B. 1973, ch. D-9. Ainsi, Pamela a droit à un tiers de l'argent et les enfants de Samuel se partageront les deux tiers qui restent.

[30] Dans les circonstances, si Réjean avait mal compris son obligation d'agir dans l'intérêt supérieur de son père, la décision serait la même. En effet, dans le cas qui nous occupe, Réjean aurait violé son obligation de fiduciaire. La réparation applicable en l'espèce a été précisée par la juge McLachlin dans l'arrêt *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S 217, [1997] A.C.S. n° 52 (QL). Dans cette affaire, la juge a conclu qu'une fiducie constructoire s'imposait en cas de violation d'une obligation fiduciale :

> Je conclus qu'au nom de la conscience, l'application de la fiducie par interprétation [fiducie constructoire] est reconnue au Canada tant pour sanctionner des conduites fautives tels la fraude et le manquement à un devoir de loyauté que pour remédier à l'enrichissement sans cause et à un appauvrissement correspondant. Bien qu'elle soit souvent imposée parce qu'il y a à la fois conduite fautive et enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation peut aussi être accordée pour l'un ou l'autre motif: lorsqu'il y a conduite fautive mais aucun enrichissement sans cause ni appauvrissement correspondant ou lorsqu'il y a enrichissement sans cause moralement inadmissible, en l'absence de conduite fautive, comme dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité […]. [par. 43]
>
> [Je souligne.]

En conséquence, si la Cour avait jugé que Réjean avait agi en violation des intérêts de son père, elle aurait conclu à l'existence d'une fiducie constructoire. Samuel étant décédé intestat, l'argent serait revenu à la succession de Samuel.

C. *La succession et Pamela*

[31] L'autre question qui se pose est celle de savoir si la carte de bénéficiaire du compte de la Caisse donne à Pamela le droit de réclamer que l'argent retiré par Réjean soit déposé à nouveau dans le compte. Les paragraphes 47(2) et (3) de la *Loi* sont clairs. La personne désignée par le membre d'une caisse populaire sera détentrice de l'argent au compte de la caisse au décès du membre. La carte stipule que l'intérêt de Samuel à la Caisse sera transféré « à [son] décès ». La carte de bénéficiaire ne donne donc aucun droit à l'argent dans le compte du vivant du propriétaire. L'argent au compte sera dévolu à la personne qui est nommée bénéficiaire au moment du décès du propriétaire du compte. Le donateur conserve ainsi le droit de disposer du compte jusqu'à son décès. Dans les circonstances, Réjean agissait au nom de Samuel et dans l'intérêt supérieur de celui-ci. Réjean ayant le plein droit de gérer le compte, même celui de le fermer, Pamela ne pouvait exiger que l'argent soit remis, ni avant ni après le décès de Samuel.

IV. Conclusion

[32] En vertu du par. 47(2) de la *Loi*, Pamela a droit aux 521,68 $ qui étaient dans le compte au décès de Samuel. Après le décès de Samuel, Réjean tenait 91 492,83 $ en fiducie constructoire pour le bénéfice de la succession de Samuel. Ce montant doit être réparti conformément à la *Loi sur la dévolution des successions*. J'ordonnerais que ce montant, après remboursement des dettes et paiement des impôts, soit réparti ainsi : un tiers à Pamela et deux tiers aux enfants. La preuve montre qu'après le décès de Samuel, d'autres montants ont été déposés dans le compte, notamment les intérêts et un paiement de 250 $ du ministère des Anciens combattants. J'ordonne que ces sommes additionnelles soient réparties dans une proportion d'un tiers à Pamela et de deux tiers aux enfants. Notre Cour se réserve la compétence de trancher n'importe quelle question relative à la répartition de l'argent prescrite par la présente décision.

[33] Dans les circonstances, aucuns dépens ne sont accordés.

