

## Un billet de loterie pour votre client!

Pouvez-vous retrouver pour chacun de vos dossiers la documentation précise quant au mandat qui vous a été confié, la nature de celui-ci, son étendue, ses limites, ainsi que sa clôture?

Vous avez répondu par la négative à l'une ou l'autre de ces questions, vous hésitez à répondre, vous nuancez votre réponse: «Oui, la plupart du temps», ou «Oui, lorsqu'il s'agit d'un mandat important». Alors, sachez que vous augmentez ainsi vos chances de faire la connaissance de l'un ou l'autre des avocats du Service des sinistres du Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec.

En effet, l'étude des réclamations présentées annuellement au Fonds d'assurance démontre qu'un nombre important de celles-ci, soit près de 20 % des dossiers dans lesquels il y a eu un paiement d'indemnité, ont pour cause une mécontente quant à l'étendue du mandat confié. Si aucun écrit ne supporte vos prétentions, vous pouvez toujours espérer que votre crédibilité soit meilleure que celle de la victime dont les droits auront été perdus.

Il est donc essentiel de prendre quelques minutes dès l'ouverture du dossier, pour confirmer par écrit l'étendue et la nature du mandat, et pour s'assurer que le client en a bien reçu copie. La forme que peut prendre cette confirmation importe peu; elle peut être une simple lettre remerciant le client de vous avoir confié cette nouvelle affaire, en prenant soin de détailler de quoi il s'agit, ou encore, il peut s'agir d'une véritable convention de mandat.

À cette occasion, les aspects connexes au dossier dont vous ne vous occuperez pas auront été clairement identifiés; par exem-

(Voir Loterie... page 3)



## Modification à votre contrat d'assurance

Par: **Me Marie-Chantal Thouin**  
 Coordonnateur, Service de prévention  
 Fonds d'assurance responsabilité  
 professionnelle du Barreau du Québec

Vous le savez, **depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2003, la limite de garantie du Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec est de 10 000 000 \$, et ce sans frais supplémentaires.**

Cette modification permet de pallier les augmentations excessives des primes exigées par les assureurs responsabilité excédentaire commerciaux.

Il importe toutefois de noter que la limitation interjuridictionnelle de la police du Fonds demeure à 1 000 000 \$. Ainsi, les membres qui, en plus d'une protection simplement excédentaire, maintiennent aussi une garantie dont la nature

est plus large que celle offerte par le Fonds, par exemple, celle couvrant les poursuites intentées à l'extérieur du Canada, devraient discuter des diverses possibilités avec leur assureur respectif.

Suite à cette modification dans les protections offertes, plusieurs assurés qui avaient acheté une police d'assurance excédentaire pour cette tranche de 5 000 000 \$ auprès d'assureurs commerciaux en ont déjà obtenu la résiliation, afin de profiter d'un remboursement de primes en communiquant directement auprès de leur assureur respectif ou représentant.

L'avenant standard, dont le texte est joint à la présente édition du *Bulletin de prévention*, doit être attaché à votre police en vigueur le cas échéant pour référence future.

## INDEX

- Un billet de loterie pour votre client! p. 1
- Modification à votre contrat d'assurance p. 1
- Humour p. 1
- Conséquences méconnues de la prise en paiement p. 2
- L'assureur de votre client a-t-il été avisé? p. 4

### Avis

Cette publication est un outil d'information dont certaines indications visent à réduire les risques de poursuite, même mal fondée, en responsabilité professionnelle. Son contenu ne saurait être interprété comme étant une étude exhaustive des sujets qui y sont traités, ni comme un avis juridique et encore moins comme suggérant des standards de conduite professionnelle.



## Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec

### AVENANT N° 1

Le présent avenant ne s'applique qu'aux polices dont l'**Assuré** désigné à l'article 1 des **CONDITIONS PARTICULIÈRES** est, au 1<sup>er</sup> juillet 2003, membre en règle du Barreau du Québec et n'est pas exempté de l'obligation de souscrire au **Fonds d'assurance**.

