



Tous les Bulletins sur la prévention des pertes peuvent être consultés à www.clia.ca/lpbf.htm

ADIEU BARRY

Pour la première fois depuis 1991, Barry Vogel, c.r., n'aura ni supervisé ni dirigé la réalisation d'un numéro du Bulletin sur la prévention des pertes de l'AAJC. Pendant de nombreuses années président du Comité sur la prévention des pertes de l'AAJC et conseiller auprès du Barreau de l'Alberta, Barry a récemment quitté la présidence du Comité et annoncé qu'il abandonnera son poste de conseiller auprès du Barreau de l'Alberta au printemps 2003. Il a travaillé assidûment, et parfois seul, pour faire de l'assurance responsabilité professionnelle des avocats un mal non nécessaire en nous exhortant tous à adopter, dans l'exercice de notre profession, des principes permettant de prévenir efficacement les pertes et les demandes en justice qui en résultent. Nous lui souhaitons la meilleure des retraites possibles.

■ Bulletin No. 146

Oppositions types

Les praticiens du droit immobilier se demandent parfois s'ils doivent nécessairement obtenir et examiner avec leurs clients les oppositions, arrêtés municipaux et autres ordonnances types, en apparence, dont les titres de propriété sont souvent grevés. Nous comprenons qu'il puisse être tentant de s'épargner la tâche d'obtenir copie de ce genre d'actes grevant les titres de propriété parce qu'ils sont généralement :

- anciens (ce qui signifie qu'il faudra beaucoup de temps au bureau d'enregistrement des titres fonciers ou au bureau d'enregistrement des actes pour les retrouver et les reproduire);
- longs (ils coûtent donc chers à reproduire et l'avocat doit consacrer à leur examen de nombreuses heures facturables);
- uniformes (autrement dit : « Je peux facilement deviner ce que dit la convention si je sais qui était l'opposant et à quelle date l'opposition a été déposée. »);
- inévitables (« les municipalités et les entreprises de service public jouissent de droits prépondérants au regard des biens de tout autre propriétaire foncier, et les clients ne peuvent rien y faire »).

Quiconque adopte pareille attitude le fait à ses risques et périls. Les tribunaux l'ont confirmé. Dans une action engagée contre un cabinet d'avocats, le client n'ayant pu rapporter la preuve du préjudice qu'il aurait subi par suite de la conduite de l'avocat, le tribunal a conclu catégoriquement que l'avocat avait manqué à son devoir faute d'avoir obtenu et examiné avec l'acheteur deux grèvements, soit une ordonnance portant fermeture d'une réserve routière de l'État et l'opposition émanant de la Couronne concernant des « canalisations », lesquelles, à en croire l'avocat, devaient servir à la construction d'aqueducs municipaux. Aux dires du tribunal, en exprimant son avis à l'acheteur que ni l'un ni l'autre grèvement ne compromettrait la qualité marchande du bien de l'acheteur, l'avocat « ne faisait rien d'autre que des conjectures », puisqu'aucune recherche n'avait été effectuée à l'égard de ces actes instrumentaires. Le tribunal a ajouté :

Certes, on peut avancer qu'en dernière analyse on aurait pu opérer mainlevée des grèvements, motif pris de ce qu'ils ne grevaient pas le titre de propriété. Pour l'acheteur, le fait de savoir qu'il avait le droit d'opérer mainlevée constituait en soi un renseignement important qu'il lui fallait connaître. De surcroît, on ne saurait affirmer que les grèvements nuiraient à la qualité marchande du bien; cependant, à mon sens, c'était, pour l'avocat, une violation de son obligation à l'égard de l'acheteur que d'omettre tout simplement ou bien d'effectuer une recherche, ou bien de demander des instructions à l'acheteur après l'avoir informé de leurs effets éventuels, ou bien de faire ces deux démarches à la fois. Comment l'avocat aurait-il pu savoir avec certitude que les grèvements ne diminueraient pas la qualité marchande du bien sans avoir examiné les documents ?

