



Nous sollicitons vos commentaires sur le présent Bulletin et les numéros antérieurs ainsi que vos suggestions pour des articles d'intérêt pour les numéros à venir.

Barry Vogel, c.r., Éditeur
Président, Comité sur la Prévention des Pertes AAJC

■ Bulletin No. 71

AVIS JURIDIQUE INDÉPENDANT : UNE RÉPONSE

À la rédaction:

J'écris pour répondre à votre demande de commentaires sur les articles parus dans le *Bulletin sur la prévention des pertes* n° 65, édition n° 16, décembre 1996. Mes commentaires portent sur l'article de Jim B. Rooney, c.r., intitulé « Avis juridique indépendant et professionnel ».

Il ne fait pas de doute que les normes exigées des avocats fournissant des avis juridiques indépendants sont de plus en plus élevées, comme l'indique Me Rooney.

Toutefois, je pense que les normes décrites dans son article sont peut-être plus rigoureuses que ce qui est réellement en vigueur et dépassent les attentes réalistes qu'on peut avoir envers les fournisseurs d'avis juridiques indépendants (AJI). L'avocat qui donne un AJI doit-il faire plus que donner l'explication habituelle sur la nature et l'effet des documents? Est-il tenu d'examiner si la transaction est judicieuse en étudiant « les faits dont découle l'acte juridique et son bien-fondé juridique »?

Dans son article fécond intitulé « Independent Legal Advice: A Practical Guide », (1995) 49 R.P.R. (2d) 49, Brian Bucknall indique qu'un avocat est tenu d'expliquer la nature et l'effet d'une hypothèque, y compris les obligations spéciales. Le but est d'éviter ou de faire débouter une défense éventuelle fondée sur le principe de *non est factum*. Toutefois, on voit que M. Bucknall est conscient des limites pratiques de la portée des AJI qui peuvent être fournis en retour d'honoraires habituellement modestes. Un avocat qui examine les avantages d'une transaction ou suggère des améliorations à la transaction projetée dépasse les normes habituelles. En de tels cas, M. Bucknall est d'avis que l'avocat devrait ouvrir un dossier distinct, entreprendre une explication approfondie

de la transaction et facturer le client en conséquence.

Dans l'affaire *Fasciani c. Banca Commerciale Italiana of Canada et al.* [1996] O.J. n° 2631 (C. Ont. (Div. Gén.)), le juge Pitt a affirmé :

Les avocats qui donnent des avis juridiques indépendants ne font qu'expliquer aux débiteurs hypothécaires éventuels les responsabilités juridiques et civiles qu'on assume en souscrivant une hypothèque. Ils ne donnent pas de conseils sur la gestion des affaires.

Pareillement, dans l'affaire *Banco Exterior c. Thomas*, [1997] All ER 46 (C.A.), la Cour a dit ce qui suit au sujet d'une veuve qui a accepté d'hypothéquer sa maison en retour d'une promesse selon laquelle un revenu mensuel devait lui être versé par un vendeur de voitures usagées :

La banque avait le devoir de s'assurer que la dame savait ce qu'elle faisait. La banque a donc exigé qu'elle consulte un avocat indépendant pour se faire expliquer « la nature et l'effet » de la transaction et qu'elle signe les documents en sa présence, s'il le lui conseillait. C'est ce que Mme Ramsey a fait.

Les autorités précitées semblent indiquer que la portée des obligations d'un avocat qui fournit un AJI n'est pas aussi vaste que l'indique Me Rooney. Les considérations pratiques exigent une norme plus réaliste. Je suis préoccupé à l'idée que l'article bien intentionné de Me Rooney pourrait être mal interprété et entraîner des poursuites injustifiées contre des avocats qui fournissent des avis juridiques indépendants.

GARDINER, ROBERTS
William S. O'Hara

Jim B. Rooney, c.r. répondra à ce sujet dans la prochaine édition.

■ Bulletin No. 72

CONSEILS À LA CAUTION

Le résumé qui suit est tiré de l'édition du 21 février 1997 du Lawyers Weekly.

