

UN SEMINAIRE NATIONAL SUR
LA RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE

EN MATIERE DE RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE LES TRIBUNAUX
ONT-ILS ETE TROP SEVERES A L'EGARD DES AVOCATS

COMMENTAIRE

DU

PROFESSEUR ANDRE POUPART

SUR

A LAWYERS LIABILITY FOR NEGLIGENCE

CARE IS NOT ENOUGH

PAR

KEITH R. HAMILTON

VANCOUVER
31 octobre 1986

Les expressions

"Homme de loi de compétence ordinaire"

(Legault c. Thiffault, [1976] C.A. 729.)

"Praticien de compétence moyenne" et "Diligence ordinairement requise d'un praticien de compétence moyenne"

(Harris c. Quain, [1977] C.A. 588.)

ne visent qu'à adapter au contexte spécifique de la responsabilité professionnelle de l'avocat, l'obligation faite au mandataire d'agir "avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille".

Si le critère demeure le même, l'interprétation et l'application qu'en font les tribunaux sont de plus en plus rigoureuses. Je crois cette évolution heureuse et ne peux donc partager l'inquiétude de Lord Denning que M. Hamilton fait sienne quant au caractère excessif des obligations professionnelles imposées aux avocats.

Même s'il est acquis que l'avocat n'a qu'une obligation de moyen envers ses clients, il m'apparaît que dans certains secteurs d'activités il est, en fait, soumis à des exigences qui se rapprochent sensiblement d'une obligation de résultat. Par ailleurs, bien que je sois favorable à l'imposition de standards de compétence élevés pour les avocats, il

m'apparaît parfois bien difficile de déterminer les critères pour établir cette norme abstraite.

I. L'avocat soumis à une obligation de "résultat"

Il existe, à titre d'exemple, au moins trois domaines où l'avocat serait, somme toute, soumis à une obligation de résultat: en matière de prescription, en matière immobilière et enfin en matière de conflit d'intérêts, cette exigence se retrouvant quelque soit le champ d'exercice.

A. La prescription

Il apparaît acquis qu'un procureur qui laisse prescrire un recours pour lequel il a obtenu un mandat devient presque automatiquement responsable du dommage qui en résulte pour son client (Hamlet c. Lefebvre, [1976] C.S. 185; Lacoursière c. Laplante, [1976] C.A. 433; Leclerc c. Pépin, [1976] C.S. 1398). En fait, la responsabilité du procureur semble encore plus étendue. Les tribunaux ont même fait une obligation à un procureur, en l'absence d'un mandat spécifique, de protéger les intérêts de son client par le dépôt d'une action en justice pour interrompre la prescription (Harvath c. Sullivan, (C.S.), J.E. 79-91). Cette opinion ne semble d'ailleurs pas incompatible avec les propos du Juge Pigeon dissident il est vrai, dans l'affaire Smith et al. c. McInnis et al., [1978] 2 R.C.S. 1357:

"... A mon avis, le délai à respecter pour présenter les preuves du sinistre, tout aussi bien que leur contenu, est un point sur lequel Me Matthews devait donner des conseils sans que la question lui soit précisément posée.

... Même si l'on estime que le conseil demandé se limitait aux preuves du sinistre, la date limite de leur dépôt constitue autant que leur contenu un élément essentiel qui devait être signalé.

... Puisque Me Meehan s'est rendu compte plus de six mois après l'incendie qu'il ne savait vraiment pas comment procéder et a alors demandé les conseils d'un professionnel d'expérience, ce dernier ne me paraît pas recevable à répondre: Je vous ai dit quoi faire parce que c'est ce que vous m'avez demandé; je ne vous ai pas dit quand le faire parce que vous ne me l'avez pas demandé."

Toutefois, lorsque le client informé spécifiquement par son procureur du risque de prescription refuse de donner le mandat approprié, le procureur n'a pas le devoir d'insister (Chartrand-Rioux, c. Hamel, J.E. 78-481 (C.A.)). Le client est alors victime de sa propre inaction.