■ Bulletin No. 147

Assurez-vous que vous n'êtes pas l'assureur de votre client

Nous tirons tous satisfaction de la règle de droit qui établit que, l'avocat n'étant pas l'assureur de son client, il ne saurait être tenu responsable des conséquences naturelles découlant des engagements contractuels de ce dernier. Hélas,

cela ne veut pas dire que vous serez à l'abri de demandes chaque fois que l'opération du client tourne mal ou entraîne des conséquences déplaisantes et imprévisibles. La nature humaine empêche les clients de se voir comme auteurs de leur infortune, car il est souvent plus encourageant – et plus gratifiant – de trouver un avocat à blâmer.

Comme toujours, le constat écrit du mandat qui vous est confié par le client s'avère la meilleure défense contre cette sorte de réclamation. Chaque dossier ne se prêtera pas à la préparation d'un contrat de services en bonne et due forme, mais le fait d'envoyer régulièrement des lettres au client confirmant ce que vous ferez pour lui et, surtout, les aspects de l'opération qui ne feront pas partie de votre prestation de services constituent un gage assuré de rapports harmonieux avec le client ainsi qu'une pratique professionnelle sûre.

Deux cas récents de réclamations illustrent les risques auxquels s'expose l'avocat qui se fonde uniquement sur des entretiens verbaux avec son client ou, pire encore, qui déduit de ces discussions la portée de son contrat de services :

1. Avec l'aide de son avocat, le client offre d'acheter un quart de section d'une terre agricole. Le propriétaire présente une contre-offre en supprimant la condition de l'acheteur portant sur une possession rapide du bien. Ayant expliqué au client qu'il y a désaccord sur cette condition fondamentale, l'avocat lui conseille de se mettre directement en rapport avec le propriétaire pour essayer de s'entendre avec lui. Du point de vue de l'avocat, son mandat est alors « suspendu » en attendant d'être notifié par le client qu'un règlement a été conclu ou que d'autres services sont nécessaires. À l'insu de l'avocat, le client décide qu'il peut accepter les conditions proposées par le propriétaire. Il présume que son avocat s'occupe des détails juridiques. Sans se rendre compte que les conditions du propriétaire constituent une contre-offre qui doit être acceptée pour être contractuellement obligatoire, le client, tout heureux, s'intéresse alors à d'autres questions relatives à la clôture. Lorsque l'avocat et le client constatent enfin l'existence du malentendu, le propriétaire a déjà retiré sa contre-offre et vendu la parcelle à quelqu'un d'autre.
2. Le deuxième cas est connu de tous les assureurs de la responsabilité professionnelle des avocats et découle de l'opération commerciale qui entraîne des incidences fiscales inattendues et désagréables pour le client. Il arrive souvent que le client consulte un comptable sur certains aspects d'une opération. Bien que l'avocat ne traite pas directement avec le comptable et, en fait, ne se renseigne jamais auprès du client sur la nature du mandat confié au comptable, l'avocat se conforte à l'idée que quelqu'un d'autre s'occupe « des chiffres ». Lorsque l'opération donne lieu à une obligation fiscale massive qui aurait pu être évitée, qui en est responsable ? À moins que l'avocat puisse démontrer qu'il appartenait au client ou à d'autres conseillers professionnels de voir aux incidences fiscales de l'opération, il y a tout lieu de croire que le tribunal lui imputera la responsabilité,

motif pris de ce qu'il est d'usage que les aspects fiscaux d'une opération commerciale relèvent normalement du contrat de services type confié aux avocats qui se chargent de telles opérations.