NÉGLIGENCE - Devoir de diligence - Responsabilité de l'avocat pour n'avoir pas expliqué au client les conséquences d'une garantie personnelle

Le client a poursuivi son avocat en dommages-intérêts pour ne l'avoir pas avisé de toutes les questions juridiques entourant l'achat et le financement d'un hôtel. En 1984, le client a acheté un hôtel au prix de 730 000 \$. Il a engagé cinq sections de son exploitation agricole pour garantir 230 000 \$ de l'emprunt, et la banque a fourni le reste du financement. Le client a également signé une garantie personnelle. Il avait cru comprendre que si l'entreprise hôtelière faisait faillite, il ne perdrait que la terre agricole. L'avocat ne lui a pas convenablement expliqué la garantie personnelle. Aux termes du cautionnement, le client était responsable de toutes les dettes de l'hôtel. En conséquence, quand l'hôtel a fait faillite, la banque a intenté une poursuite contre le client pour 520 000 \$. L'avocat n'avait pas de notes ni d'aide-mémoire sur ses discussions avec le client.

DÉCISION: Action accueillie. L'avocat avait le devoir d'expliquer pleinement la garantie personnelle au client de sorte que celui-ci comprenne la nature, l'effet et la portée du document. L'avocat a failli à son obligation. La preuve a montré que le client n'aurait jamais effectué l'achat de l'hôtel s'il avait su qu'il pourrait être personnellement responsable de toutes les dettes. Il ne savait absolument pas que sa responsabilité personnelle pourrait excéder la valeur de son terrain.

*Couture c. Lamontagne, C.B.R. Sask.,
le juge Blacklock Linn, 9 déc. 1996*

Cette décision n'a rien de surprenant si l'avocat a effectivement omis de donner des explications convenables. Malheureusement, elle n'a rien de surprenant non plus s'il y a eu un doute sur la teneur des avis donnés par l'avocat, étant donné que l'avocat n'a pas pris de notes ni rédigé d'aide-mémoire.

Au verso du présent bulletin se trouve une **liste de contrôle sur la passation d'un cautionnement**. Si l'avocat en question avait utilisé une telle liste de contrôle, l'issue aurait peut-être été différente. En plus d'utiliser cette liste, une pratique encore meilleure serait de la copier, de prendre des notes dessus tout en conseillant la caution et de garder la liste de contrôle annotée dans le dossier.

LISTE DE CONTRÔLE SUR LA PASSATION D'UN CAUTIONNEMENT

1. Y A-T-IL CONFLIT?

- Demander à la caution qui représente le prêteur. (Si vous représentez le prêteur, vous ne devriez pas conseiller la caution. Certains prêteurs insistent pour avoir des avis indépendants.) En cas de conflit, adresser le client à un autre avocat.

- Existe-t-il des cautionnements antérieurs au même prêteur?
- Le prêteur a-t-il fait des assertions ou imposé des conditions et, si oui, sont-elles consignées par écrit?
- La caution a-t-elle un pouvoir de décision quant au montant du prêt consenti au débiteur principal?

2. CONNAISSEZ-VOUS LA CAUTION ÉVENTUELLE?

- Vérifier son identité.
- La personne comprend-elle le français?
- Sait-elle lire?
- A-t-elle capacité juridique?

3. LA FORMULE EST-ELLE ENTIÈREMENT REMPLIE?

- Si non, remplissez-la entièrement avant qu'elle soit signée.

4. LA CAUTION A-T-ELLE DES IDÉES FAUSSES SUR L'EFFET DU CAUTIONNEMENT?

- Le prêteur fera-t-il appel à la caution seulement après avoir fait valoir toutes les autres sûretés qu'il détient?
- S'il y a plus d'une caution, chacune est-elle responsable uniquement de sa propre part?
- Le prêteur poursuivra-t-il d'abord le débiteur principal avant de poursuivre la caution?
- Le montant est-il limité, même si cela n'est pas indiqué sur le cautionnement?

5. QUESTIONS À POSER

- D'autres personnes cautionnent-elles également la dette?

6. EXPLICATIONS À DONNER

- Demander à la caution si elle a lu le cautionnement. Dans la négative, lui demander de le faire.
- La caution comprend-elle qu'elle est personnellement responsable de la dette qu'elle cautionne?
- La caution sait-elle clairement le montant de la responsabilité civile qu'elle encourt?
- Le prêteur est-il tenu de s'adresser au débiteur principal avant d'avoir le droit d'être payé par la caution?
- Le prêteur peut-il accorder un délai, modifier la sûreté, obtenir d'autres cautionnements?

7. SIGNATURE

- Faire initialer par la caution toute addition ou toute suppression telles que le taux d'intérêt ou le montant.
- Faire signer la caution et faire dûment certifier sa signature.

8. CONSEILS À DONNER À LA CAUTION

- Garder une copie pour ses dossiers.
- Ne remettre le cautionnement au prêteur que si tous les autres cautions font de même et si les assertions faites par le prêteur et les conditions qu'il impose sont consignées par écrit.
- Récupérer le cautionnement une fois la dette remboursée.