À compter du 1<sup>er</sup> juillet 2003, l'article 4 des **CONDITIONS PARTICULIÈRES** est modifié pour se lire:

4 - Limite de garantie par **Sinistre**:  
10 000 000 \$ sous réserve d'une limitation  
interjuridictionnelle de 1 000 000 \$ (voir **2.02.1**)

Sous réserve de la modification ci-dessus, la police demeure inchangée.

**FONDS D'ASSURANCE RESPONSABILITÉ  
PROFESSIONNELLE DU BARREAU DU QUÉBEC**

  
Par: René Langlois, directeur général

# Conséquences méconnues de la prise en paiement

Par: Me Christian M. Tremblay, Associé  
de Grandpré Chait, s.e.n.c.

Nul n'est censé ignorer qu'un créancier hypothécaire qui exerce contre son débiteur la prise en paiement d'un bien éteint, de ce fait, l'obligation garantie par l'hypothèque grevant ce bien (article 2782 C.c.Q.). Ainsi, le créancier hypothécaire ayant exercé le recours de prise en paiement conserve-t-il cependant un recours distinct contre des tiers responsables de dommages découverts lors de l'exercice de la prise en paiement? L'effet de la prise en paiement est-il limité uniquement à l'obligation contractée par le débiteur hypothécaire?

Il y a un peu plus de trois (3) ans, la Cour d'appel dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins Terrebonne c. Me Sylvie Parent et al.*, [2000] R.J.Q. 1048, reconnaissait qu'il était toujours possible pour le créancier hypothécaire ayant subi des dommages, d'intenter un recours après avoir exercé avec succès le recours en dation en paiement. En l'occurrence, la Caisse populaire avait poursuivi la notaire Parent pour avoir instrumenté un acte de prêt hypothécaire en contravention avec le mandat confié, dont notamment quant au prix de vente de l'immeuble devant servir de garantie au prêteur. Le prix réel n'était pas celui déclaré à l'acte de vente.

La Cour d'appel reconnut que la créance fondée sur le prêt hypothécaire était éteinte à l'égard du débiteur hypothécaire (suite à la prise en paiement) mais que la Caisse n'était nullement forclosée de réclamer des dommages équivalents à sa perte (s'il en reste une après l'exercice de la prise en paiement contre son débiteur hypothécaire) contre un tiers responsable qui a commis une faute civile ayant un lien de causalité avec cette perte.

L'arrêt Parent de la Cour d'appel semblait mettre à l'écart plusieurs décisions rendues par les tribunaux au fil des dernières années, établissant que le créancier en exerçant un recours en dation en paiement effectuait un choix le privant de réclamer d'un tiers le remboursement d'une créance remboursée et éteinte (voir notamment: *Trust Général du Canada c. Tétrault*, C.A. Montréal, n° 500-09-000588-830, 11 mai 1987, confirmant la décision de l'honorable juge Forget, C.S. Montréal, n° 500-05-002819-801, 24 février 1983, *Les Investissements Sometco Inc. c. Hartenberg*, [1994] R.R.A. 806 (C.S.), *Paradis c. Vallière et al.*, C.Q. Québec, n° 200-02-004582-955, 12 mars 1997, J. Laberge, *Entreprises Immobilières Dumais Ltée c. Thibeault*, [1997] R.D.I. 584 (C.S.), *Caisse populaire St-Joseph de Hull c. Jacob*, C.S. Hull, n° 550-05-001301-939, 9 juillet 1998, J. Fréchette, *Caisse populaire Desjardins Saint-Bruno c. Sylvestre, Leblond, Châteauveuf, Avoine et al.*, C.S. Longueuil, n° 505-05-000557-956, 9 décembre 1998, J. Chabot).

Tout récemment, la Cour d'appel a eu à nouveau à se pencher sur la question de l'effet de la prise en paiement à l'égard des tiers. Le 7 avril 2003, sous la plume de l'honorable Danielle Grenier, j.c.a. (ad hoc), la Cour d'appel dans l'arrêt *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 2003-770 (C.A.) devait déterminer si la Banque pouvait exercer un recours en dommages contre le notaire ayant instrumenté le prêt hypothécaire, alors qu'il avait déclaré faussement que les taxes municipales et scolaires avaient été payées par le débiteur hypothécaire. Ce dernier s'était engagé dans l'acte de prêt à payer lesdites taxes. La Banque exerça son recours contre le Fonds (l'assureur du notaire fautif) afin de récupérer les taxes ayant été acquittées par elle et ce, après que l'immeuble eut fait l'objet d'une prise en paiement (ce recours avait cependant été cédé par la Banque à une compagnie à numéro).