English version of the decision of the Court delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction

[1] Samuel LeBouthillier (Samuel), a World War II veteran, passed away on February 19, 2011, at the age of 96. The balance of his savings account at the Caisse populaire Acadie Ltée (the Caisse) was $521.68 at the time of his death. However, Samuel had a fairly high standard of living, since he had a net income of approximately $4,000 per month and his monthly expenses fell far short of his income. The low balance of Samuel's account is actually due to the fact that several days before his death, Réjean LeBouthillier, his son and attorney, had withdrawn $91,492.83 from the account.

[2] Pamela LeBouthillier (Pamela), Samuel's widow, was 17 years old when they married in 1945; he was 32 at the time. They had eight children. However, considering the evidence presented to the trial judge, it is evident their marriage was not always a happy one. In fact, for about 15 years prior to 2004, their married life was limited to living under the same roof. During that period, Samuel and Pamela led separate lives. Pamela prepared her own meals, washed her own clothes and ran her own errands. Samuel did likewise. They each had their own refrigerator. Samuel even had a lock installed on his bedroom door. And, of course, they managed their money separately.

[3] In May 2004, Pamela forced Samuel, who was 90 at the time, out of the marital home. On that occasion, there was an altercation during which Samuel was injured resulting in a police investigation. After this incident, Samuel lived in a home in Caraquet from 2004 to 2005, and then in Shippagan until September 2006. He lived in the seniors' home in Inkerman from September 2006 until his final hospitalization. According to a son, Denis, Pamela visited Samuel only once in hospital between the date he moved into the home in Caraquet and the date of his death in 2011. Their son Denis describes that visit:

> [TRANSLATION]
> That after my father Samuel LeBouthillier was placed in the nursing homes, the applicant never went to visit him, never phoned him and was never in touch with him. The only time that the applicant went to see my father Samuel LeBouthillier was two days before he died, when he was in a coma; she was accompanied by my sister Gemma LeBouthillier and my sister's partner Bruno Selosse, and stayed for no more than two to five minutes. I was present on that occasion, as were my brothers Euclide and Réjean.

[4] Denis LeBouthillier also describes the relationship his parents had for over 20 years:

> [TRANSLATION]
> That my father never wanted to leave his home in Saint-Simon and that he had his own room on the ground floor, which he kept locked to prevent my mother from entering.
>
> That my mother had her own room on the second floor.
>
> That my father would make his own meals and would never eat at the table with us when my mother prepared meals.
>
> That my father did not have a car and, therefore, my mother did have one. My mother never let my father get into her car so that he could go do things or to take him to see the doctor.

[5] This is how another son, Philibert LeBouthillier, describes the relationship between his parents:

> [TRANSLATION]
> That from at least 1989 on, my father and mother engaged in no activities together, and when we went over to my parents' place to eat with my partner or children, my father was not allowed to sit at the table and eat the food that my mother had prepared.

[6] It seems clear from this testimony that Pamela and Samuel led their lives without regard to one another for over 20 years. Conversely, Samuel was close to his

children, and they are the ones who looked after him and his affairs, both personal and financial.

[7] It is not surprising that, as a result, Samuel would sign a power of attorney in May 2004, naming one of his sons as his attorney. That son, Euclide, is also a lawyer. In 2006, he signed a second power of attorney in favour of his son Réjean LeBouthillier (Réjean) at the Caisse and before a Caisse employee, without however cancelling the first power of attorney dating from 2004. In 1983, pursuant to s. 47 of the *Credit Unions Act*, S.N.B. 1992, c. C-32.2 (hereinafter the *Act*), Samuel signed an account beneficiary card nominating Pamela. However, no one but the staff of the Caisse knew the beneficiary's name. The relevant subsections of s. 47 read as follows:

47(2) A member of a credit union may, by document, signed by the member, witnessed, and filed with the credit union, nominate a person to whom the member's interest in the credit union is to pass and vest upon the member's death.	47(2) Un membre d'une caisse populaire peut, au moyen d'un document revêtu de sa signature, attesté par témoin et déposé auprès de la caisse populaire, désigner une personne à laquelle sera transmis et dévolu l'intérêt qu'il a dans la caisse populaire à son décès.
47(3) The interest of the member referred to in subsection (2) shall, on the death of that member, pass and vest in the person so nominated as fully as though passed and vested during the lifetime of the member.	47(3) L'intérêt du membre visé au paragraphe (2) est, à son décès, transmis et dévolu à la personne désignée aussi complètement qu'il l'aurait été s'il lui avait été transmis et dévolu du vivant de ce membre.
47(4) A member of a credit union may vary or revoke a nomination made by the member under subsection (2) by a document, signed by the member, witnessed, and filed with the credit union.	47(4) Un membre d'une caisse populaire peut modifier ou révoquer toute désignation qu'il a faite en vertu du paragraphe (2) au moyen d'un document revêtu de sa signature, attesté par témoin, et déposé auprès de la caisse populaire.

[8] The card nominating Pamela as beneficiary of the account has not been varied since the date it was signed. However, on or about February 15, 2011, four days before his father's death, Euclide went to the Caisse to name his brother Réjean as beneficiary of the account. Euclide considered this new nomination to be in line with the

instructions his father had given him and Réjean in 2004. Given Samuel's incompetence, Euclide contended that the 2004 power of attorney gave him the authority to change the name of the beneficiary and to nominate Réjean. After an internal discussion, the Caisse refused to recognize the change of beneficiary and had the new card torn up. The Caisse maintained that only the Caisse member who held the interest could vary the beneficiary nomination.

[9] On February 15, 2011, in light of his father's precarious health, Réjean withdrew $10,000 from his father's account in order to pay future funeral expenses. On February 16 and 18, 2011, shortly before Samuel died, Réjean withdrew $91,492.83 from the account. In April 2011, following an *ex parte* motion, a judge ordered that Réjean put back the money withdrawn from Samuel's account and that the account be frozen until the matter could be determined. No final decision was made concerning Réjean's right to withdraw the money from the account.

[10] In October 2012, Samuel's estate filed a Notice of Application under s. 22(2.1) of the *Devolution of Estates Act*, R.S.N.B. 1973, c. D-9. In it, the Estate sought to have Pamela declared the owner of the marital home, a vacant lot registered in Samuel's name and [TRANSLATION] "any amount that is currently in Samuel LeBouthillier's bank account […]". The parties reached an agreement on the first two points. The final point, namely who was entitled to the money in the account at the Caisse, was argued in court.

[11] The judge determined that the case raised two issues [TRANSLATION]:

> 1. Ought the Caisse to have replaced Samuel's beneficiary card with the attorney Euclide's? (In order to answer this question, the judge had to interpret the word "member" in s. 47(4) of the *Act* and decide the consequences of the fact that the Caisse had torn up the card provided by Euclide).

2. Was Réjean, as attorney and agent for the account, entitled to withdraw $91,492.83 from the account prior to Samuel's death and to distribute the funds according to Samuel's instructions?

II. Decision of the Court of Queen's Bench

[12] The trial judge dealt only with the first issue. She found that Euclide, as attorney, became the "member" of the Caisse in Samuel's place for the purposes of s. 47(4) of the *Act*. As such, he could require that the Caisse vary the name of the beneficiary of the account during Samuel's lifetime. She ruled that the beneficiary card was neither a testamentary instrument nor a document with testamentary effects in the same way as a life insurance policy. According to the trial judge, the Caisse was wrong to reject and tear up the new card filed by Euclide. Finally, she found that the new card signed by Euclide had the effect of "revoking" the card Samuel signed in 1983. In her view, the funds had to be distributed in accordance with the nomination card provided to the Caisse by Euclide, i.e., to Réjean in trust for himself and for his brothers and sisters. Since the beneficiary card signed in 1983 was revoked by the one signed by Euclide in 2011, the judge found that Pamela had no right to the money in Samuel's account.

