

CANADIAN  
LAWYERS  
INSURANCE  
ASSOCIATION

ASSOCIATION  
D'ASSURANCE  
DES JURISTES  
CANADIENS



C B E L A  
THE CANADIAN  
BAR EXCESS  
LIABILITY  
ASSOCIATION

ASSOCIATION  
D'ASSURANCE  
RESPONSABILITÉ  
EXCÉDENTAIRE  
DU BARREAU  
CANADIEN



A A R E B C

Éditrice: Karen L. Dyck,  
coordonnatrice du programme  
de prévention des pertes

c/o 250 rue Yonge Street  
Bureau/Suite 2900  
Toronto, Ontario  
M5B 2L7  
karen.l.dyck@gmail.com

*Régulièrement mis à jour, les eBytes vous offrent des conseils et des liens utiles en matière de prévention des pertes.*

*Abonnez-vous par courriel, par flux RSS, ou consultez souvent notre site : [www.clia.ca](http://www.clia.ca)*

## ■ Bulletin No. 188

### Agir comme tiers convenu

Un client vous a-t-il confié de l'argent ou des biens en vertu d'une convention d'entiercement? Peut-être un client s'est-il adressé à vous dans ce but?

Dans l'affirmative, vous devriez vous demander si votre assurance responsabilité professionnelle vous couvrirait en cas d'erreur de votre part dans cette activité. Dans la plupart des cas, la réponse est non. À moins que vous n'offriez des services d'entiercement accessoires qui sont liés à vos services professionnels (par exemple, si vous détenez des fonds à court terme jusqu'à la clôture d'une transaction dans le cadre de laquelle vos services juridiques ont été retenus), il est probable que vos activités ne sont pas couvertes par votre police d'assurance responsabilité professionnelle.

Votre police de l'AAJC vous couvre en cas d'erreurs commises lors de la prestation de vos services professionnels. Les services professionnels comportent les services normalement rendus par un avocat dans le cadre du rapport entre l'avocat et son client, de même que les services accessoires qui sont liés aux services professionnels, mais excluent les activités accessoires. Selon la police, les activités accessoires sont les services qu'un assuré fournit moyennant rétribution ou avantage personnel et qui sont de nature quasi juridique ou non juridique et étrangères à l'exercice du droit. Ces activités comprennent, entre autres, les services de gestion financière, de placement et de comptabilité, les services de courtage et les services de promotion et d'évaluation immobilières. Si vous agissez uniquement comme tiers convenu, il est probable que les services que vous rendez tombent sous la définition d'activités accessoires, et par conséquent ne seraient pas couverts par votre police d'assurance responsabilité.

Lorsque vous envisagez d'accepter des responsabilités en vertu d'une convention d'entiercement, vous devriez en outre vous rapporter aux règles sur les comptes en fiducie de votre ordre professionnel. Seuls les fonds qui vous ont été confiés par un client dans le cadre de votre pratique du droit peuvent être détenus dans votre compte général en fiducie. Si vous ne rendez pas de services juridiques, mais

que vous détenez simplement les fonds, comme le feraient une banque ou une société de fiducie, ces fonds doivent être détenus ailleurs que dans votre compte en fiducie. Dans cette situation, n'oubliez pas non plus que lorsque les fonds d'un client ne sont pas détenus en fiducie, ce client n'est pas protégé par les dispositions du fonds d'indemnisation et de protection contre les détournements de fonds de votre ordre professionnel.

Pour de plus amples renseignements sur le sujet, voir aussi :

- AAJC, *Bulletin sur la prévention des pertes*, Livraison no 9, Bulletin no 50 : « Les risques pour les avocats agissant comme agents d'entiercement (escrow), tiers dépositaires et fiduciaires »
- Société du Barreau du Manitoba, *Communiqué*, janvier 2009, « Escrow Agents », par Tana Christianson

## ■ Bulletin No. 189

### Utilisez-vous Facebook?

Bien que les ouvrages et les articles sur le sujet de l'utilisation par les avocats des nouveaux outils de réseautage médiatiques et sociaux prolifèrent, on a relativement peu parlé de la responsabilité grandissante qu'ont les avocats de tenir compte des outils tels que Facebook dans la conduite d'une instance et de s'en servir.

Pendant la dernière année, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rendu deux décisions exigeant qu'une partie divulgue, conserve et produise son profil Facebook personnel. Dans *Wice c. Dominion of Canada General Insurance Company*, 2009 CanLII 36310, la cour a ordonné au demandeur de fournir un affidavit des documents additionnel et amélioré divulguant tous les documents affichés dans son profil Facebook et a aussi ordonné que les renseignements contenus dans ce profil soient conservés pendant toute la durée de l'instance. Pour arriver à cette décision, la cour s'est appuyée sur *Leduc c. Roman*, 2009 CanLII 6838, une décision qu'elle avait rendue précédemment et qui confirmait que le profil Facebook d'un particulier, qu'il soit public ou accessible à des « amis » seulement, correspond à la définition de documents au sens des *Règles de procédure civile* de l'Ontario qui s'appliquent, et doit donc être

---

divulgué et conservé aux fins de l'enquête préalable. Dans *Leduc*, la cour a ajouté :

Les *Règles de procédure civile* obligent en outre l'avocat représentant une partie à certifier qu'il a expliqué au déposant d'un affidavit de documents « les types de documents susceptibles de se rapporter aux allégations faites dans les actes de procédure. » [Règle 30.03(4)]. Étant donné l'usage généralisé de Facebook et le grand nombre de photos généralement affichées sur les sites Facebook, il incombe désormais à l'avocat d'expliquer à son client, dans les cas opportuns, que les documents affichés dans son profil Facebook peuvent se rapporter aux allégations faites dans les actes de procédure.