Il faut aussi se rappeler que, dès lors qu'il y a litige au sujet de la portée du contrat de services non écrit confié à l'avocat, celui-ci ne peut se croiser les bras et attendre que le client prouve qu'il avait le devoir de s'occuper de la question. En fait, la charge de la preuve est inversée en l'espèce. Elle incombe à l'avocat en cas de litige quant à la portée du contrat de services à lui confié qui n'a pas fait l'objet d'un constat écrit. À l'issue de l'audience, tout doute non dissipé sera tranché à l'encontre de l'avocat.

■ Bulletin No. 148

Attention aux « zèbres »

Il existe dans le domaine médical une maxime selon laquelle ce qui est rare arrive rarement, alors que ce qui est fréquent arrive souvent (en anglais : If you hear hoofbeats, think of horses, not zebras), aussi faut-il, en matière de diagnostic, se préoccuper des symptômes des maladies ordinaires plutôt que de chercher des manifestations de maladies obscures et exotiques. Les avocats ont tendance à penser de la même manière. Tirant profit de leur expérience pratique, ils ont tendance à se façonner des certitudes sur l'évolution de chaque dossier. Ce penchant risque de les amener à adopter une attitude de complaisance ou de vigilance réduite. Dans le contexte des transactions immobilières ou commerciales, les avocats doivent se garder d'abord contre la propension à présumer que les recherches aboutiront aux résultats habituels, ensuite contre l'idée fixe selon laquelle, puisque le vendeur et son créancier hypothécaire se sont entendus relativement à un enregistrement foncier, il ne devrait en résulter aucun risque réel pour les intérêts de l'acheteur. En d'autres termes, si l'animal hennit, ce doit être un cheval!

On a pu constater ce genre de raisonnement à l'examen récent du dossier d'un avocat relatif à l'achat d'une maison d'habitation. Les instructions d'usage que l'avocat avait données à son personnel de soutien comprenaient la directive suivante :

Bureau d'enregistrement des titres fonciers/bureau de l'enregistrement

1. Obtenir tout grèvement qui n'est ni une opposition enregistrée par une entreprise de service public ou une municipalité, ni une hypothèque. (Obtenir tout ce qui sort de l'ordinaire.)

L'avocat qui choisit de ne pas examiner les copies des grèvements, qu'il s'agisse d'oppositions « types » enregistrées par les entreprises de service public ou de toutes autres sortes d'oppositions, en se disant naïvement qu'étant habituelles, elles ne présentent aucun risque, le fait à ses risques et périls. La norme de diligence et de compétence dont l'avocat doit faire preuve exige de lui aussi bien l'exercice d'une diligence raisonnable que l'application d'une rigueur à toute épreuve. Pour respecter cette norme de diligence, il doit prendre toutes les précautions

raisonnables et prudentes contre les risques connus. Il s'avérera futile d'opposer en défense le fait que l'opposition ne semblait pas « inhabituelle », si on devait découvrir en fin de compte que l'opposition d'apparence banale enregistrée par une entreprise de service public accorde à celle-ci le droit d'excaver directement sous le garage de l'acheteur.

L'omission d'examiner les copies des actes grevant un titre de propriété a entraîné des conséquences catastrophiques pour un client. Les services d'un avocat avaient été retenus pour qu'il s'occupe de l'achat d'une grande parcelle rurale vacante sur laquelle le client avait l'intention de construire une maison. L'entreprise de distribution de gaz avait déposé une opposition à l'égard du terrain, laquelle avait été enregistrée en 1964. L'avocat n'avait pas obtenu ni examiné copie de l'opposition, estimant que :

- au mieux de sa connaissance, ses collègues dans la région n'avaient pas pour pratique d'obtenir copie des oppositions enregistrées par les entreprises de service public;
- le bureau d'enregistrement des titres fonciers éprouvait souvent des difficultés à reproduire les anciens actes et, parfois, le client devait payer une dizaine de dollars de plus pour les faire rechercher;
- le constructeur s'assurerait que les bâtiments ne seraient pas situés au-dessus des canalisations souterraines.