L'honorable juge Grenier précise que:

«La question est donc de savoir si la prise en paiement a eu pour effet d'éteindre la créance de la Banque ou, posée autrement, si elle a eu pour conséquence de compenser entièrement le préjudice qu'elle a subi.»

Elle répond à la question en établissant une portée très large à l'interprétation qui doit être donnée à l'article 2782 C.c.Q.

Madame la juge Grenier établit tout d'abord que le préjudice de la Banque (les taxes payées par elle) a été causé par deux fautes distinctes: celle du débiteur hypothécaire et celle du notaire.

L'honorable juge se dit d'avis que la Banque ayant choisi la prise en paiement comme moyen de réalisation de sa créance, elle a été compensée entièrement du préjudice qu'elle a subi et ce, malgré la faute du notaire. Par le délaissement du bien garantissant le paiement de la créance, la Banque (via son cessionnaire) a donc été payée (ou remboursée) par l'obtention de la propriété du bien en question. L'obligation du débiteur hypothécaire envers la Banque étant éteinte par la prise en paiement (article 2782 C.c.Q.), la créance garantie est également éteinte même s'il n'y a pas de correspondance exacte entre la valeur du bien et la valeur de l'obligation.

La Cour rappelle un principe de base voulant que le créancier a généralement intérêt à choisir le recours de prise en paiement lorsqu'il peut acquérir un bien d'une valeur supérieure à celle de sa créance. S'il veut conserver ses recours personnels contre son débiteur pour lui faire acquitter ses pertes prévisibles, le créancier va choisir un recours hypothécaire autre que la prise en paiement. Puis, elle ajoute:

«Par contre, lorsque le créancier choisit la prise en paiement et que cet exercice lui rapporte des sommes inférieures à la valeur de sa créance, il ne peut alors prétendre avoir droit au remboursement de la différence entre la dette et la réalisation de la garantie. En effet, non seulement le créancier a-t-il l'option d'autres recours dès la survenance du défaut du débiteur, mais il peut également changer de recours entre-temps, au moins jusqu'au délaissement du bien.»

Selon l'honorable juge Grenier: «En optant pour la prise en paiement, la Banque a éteint la créance qu'elle aurait pu faire valoir contre le Fonds, privant par surcroît ce dernier du recours subrogatoire qu'il aurait pu exercer contre Canada Inc.»

Madame la juge Grenier écarte l'arrêt Parent (précité) au motif que la Cour d'appel bénéficie maintenant de l'enseignement de la Cour suprême dans l'arrêt *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882 reconnaissant l'obligation *in solidum* entre deux créanciers d'une même obligation ayant pour origine des obligations contractuelles distinctes. D'ailleurs, cet arrêt de la Cour suprême fut repris peu après par la Cour d'appel dans *Chartré c. Exploitation agricole et forestière des Laurentides Inc.*, [2002] R.J.Q. 1623 (C.A.).

**Conséquemment, puisqu'il existait une obligation *in solidum* entre le débiteur de la Banque et le notaire, l'extinction de l'obligation envers le débiteur de la Banque privait le Fonds d'exercer son recours subrogatoire contre le codébiteur de la Banque.**

Quelques semaines plus tard (4 juin 2003) une autre formation de la Cour d'appel se pencha à nouveau sur la question. Dans l'arrêt *M.F.Q. Vie c. Dussault*, REJB 2003-42964 (C.A.), la notaire Dussault était poursuivie pour avoir décaissé un prêt hypothécaire sans s'être assurée de la radiation d'un privilège de l'entrepreneur général (les

(Voir *Conséquences...* page 3)

## Loterie... (Suite de la page 1)

ple les implications fiscales d'une transaction commerciale, les recherches de titres, les implications civiles d'une affaire pénale ou criminelle, etc. De cette façon vous éviterez les aléas d'une mémoire défaillante toujours possible de votre client à propos de ces limitations pourtant convenues au départ.