B. En matière immobilière et hypothécaire

Les cocontractants dans une transaction immobilière ont deux exigences fondamentales envers le professionnel dont ils ont retenu les services. L'acheteur veut être assuré qu'il est bien propriétaire de l'immeuble dont il fait l'acquisition, c'est-à-dire que ses titres de propriété sont clairs et, éventuellement, le créancier hypothécaire veut s'assurer de la validité de son droit sur la propriété.

En cette matière, le professionnel se présente, c'est du moins

le cas des notaires au Québec, comme des spécialistes du droit immobilier. On peut donc avoir envers ces spécialistes des exigences particulièrement élevées. Pour sa part, le client a des attentes très précises: un titre de propriété clair ou une hypothèque valide du rang convenu.

Ces exigences constituent le motif essentiel pour lequel les services du professionnel ont été retenus: les moyens à mettre en oeuvre demeurent à la discrétion de l'homme de loi mais celui-ci doit s'assurer de l'obtention du résultat. En ce sens la décision de Polischuk et al. c. Hagarty, (1984) 49 O.R. (2d) 71 m'apparaît justifiée. Si Maître Hagarty pouvait convenir d'un partage des tâches avec Me Mitches, il demeurerait responsable du dossier et devait faire en sorte que toutes les mesures soient prises pour assurer la protection des intérêts de son client. La décision récente de la Cour suprême du Canada dans Central Trust Company c. Rafuse et Cordon (le 9 octobre 1986) confirme la rigueur des exigences imposées aux juristes en matière immobilière.

La décision du Conseil privé dans Edward Wong Finance Co Ltd c. Johnson Stokes and Master (A Firm), [1984] 2 WLR 1 (P.C.) me semble par ailleurs plus difficilement acceptable. En effet, si l'avocat pouvait entrevoir les risques inhérents à la procédure suivie, il m'apparaît que le demandeur, un prêteur spécialisé, devait connaître la pratique suivie par les avocats de Hong Kong et quelque'en soit les risques, elle faisait partie des conditions implicites du contrat intervenu entre le prêteur et son procureur. En d'autres termes, le prêteur spécialisé

ne s'attendait pas au moment du prêt à ce que son avocat procède d'une façon différente de celle qui était généralement suivie par les avocats compétents et diligents de Hong Kong.

Dans cette perspective, la décision de la Cour supérieure du Québec dans Tri-State Investments Co Ltd c. Luigi Albanese, [1978] C.S. 312 est difficilement acceptable. En effet, le rôle du notaire ne peut se limiter à conférer un caractère d'authenticité aux conventions des parties sans assurer en même temps leur efficacité. Le client ne consulte pas le notaire pour avoir à sa disposition des actes marqués de la formalité de l'authenticité mais pour s'assurer de l'efficacité des transactions. Voilà le véritable mandat du notaire pour le client qui le consulte. Comment admettre dans ces conditions que le notaire n'a pas le mandat implicite de procéder à l'enregistrement de l'acte qui acquiert ainsi sa pleine efficacité? La doctrine et la jurisprudence sur lesquelles s'appuie cette décision ne correspondent plus à l'évolution des mœurs et aux obligations imposées aux professionnels. Le notaire doit être conscient de l'attente de ses clients et des risques qu'il fait courir à leur patrimoine en n'enregistrant pas les actes qu'il reçoit.

Voilà deux secteurs particuliers, la prescription et le droit immobilier et hypothécaire, où l'avocat et le notaire semblent avoir une obligation très stricte. Il est par ailleurs un comportement qui doit inspirer tous les actes de l'avocat: l'intégrité. L'avocat ne doit pas tolérer les situations de conflit d'intérêts.