[13] According to the Estate, the issues submitted to the trial judge were not confined to whether or not Euclide had authority to sign another beneficiary card. The Estate also challenged Samuel's competence to sign the 2006 power of attorney naming Réjean his attorney and claimed that Réjean had "exceeded his authority" by withdrawing most of the money from the account in February 2011. Considering her decision regarding Euclide's authority, the judge found that "the 2006 power of attorney pertaining to the funds at the Caisse is no longer in issue". That being the case, she did not address the issue as to whether Réjean actually had the authority to withdraw the funds.

III. Analysis

A. *The Estate and Euclide*

[14] The trial judge decided to recognize Euclide's right to fill out and vary the name of the beneficiary of the account and to revoke the nomination card dating from 1983. She explained:

> [TRANSLATION]
> Since Euclide LeBouthillier, as attorney, had the exact same rights as his father, he was in point of fact the member within the meaning of section 47. [...] Euclide LeBouthillier, as attorney acting on behalf of his father, became the "*member*" within the meaning of s. 47(2) of the *Act*. […] In the instant case, when the "*member*" changed the name on the beneficiary card to that of Réjean LeBouthillier in trust for Samuel LeBouthillier's eight children, the previous beneficiary card dating back to 1983 was revoked. [para. 26]

[15] I am of the opinion that the trial judge made several errors in her analysis. Firstly, s. 60 of the *Act* prescribes who may be members of a credit union, namely its incorporators and those persons whose applications for membership are accepted by the credit union. In this case, there is no evidence showing that the power of attorney obtained by Euclide gave him the status of member of the Caisse in lieu of his father. In any event, under s. 47(4) of the *Act*, only Samuel could vary or revoke the nomination made in 1983.

[16] Secondly, I do not share the trial judge's opinion that Euclide, as his father's attorney, had exactly the same rights as his father**.** For example, in the absence of a legislative provision or special agreement, an attorney cannot make a will or exercise a power of a discretionary nature given personally to a donor. An attorney also cannot serve a prison term or exercise the powers or act on behalf of the donor as trustee: *Desharnais v. Toronto Dominion Bank*, 2001 BCSC 1695, [2001] B.C.J. No. 2547 (QL), at para. 28, varied 2002 BCCA 640, [2002] B.C.J. No. 2633 (QL). See also *Houston v.*

Houston, 2012 BCCA 300, [2012] B.C.J. No. 1370 (QL), at para. 49, where the Court observes that an attorney cannot execute a last will and testament on behalf of the donor and cites the decision in *Chichester Diocesan Fund and Board of Finance Inc. v. Simpson*, [1944] A.C. 341 (H.L.).

[17] Finally, this Court had the opportunity to consider the issue of the testamentary nature of beneficiary cards in *Goguen (Estate of) v. Hachey*, 2012 NBCA 56, 392 N.B.R. (2d) 114. In that judgment, the Court highlighted the two important characteristics of a testamentary gift. Firstly, s. 47(3) of the *Act* provides that the interest of the member, on the death of that member, passes and vests in the person nominated. Secondly, s. 47(4) provides that the person who makes a nomination may vary it during his lifetime. In my view, the *Act* is a complete code with respect to the nomination of a beneficiary. See *Tower et al. v. Estabrooks et al.*, 2012 NBCA 27, 384 N.B.R. (2d) 389, at para. 22, leave to appeal refused [2012] S.C.C.A. No. 215 (QL). Accordingly, I am of the opinion that Euclide, as Samuel's attorney, did not have the right to vary or revoke the nomination made in 1983**.**