Une décision récente rendue par la Cour d'appel<sup>1</sup> met bien en lumière les difficultés qui peuvent se soulever lorsque tout n'a pas été mis par écrit. Dans cette affaire, un avocat criminaliste reçoit mandat d'une cliente qui est accusée de trois actes criminels, soit d'incendiat, de complot et de tentative de frustrer l'assureur. À l'issue de longues procédures judiciaires et d'un nouveau procès, la cliente est acquittée.

Dans l'intervalle, la cliente apprend que tout recours contre son assureur est dorénavant prescrit. Elle reproche à son avocat de ne pas l'avoir conseillée adéquatement en regard de sa réclamation d'assurance, et plus particulièrement de la date où son recours contre l'assureur se prescrirait pour la perte subie à la suite de l'incendie.

Un écrit au dossier confirmant la spécificité du mandat reçu

aurait rapidement mis fin au débat. La Cour a cru l'avocat qui affirmait avoir informé sa cliente qu'elle devrait consulter un avocat civiliste sur la question des assurances. Tout reposait exclusivement sur la crédibilité des parties, si s'en fallut de peu pour que le tribunal trouve l'avocat responsable.

L'importance de bien documenter le dossier dès le début ne fait pas de doute pour la plupart, bien que l'on néglige parfois de le faire. Ce qui par contre est très souvent oublié est l'écrit qui marque la fin du mandat.

Vous fermez votre dossier? Aidez votre client. Il importe de le faire, que le client ait eu gain de cause ou non. Dans ce dernier cas, les habiletés nécessaires pour rédiger la lettre confirmant la fin du mandat de manière compréhensive devront être développées afin d'éviter de soulever plus d'insatisfaction encore chez le client. Il est approprié que cet écrit résume bien les différentes étapes du dossier de façon objective et neutre, et expose également les différentes options qui s'offrent au client, comme la possibilité d'en appeler, ou encore l'existence d'autres recours, pour ne nommer que celles-ci. Terminez en lui rappelant que son dossier est disponible s'il désire venir le reprendre.

Souligner la clôture du mandat met fin à toute ambiguïté, car même le mandat le plus simple peut être source de confusion. Par exemple, il pourrait effectivement arriver que le client croit erronément qu'une première relation fait de vous son conseiller juridique attitré.

La clôture du mandat peut aisément se faire avec l'envoi du compte final. L'important c'est qu'il soit manifeste que vous n'agissez plus.

En certaines circonstances, notamment en cas de mésentente au cours du mandat, lorsque votre client vous apprend qu'il entend révoquer celui-ci, ou encore lorsque des procédures judiciaires sont pendantes, il est approprié de ne pas tarder et de donner avis, conformément aux dispositions en vigueur (art. 249 C.p.c), que vous entendez cesser d'occuper. Il s'agit du seul moyen d'éviter que votre client et vous ne gardiez un souvenir différent du moment où vous avez bel et bien cessé de le représenter.

Un excès de confiance de la part de l'avocat est souvent le dénominateur commun à toutes ces situations où il n'y avait pas d'écrit suffisant. Confiance accrue pour diverses raisons; parce qu'il s'agit d'un secteur dans lequel on pratique depuis longtemps, parce que la demande formulée par le client est peu complexe, ou encore parce qu'il s'agit d'un client de longue date avec lequel on a développé une relation privilégiée.

**Des réclamations faciles à éviter! Prenez quelques minutes pour confirmer par écrit au client les paramètres du mandat confié, les changements qui se produisent en cours de route et à la fin. Vous économiserez un temps précieux en cas de litige.**

En l'absence de documentation adéquate à votre dossier, votre client pourrait rapidement comprendre qu'il a entre les mains un billet de loterie, gagnant de surcroît! Pour l'encaisser, il lui suffit d'entreprendre un recours en responsabilité professionnelle, de prétendre que le mandat était beaucoup plus large que ce que vous croyiez, et vous voilà dans une position très délicate, où tout reposera sur la crédibilité des parties.