C. Les conflits d'intérêts

Même l'avocat le plus compétent risque fort, s'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, de rendre de mauvais services à son client (Association du Barreau canadien, Code de déontologie professionnelle, 1974). Le public reconnaît qu'il existe des avocats plus compétents que d'autres, mais je ne crois pas qu'il admette quelque concession que ce soit au plan de l'intégrité.

A la question qui nous est posée ce matin "En matière de responsabilité professionnelle, les tribunaux ont-ils été trop sévères à l'égard des avocats?", je répondrais un non catégorique pour toutes les situations où l'avocat s'est placé en situation de conflit d'intérêts.

La première exigence d'un client envers son procureur porte sur l'engagement ferme et indéfectible de celui-ci à défendre ses intérêts sans compromission. De ce point de vue, les décisions dans Dorndarf et al. c. Hoeter, (1981) 29 BCLR 71 et Klingspon c. Ramsay et al., (1985) 65 BCLR 132 me semblent tout à fait justifiées.

La situation intenable pour lui-même et inacceptable pour le client où se place un avocat en situation de conflit d'intérêts a été éloquemment illustrée dans une affaire récente au Québec. Il s'agit de l'affaire Morest c. Marier non rapportée mais dont on trouve mention à J.E. 85-479 et qui est présentement en appel.

Me Marier, bras droit d'un important homme d'affaires, était

simultanément actionnaire et administrateur de ses entreprises de même que conseiller juridique des corporations impliquées et des actionnaires majoritaires et minoritaires. De plus, Me Marier avait accepté d'agir comme arbitre dans tout différend sur l'interprétation et l'exécution de la convention entre actionnaires.

Lors d'un conflit entre les actionnaires majoritaires et minoritaires, Me Marier, lui-même actionnaire, se trouvait doublement en situation de conflit d'intérêts. D'une part, il pouvait difficilement conseiller avec la même indépendance et la même loyauté les deux groupes d'actionnaires majoritaires et minoritaires qui sollicitaient ses avis, d'autant plus que, d'autre part il devait choisir entre son intérêt personnel et celui des actionnaires minoritaires.

Le juge en vient à la conclusion que dans les circonstances l'avocat a commis une faute lourde et a machiné une tromperie qui lui rapporta un avantage personnel de taille au préjudice des actionnaires minoritaires à qui il avait conseillé de vendre pour 1,00 \$ des actions dont il savait qu'elles vaudraient 100 000,00 \$ dans un délai très bref.

Dans ce type de situation il me semble que les tribunaux ne seront jamais assez stricts envers les avocats qui sciemment font prévaloir leur intérêt sur celui de ceux qui les consultent.

A juste titre, le Code de déontologie adopté par l'Association du Barreau canadien place l'intégrité au premier rang des qualités que le

client est en droit d'exiger de son procureur tant il est vrai que "l'avocat qui n'est pas intègre est inutile pour son client".

La sévérité des tribunaux en cette matière se justifie d'autant plus que les corporations professionnelles paraissent beaucoup plus sensibles aux problèmes liés au compte en fidéicommiss qu'à la prévention ou à la correction des situations de conflit d'intérêts que tolèrent des avocats.

Voilà quelques secteurs du droit où la rigueur des tribunaux me semble devoir être particulièrement stricte, c'est-à-dire se rapprocher de l'obligation de résultat.

II. L'obligation de moyens

Comment apprécier, par ailleurs, "la compétence de l'homme de loi ordinaire", "la diligence ordinairement requise d'un praticien de compétence moyenne". Qu'en est-il de cet "ordinary prudent solicitor" et de son obligation "to exercise due care, skill and judgment in the delivery of legal advice and legal services"?

Malgré les hauts cris que lancent les avocats et notaires devant la multiplication des poursuites, la jurisprudence québécoise est particulièrement pauvre en matière de responsabilité professionnelle des avocats surtout si on la compare avec la jurisprudence en matière de responsabilité médicale.