B. *The Estate and Réjean*

[18] As I have already indicated, the trial judge did not answer the question as to whether Réjean had the authority, under the 2006 Power of Attorney naming him Samuel's attorney, to withdraw the funds from the account. The parties only briefly commented on this issue before us. We, therefore, suggested that they file supplementary submissions on this issue, rather than appearing again to make their submissions. On June 30, 2014, after filing their supplementary submissions, Euclide and the estate of Samuel LeBouthillier appeared before us to argue this question. At the beginning of the hearing, and after the parties had made their submissions, we ordered that the style of cause be changed to name only Philibert, Euclide, Réjean, Denis and Lisette LeBouthillier as respondents because certain individuals named in the style of cause at the Court of Appeal were not parties before the Court of Queen's Bench. Because the Application at first instance was argued mainly on the basis of affidavits, this Court considers itself in

just as good a position as the Court of Queen's Bench to decide the issue. We have, therefore, decided to deliver a judgment on the issues that the trial judge ought to have determined, instead of referring the matter back to her. See Rule 62.21(1) of the *Rules of Court.*

[19] Samuel's mental competence at the time he signed the power of attorney in favour of Réjean on March 27, 2006, is not seriously in issue. In paragraph 10 of her decision, the trial judge pointed out that, according to Euclide, Samuel was still capable of dictating his instructions and making his own decisions in 2005 and 2006. In her affidavit, Pamela stated that Samuel left the marital home on January 3, 2006, owing to the [TRANSLATION] "onset of dementia". In his affidavit, Denis stated that it was only [TRANSLATION] "following [his] father's transfer to the home in Inkerman that he began to be unable to manage his affairs". I would point out that this transfer to the home in Inkerman took place in September 2006, approximately six months after the power of attorney in favour of Réjean was signed. Moreover, no medical evidence has been adduced that casts doubt on Samuel's mental competence in March 2006.

[20] There is a rebuttable presumption that the donor is considered to be of sound mind at the time of the donation: *Vout v. Hay*, [1995] 2 S.C.R. 876, [1995] S.C.J. No. 58 (QL). In the instant case, the Estate's evidence is not sufficient to rebut the presumption that Samuel had the legal capacity to sign the power of attorney in favour of Réjean in March 2006. I find that Samuel had the mental competence to sign the power of attorney naming his son as attorney.

[21] The power of attorney gives Réjean the authority to act on Samuel's behalf with respect to any savings account at the Caisse. For example, the power of attorney gives Réjean the authority to [TRANSLATION] "withdraw by payment order, receipt or otherwise, in whole or in part, the funds" deposited into the account. For the sake of clarity, and without limiting the generality of the foregoing, I would add that Réjean had the authority to endorse any cheque or payment order, or to receive payment for the same, and even to close the account. Moreover, the power of attorney indicates that the

agent's authority is sufficient to [TRANSLATION] "allow the efficient and competent management of his folio in the event of" Samuel's mental incompetence.

[22] The respondents do not dispute the fact that Samuel was mentally incompetent at the time Réjean withdrew the money from the account at the Caisse on February 16 and 18, 2011. One, therefore, has to wonder whether the power of attorney survived Samuel's incompetence. Subsection 58.2(1) of the *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19, reads as follows:

58.2(1) The authority conferred upon a donee by a power of attorney is not terminated where the donor suffers from mental incompetence after the creation of the power of attorney if the power of attorney	**58.2**(1) Le pouvoir conféré à un donataire au moyen d'une procuration ne prend pas fin si le donateur souffre d'incapacité mentale après la création de la procuration si celle-ci
(*a*) contains a provision that expressly allows it to be exercised during such incompetence,	*a*) renferme une disposition permettant expressément de l'exercer pendant cette incapacité,
(*b*) is signed by the donor, or signed in the name of the donor by another person in the presence and at the direction of the donor, and	*b*) est signée par le donateur, ou signée au nom du donateur par une autre personne en présence et selon les instructions du donateur, et
(*c*) is witnessed by an adult person other than the donee.	*c*) est attestée par une personne adulte autre que le donataire.