En fait, le constructeur avait fait le nécessaire pour rencontrer sur le chantier le représentant local de l'entreprise de distribution de gaz et l'emplacement du pipeline de la compagnie avait été indiqué. Le représentant de l'entreprise avait conseillé au constructeur de ne pas construire la maison à moins de cinq pieds du pipeline et le constructeur s'était conformé à cette prescription.

La maison a été construite et le client a emménagé avec sa famille. Imaginez son horreur lorsque l'entreprise de distribution de gaz l'a informé par la suite que la maison avait été construite dans l'emprise qui lui avait accordée en vue de l'installation et de l'exploitation d'un gazoduc à haute pression devant alimenter une grande partie de la province! L'octroi de l'emprise réservait une bande de terrain de cinquante pieds dans laquelle il était interdit d'établir une construction. Vu la situation de danger extrême que créait l'emplacement de la maison pour la famille et pour le bien du client, celui-ci s'est vu obligé de faire déménager la maison à grands frais.

La leçon à tirer de ce cas saute aux yeux. L'avocat qui n'obtient pas pour examen tout acte grevant un titre de propriété risque d'être jugé comme ayant omis de prendre les précautions raisonnables et prudentes contre des risques connus, démarche faisant partie de son devoir de diligence. Voulant épargner un peu de temps et quelques dollars, cet avocat devient en fait l'assureur de son client

contre les pertes ou les dommages qui finissent par résulter de l'exercice des droits de l'opposant. Il vient ainsi, par analogie avec la maxime anglaise, de s'acheter un zèbre.

■ Bulletin No. 149

La mobilité professionnelle : pratiquer le droit dans plus d'une province

Depuis plusieurs années, la capacité des avocats canadiens de passer d'une province ou d'un territoire à l'autre et d'y exercer leur profession s'est considérablement accrue. Les avocats peuvent accepter des dossiers qui relèvent de plusieurs provinces ou territoires, représenter des clients dans le cadre d'opérations dont la clôture a lieu ailleurs et représenter des clients devant les tribunaux d'autres provinces ou territoires sans avoir été admis au barreau compétent ou sans même détenir un certificat d'admission temporaire dans plusieurs autres provinces et territoires.

Avant de cibler ces marchés extraterritoriaux, posez-vous la question suivante : Devriez-vous accepter un mandat dans une autre province ou un autre territoire tout simplement parce que vous pouvez le faire ?

Certes, de grandes similitudes existent dans les lois de toutes les provinces et territoires canadiens, mais elles comportent des différences fondamentales. Les lois sont certainement différentes, bien qu'il soit plus facile de nos jours de consulter en ligne les lois des autres provinces et territoires (assurez-vous, toutefois, que la version en ligne que vous consultez est bien la version en vigueur). Des divergences considérables distinguent les délais de prescription provinciaux et territoriaux. D'autres différences importantes existent touchant la procédure judiciaire. Certaines règles sont clairement énoncées dans les Règles de procédure. Toutefois, leur application peut varier d'une province ou d'un territoire à l'autre. Par exemple, devant certaines juridictions, on peut, par voie de motion, remédier facilement à l'inobservation du délai de dépôt fixé pour un exposé de la défense ou pour la signification d'une plaidoirie. Devant d'autres juridictions, pareille inobservation peut s'avérer absolument fatale à l'action. Hors prétoire, les actes de procédure, les règles de procédure et les protocoles régissant la pratique locale peuvent être radicalement différents de ceux de votre province ou territoire ou, pire encore, peuvent être semblables, à certains égards près, induisant ainsi chez vous un faux sentiment de sécurité.

Avant d'accepter un mandat à l'extérieur de votre province ou territoire, il convient de déterminer si une telle démarche en vaut la chandelle au vu du temps (et de l'argent de votre client) que vous consacrez à vous familiariser avec la législation, la procédure et la jurisprudence de la province ou du territoire concerné ou s'il ne serait pas tout simplement plus productif de retenir les services d'un avocat de la province ou du territoire en question.