Il n'est donc pas sans intérêt de tenter d'établir un parallèle entre les deux régimes de responsabilité. En matière médicale, au-delà de l'erreur professionnelle, le patient doit être placé dans une situation telle qu'il puisse consentir de façon éclairée au traitement qui lui est proposé. Le médecin doit révéler la nature du traitement qu'il propose ainsi que les risques normaux qui en résultent. De plus, il doit donner des réponses spécifiques aux questions précises de son patient qui ainsi informé supporte ensuite les conséquences des risques qu'entraîne sa décision. (Toute analogie a des limites et dans la présente situation il faut tenir compte du fait que si 100% des patients des médecins peuvent aspirer à la guérison, seulement 50% des clients des avocats peuvent espérer gagner leur procès.)

Si on applique par analogie ce raisonnement aux faits de l'affaire Edward Wong Finance Co. Ltd c. Johnson Stokes and Master, il me semble qu'une compagnie prêteuse qui connaît bien le marché immobilier ne doit pas s'attendre à ce que son procureur prenne des précautions qui vont au-delà de la pratique habituelle. Elle devait connaître les risques inhérents à la procédure habituelle et pouvait exiger de ses procureurs qu'ils ne remettent le capital prêté qu'en contrepartie d'un titre valable, si une telle conduite leur apparaissait plus justifiée.

Pour un client qui possède une certaine expertise dans le domaine, les conditions implicites du contrat s'arrêtent aux pratiques généralement suivies qu'il connaît et dont il peut se déclarer insatisfait s'il considère qu'elle crée trop de risques. Edward Wong Finance Co. Ltd c.

Johnson Stokes and Master peut se distinguer de Central Trust Company c. Rafuse et Cordon en ce que dans cette affaire l'acte reproché était plutôt de la nature d'une pratique commerciale: modalités et moment de la remise du capital prêté, alors que dans la seconde il s'agissait vraiment d'une erreur de droit: ignorance de l'interdiction pour une compagnie de faciliter financièrement l'achat de ses propres actions.

Il me semble qu'imposer aux avocats l'obligation de prévenir les risques prévisibles constitue un fardeau extrêmement lourd surtout lorsque le client est une personne avisée dans un secteur du droit. Les risques apparaissent souvent tels seulement après le dommage et sont pour ainsi dire toujours prévisibles, mais à quel coût. Il me semble que l'évolution jurisprudentielle liée à la prévention des risques prévisibles libère trop facilement le client de toute obligation de s'informer des effets et des conséquences possibles de la transaction qu'il demande à son procureur de réaliser.

Il paraît opportun d'exiger du patient d'un médecin qu'il pose, au-delà des explications générales du professionnel, les questions qu'il juge pertinentes pour la prise d'une décision éclairée et qu'il supporte les risques inhérents à toute intervention. Pourquoi le client d'un avocat pourrait-il s'en remettre entièrement à ce dernier et lui imposer le fardeau de prévenir les risques prévisibles? Il n'est sans doute pas plus difficile pour un professionnel d'expliquer les subtilités du droit que celles de la médecine à un client qui pourra ensuite prendre la décision qui lui paraît la plus judicieuse.

Ce fardeau, qu'impose la théorie du risque prévisible, me semble d'autant plus lourd que l'évaluation du risque se fait souvent plusieurs années après le dommage dans un contexte différent où la prévisibilité du danger est plus manifeste.

L'obligation de compétence et de diligence de l'avocat peut être évaluée avec plus de justesse en s'en tenant, d'une part, aux termes du contrat et de ses modalités implicites ce qui fournit une norme objective et, d'autre part, aux attentes du client ce qui permet d'adapter le principe aux conditions particulières de l'affaire.