[23] Under the circumstances, the three prerequisites for the power of attorney's "survival" of Samuel's incompetence have clearly been met: there is a provision allowing Réjean to exercise the authority conferred by the power of attorney during Samuel's incompetence; Samuel signed the power of attorney; and, finally, the document was witnessed by Diane Mallet, a Caisse employee.

[24] In light of the wording of the power of attorney and of the evidence showing that Samuel was mentally competent to sign the power of attorney, I am of the view that Réjean was entitled to withdraw the funds from Samuel's account. This finding,

however, does not necessarily put the matter to rest. Indeed, in order to definitively conclude that Réjean had the authority to withdraw the money from his father's account, the Court has to determine that he withdrew the funds in Samuel's best interests.

[25] Réjean had a fiduciary duty to his father Samuel when he withdrew the money. In *Egli v. Egli*, 2004 BCSC 529, [2004] B.C.J. No. 796 (QL), upheld by the Court of Appeal in 2005, 2005 BCCA 627, [2005] B.C.J. No. 2741 (QL), the Court held that "[…] it is taken as a given that where there is a power of attorney, there exists a fiduciary relationship between the attorney and the donor" (para. 76). See also *Houston v. Houston*, 2012 BCCA 300, [2012] B.C.J. No. 1370 (QL), at para. 23, and *Mollot v. Mollot*, 2007 ABCA 183, [2007] A.J. No. 583 (QL). In *Guide to Powers of Attorney* (Aurora, Ontario: Canada Law Book, 2002) at pages 6 and 7, author Jasmine Sweatman advises as follows:

> […] if the attorney does act under the power of attorney he or she is seen as acting as a fiduciary and must act in good faith for the benefit of the grantor. As such, in addition to the duties expressed in the instrument, an attorney acting under a power of attorney faces the common duties of a fiduciary. Therefore, although the fiduciary duties of agents, attorneys and trustees vary in intensity, they are essentially the same.
>
> […]
>
> The relationship between donor and attorney is therefore now recognized and codified as being fiduciary in nature. [pages 6 and 7]

[26] As soon as Samuel became incompetent, Réjean had a responsibility to act solely in the interests of his father and not in his own personal interests or in the interests of others. In *Richardson Estate v. Mew*, 2009 ONCA 403, [2009] O.J. No. 1947 (QL), the Court ruled as follows:

> In *Banton*, Cullity J. held that while an attorney acting under a continuing power of attorney is always a fiduciary, the scope of the attorney's fiduciary duties depends on whether the donor of the power is incapable at the time of the transaction. If the donor is mentally incapable, the

> attorney's position approaches that of a trustee. If not, the relationship between donor and attorney is similar to one of agency. [para. 48]

[27] After withdrawing the money from the account during Samuel's lifetime, Réjean held the money in trust for Samuel. In 2004, Samuel had advised Euclide and Réjean, in the presence of Denis and Gemma, that he wanted his money to be divided among his children. The question that arises is whether the fact of withdrawing the money from Samuel's account for the purpose of dividing it between the children, when Samuel was still alive, was in his best interests. Under the circumstances, the answer is "yes". In this case, it seems clear that Samuel did not want his wife to profit from the distribution of his money. Indeed, Samuel and Pamela had gotten into the habit, for over 20 years, of managing their own affairs and of not interfering in the other's affairs. That being the case, I believe that, under the circumstances, if Réjean's intention was to distribute the money according to Samuel's wishes, he was acting in Samuel's best interests when he withdrew the money from the account. Moreover, I do not believe that this act was a breach of Réjean's duty to his father to act in his father's best interests, knowing that he was 96 years old at the time and about to die. He no longer needed savings to meet his needs. Finally, even if Samuel had survived, he had a monthly income that far exceeded his expenses, which would have been plenty for him to live out his days in comfort.