Plus récemment, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a refusé, sur une motion *ex parte*, d'exiger qu'une demanderesse conserve son profil Facebook, en l'absence d'éléments de preuve que le contenu de celui-ci se rapportait à l'instance. La demanderesse, dans *Schuster c. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada*, 2009 CanLII 58971, avait restreint le plein accès à son profil à « seulement mes amis », et la défenderesse ne pouvait donc pas avoir accès à l'information sans son consentement. La cour a conclu qu'elle ne pouvait pas, en vertu des règles, exiger que la demanderesse donne à la défenderesse accès à son profil, bien que celle-ci ne l'ait pas demandé, et a ajouté :

Je ne considère pas les simples faits que Facebook est une plateforme de réseautage social et que la demanderesse possède un compte Facebook comme des éléments de preuve que le profil de la demanderesse contient de l'information qui se rapporte à sa demande ou qu'elle a omis d'inclure des documents pertinents dans son affidavit des documents. En l'espèce, les photos que la défenderesse s'est procurées grâce au compte Facebook de la demanderesse ne semblent pas, à première vue, avoir de pertinence.

La Cour supérieure de Terre-Neuve a tiré des inférences défavorables relativement à la crédibilité d'un demandeur en se fondant sur les réponses données par celui-ci lorsque la défense lui a présenté, en contre-interrogatoire, de l'information imprimée à partir de son profil Facebook, lequel était publiquement accessible. Dans *Terry c. Mullowney & Terry c. Sinclair*; 2009 NLTD 56 (CANLIID), la cour a conclu ainsi :

Je n'entrerai pas dans les détails, mais ces extraits m'ont convaincu que M. Terry menait, du moins pendant les quelques mois qui ont immédiatement précédé le témoignage qu'il a donné devant la cour et pour lesquels du contenu était affiché sur Facebook, une vie sociale plutôt pleine et active... Sans ces éléments de preuve, il me serait resté une impression très différente concernant la vie sociale de M. Terry. Il a admis le fait en contre-interrogatoire. Après qu'on lui a présenté cette information qui est publiquement accessible, il a fermé son compte Facebook; il a dit l'avoir fait parce qu'il ne voulait pas que des

« éléments de preuve incriminants » soient présentés en cour. Je tire une inférence défavorable à M. Terry en raison de cette déclaration et je conclus que le compte Facebook qu'il a fermé et certains messages qu'il a effacés avant de fermer son compte contenaient tous de l'information qui aurait nui à sa demande.

De plus, en Alberta, un *master* de la Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance de signification de documents qui comprenait une disposition exigeant qu'un avis soit affiché sur Facebook. L'ordonnance autorisant la signification indirecte de l'exposé de la demande dans *Knott c. Sutherland, et al.* (C.B.R. Alberta, Edmonton Centre, Action no 0803 02267, 5 février 2009) enjoignait au demandeur de signifier l'exposé de la demande modifié au défendeur, entre autres en l'affichant sur le profil Facebook du défendeur (vraisemblablement sur le « Mur », bien que cela ne soit pas spécifié dans l'ordonnance.)

Ce que montrent ces décisions, c'est la double nécessité pour les avocats d'être au courant de l'existence des outils de réseautage social, et de suffisamment connaître l'emploi de ces outils pour pouvoir bien faire comprendre à leurs clients que le contenu de ces sites, lorsqu'il se rapporte à une instance en cours ou pendante, doit être divulgué et conservé. Ces décisions montrent aussi que les avocats doivent acquérir un certain niveau de compétence dans l'utilisation de ces outils afin de pouvoir préparer des demandes appropriées et suffisamment détaillées relativement à la conservation des sites ou des pages créés par les parties adverses, et d'utiliser cette technologie d'une manière créative pour appuyer leur cause et pour faire avancer l'affaire.

Ces décisions n'ont pas abordé une question connexe, celle de l'obligation professionnelle qu'ont les avocats de connaître les aspects technologiques de la pratique du droit. Les *Lignes directrices pour un exercice du droit conforme à la déontologie dans le cadre des nouvelles technologies de l'information* de l'Association du Barreau canadien détaillent assez bien la nature de cette obligation, en se rapportant aux obligations énoncées au Chapitre 2 (Compétence et qualité des services) du *Code de déontologie professionnelle*, et énoncent ce qui suit :

Afin de s'acquitter de leur obligation déontologique de compétence au sens de la Règle II, les avocats doivent être en mesure de reconnaître quand le recours à une technologie est nécessaire à la prestation de services juridiques pour le compte de leur client et d'utiliser la technologie d'une manière responsable et conforme à l'éthique professionnelle.

Un avocat peut s'acquitter de ce devoir en ayant lui-même de bonnes connaissances au sujet de cette technologie et en utilisant celle-ci, ou en ayant recours à d'autres personnes qui maîtrisent bien cette technologie. Les avocats doivent également avoir une bonne connaissance des technologies dont se servent leurs clients, lorsque les conseils juridiques qu'ils leur donnent en dépendent.

---

---

Lorsqu'ils se demandent s'ils vont ou non se renseigner sur les nouvelles technologies de réseautage social et les adopter, les avocats devraient se souvenir que l'omission d'acquérir le niveau de compétence et d'aisance dans l'emploi de ces

technologies auquel on peut raisonnablement s'attendre de leur part pourrait résulter en plaintes auprès du Barreau, et pourrait aussi être le fondement de plaintes pour faute professionnelle.