La possibilité pour des tiers d'exercer un recours en responsabilité contre des professionnels sur une base délictuelle ne fait pas de doute tant en common law (Central Trust Company c. Rafuse et Cordon), qu'en droit civil (Parrot c. Thompson et Monty, [1984] 1 R.C.S. 57 et 94 612 Canada Ltée c. C.U.M., C.S. Montréal, 9 octobre 1986, L'Hon. J. Denis Lévesque). Toutefois, le fondement de la responsabilité varie selon les systèmes juridiques. En common law, l'existence du "duty of care" est reconnue ou non en fonction des théories de "proximity" et du "foreseeable risk" alors qu'en droit civil, la question qui se pose est de savoir s'il existe entre le dommage et la faute le lien de causalité requis pour la mise en oeuvre de l'article 1053 C.c. . Le critère de responsabilité semble par contre de plus en plus élevé, aussi bien en droit civil qu'en common law.

Dans Central Trust Company c. Rafuse et Cordon, le Juge Le Dain

écrit:

"... A solicitor is not required to know all the law applicable to the performance of a particular legal service, in the sense that he must carry it around with him as part of his "working knowledge", without the need of further research, but he must have a sufficient knowledge of the fundamental issues or principles of law applicable to the particular work he has undertaken to enable him to perceive the need to ascertain the law on relevant points."

Le Juge Lévesque dans 94 612 Canada Ltée c. C.U.M. retient un critère similaire:

"...

Le cas du défendeur Asselin est plus complexe. ...

Bien qu'il fût étranger à l'enquête policière, mais sur la foi de cette enquête, il est celui qui a donné l'opinion au défendeur Pontbriand qui a permis à ce dernier de lancer l'opération. Il ignorait le jugement de M. le juge Boilard dans l'affaire Trudeau. Ce jugement étant rendu pendant ses vacances. Apparemment, les officiers présents à la rencontre ne l'ont pas informé, mais comme déjà souligné plus haut, il a complètement ignoré et laissé de côté l'impact de la Charte dans son appréciation de la situation et c'est en cela que consiste sa participation illégale dans les chaînes qui ont entraîné la descente. Il n'était pas obligé évidemment de connaître le rôle de la Charte telle qu'on la connaît aujourd'hui mais il aurait dû au demeurant dire que pour le moment la situation était trop imprécise pour se faire une opinion afin que les défendeurs Pontbriand, Fiset et Perreault puissent prendre leur décision à la lumière de la constitution du pays qui régit les activités policières de façon importante."

Dans chacune de ces décisions, la Cour ne reproche pas à l'avocat son ignorance mais son inhabileté à déceler l'existence possible d'une

difficulté et à établir avec une certitude raisonnable l'état du droit. L'obligation de l'avocat consiste moins à donner une réponse définitive à une question de droit qu'à soulever l'existence éventuelle d'une complication dont la connaissance permettrait au client de prendre une décision éclairée.

En terminant, il n'apparaît pas sans intérêt de souligner devant des membres de l'Institut canadien d'administration de la justice, le lourd fardeau que doit surmonter le justiciable qui croit qu'il n'a pas reçu de son procureur la qualité de services à laquelle il était en droit de s'attendre.

Dans Central Trust Company c. Rafuse et Cordon, la Cour suprême a conclu à la négligence des avocats uniquement après avoir décidé dans une autre affaire connexe que l'hypothèque était nulle en vertu de l'article 96 (5) du Companies Act de la Nouvelle-Ecosse (Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd, [1980] 2 R.C.S. 29).

Pour ne pas avoir épuisé tous les recours avant d'entamer des poursuites contre leur procureur, des justiciables ont été déboutés bien que sur le fond leurs recours paraissent fondés: Darveau et al. c. Colas et al., C.S.M., Hon. J. Pierre Boily, le 5 septembre 1985; Vaillant c. Okrainec, 1985, C.A. 581. Dans cette dernière affaire, notamment, la multiplicité des recours contre les entrepreneurs, les premiers avocats et les seconds procureurs éventuellement pour avoir intenté une action prématurée contre les premiers est suffisante

pour décourager le plus grand admirateur de notre système judiciaire.

Heureusement, de telles situations ne sont pas courantes mais elles illustrent par contre certaines difficultés auxquelles se heurtent les justiciables qui poursuivent leur procureur.