[28] Euclide, for his part, maintained that he instructed Réjean to distribute the money not only among his brothers and sisters, but also among his mother (Pamela) and the grandchildren. Yet, based on the wishes he expressed to Euclide and Réjean in 2004, Samuel seemed to want to limit the distribution of his money to his children alone; as a result, Euclide's instruction is, in my view, contrary to Samuel's wishes and not in his best interests. Having said that, there is no evidence that Réjean intended to follow Euclide's instructions instead of his father's when he withdrew the money. Without evidence to the contrary, there is a presumption that Réjean intended to act in his father's best interests, i.e., to follow his instructions provided that his needs were met (*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at paras. 77 and 78).

[29] In any event, Réjean did not distribute the $91,492.83 before Samuel died. As a result, upon Samuel's death, he no longer had the legal authority required to act on Samuel's behalf. An attorney's authority terminates upon the death of the donor. Under the circumstances, a constructive trust has to be applied, which implies that the money reverts to Samuel's estate. Since Samuel died intestate, the money will have to be distributed in accordance with s. 22(2.1)(*b*) and s. 23 of the *Devolution of Estates Act*, R.S.N.B. 1973, c. D-9. Pamela is, therefore, entitled to one third of the money and Samuel's children will share the remaining two thirds.

[30] Under the circumstances, the decision would be the same even if Réjean had misunderstood his duty to act in his father's best interests. In fact, in the case before us, Réjean would have breached his fiduciary duty. The applicable remedy in this case was set out by McLachlin, J. in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R 217, [1997] S.C.J. No. 52 (QL). In that case, the judge found that a constructive trust should be imposed where a fiduciary duty has been breached:

> I conclude that in Canada, under the broad umbrella of good conscience, <u>constructive trusts are recognized both for wrongful acts like fraud and breach of duty of loyalty, as well as to remedy unjust enrichment and corresponding deprivation.</u> While cases often involve both a wrongful act and unjust enrichment, constructive trusts may be imposed on either ground: where there is a wrongful act but no unjust enrichment and corresponding deprivation; or where there is an unconscionable unjust enrichment in the absence of a wrongful act, as in *Pettkus v. Becker*, *supra* […]. [para. 43]
>
> [Emphasis added.]

Accordingly, if the Court had found that Réjean had acted contrary to his father's interests, it would have recognized a constructive trust. Since Samuel died intestate, the money would have reverted to Samuel's estate.

C. *The Estate and Pamela*

[31] The other question that arises is whether the beneficiary card for the account at the Caisse entitles Pamela to ask that the money withdrawn by Réjean be re-deposited into the account. Subsections 47(2) and (3) of the *Act* are clear. The money in a credit union account upon the member's death will pass to the person nominated by the member of the credit union. The card stipulates that Samuel's interest in the Caisse will be transferred [TRANSLATION] "upon [his] death". The beneficiary card, therefore, creates no entitlement to the money in the account during the holder's lifetime. The money in the account will vest in the person named as beneficiary at the time of the account holder's death. The donor, therefore, retains the right to dispose of the account until his death. Under the circumstances, Réjean was acting on behalf of Samuel and in his best interests. Since Réjean had full authority to manage the account and even to close it, Pamela could not demand that the money be put back, either before or after Samuel's death.

IV. Conclusion

[32] Under s. 47(2) of the *Act*, Pamela is entitled to the $521.68 that was in the account at the time of Samuel's death. After Samuel's death, Réjean held $91,492.83 in a constructive trust for Samuel's estate. This amount has to be distributed in accordance with the *Devolution of Estates Act*. I would order that this amount, after any debts are repaid and taxes paid, be distributed as follows: one third to Pamela and two thirds to the children. The evidence shows that further sums were deposited into the account after Samuel's death, namely interest and one $250 payment from the Department of Veterans Affairs. I order that these additional funds be distributed in a proportion of one third to Pamela and two thirds to the children. This Court maintains jurisdiction to determine any issue relating to the distribution of the money as directed in this decision.

[33] Under the circumstances, no costs are awarded.