*Inspiré de: «Give Your Client a Winning Lottery Ticket by Failing to Document Scope of Representation», par Mark Bassingthwaighe, Risk Management Report, ALPS.*

## Conséquences... (Suite de la page 2)

faits litigieux étaient antérieurs à 1994). Le prêteur hypothécaire avait dû désintéresser l'entrepreneur général et certains sous-traitants pour obtenir la radiation du privilège et une quittance complète et finale relativement à l'action sur privilège intentée par l'entrepreneur. Suite à un jugement de dation en paiement, le prêteur hypothécaire était devenu propriétaire de l'immeuble.

Par son action contre le notaire, le prêteur cherchait à obtenir le remboursement des sommes versées à l'entrepreneur général et aux sous-traitants.

Référant à l'arrêt Banque Nationale (précité), rendu quelques semaines plus tôt, l'honorable juge Proulx résuma la situation comme suit:

*«Cette Cour a conclu que par l'effet de la prise en paiement, la créance contre le débiteur hypothécaire était éteinte, comme l'est l'obligation du notaire pour sa faute professionnelle étant in solidum avec celle du débiteur hypothécaire.»*

Bien qu'ayant écrit des motifs distincts, l'honorable juge Fish appliqua les principes émis par l'arrêt Banque Nationale.

Conséquemment, il semble maintenant relativement clair qu'**un prêteur hypothécaire qui opte pour une prise en paiement éteint non seulement l'obligation principale de son débiteur hypothécaire, mais également toute obligation contractuelle dont un tiers pourrait être codébiteur in solidum avec le débiteur hypothécaire ainsi libéré par la prise en paiement.**

Ainsi, si vous représentez une institution financière ou un autre type de prêteur hypothécaire et que votre client songe à exercer un recours contre un tiers responsable d'un dommage issu d'une obligation *in solidum* avec le débiteur hypothécaire, peut-être vaudrait-il mieux y songer à deux reprises avant de recommander d'opter pour la prise en paiement. Les autres recours hypothécaires permettront à votre client de préserver ses droits contre le tiers responsable, pourvu qu'il subsiste une perte directement liée à la faute commise par ce tiers.

**Parce que la prévention,  
c'est encore la meilleure solution!**

1 C.A. Montréal, 500-09-009074-998, 4 juillet 2003, jj. Gendreau, Rousseau-Houle et Nuss

## L'assureur de votre client a-t-il été avisé?

Votre client vous confie le mandat de le représenter dès qu'il reçoit signification d'une action en responsabilité; ce que vous acceptez avec empressement et que vous faites à merveille, obtenant le rejet complet de la demande formulée à son encontre.

À la suite de cette décision favorable, votre client contacte son assureur responsabilité afin de lui réclamer le remboursement des honoraires qu'il vous a versés.

Problèmes à l'horizon! Il y a en effet de fortes probabilités pour que l'assureur refuse d'effectuer ce remboursement.<sup>1</sup> Il invoquera qu'il y a eu dénonciation tardive du sinistre lui ayant causé un préjudice et qu'au surplus, la réclamation, survenant plus de trois ans après la signification de l'action, est prescrite. En effet, pour plusieurs dossiers en cours et non assujettis aux nouvelles règles de procédure civile, le délai écoulé entre la signification de l'action et l'obtention du jugement peut largement excéder une période de trois ans.

Il est de jurisprudence constante que l'obligation de défendre et celle d'indemnisation sont deux obligations distinctes. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que: «L'obligation de défendre qui incombe à un assureur lui confère des droits [...]»<sup>2</sup> tels la conduite de la défense de l'assuré, la détermination de l'orientation de celle-ci et la décision de l'opportunité de régler ou non.<sup>3</sup>

Il est vraisemblable que le fait que l'assureur se soit vu dénoncer le sinistre bien plus de trois ans après la survenance de celui-ci, voire même au moment où jugement était déjà rendu, l'ait privé de ces droits.<sup>4</sup>

Par ailleurs, il est bien établi que toute action qui découle d'un contrat d'assurance se prescrit par trois ans (ce délai n'a pas été modifié par l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*). Quant au point de départ de ce délai, la Cour d'appel conclut:

«Les principes énoncés ci-haut m'amènent à conclure que le point qui marque le départ de la prescription du recours, qui sanctionne l'obligation de défendre de l'appelante (l'assureur) coïncide avec la date de signification de l'action [...]»<sup>5</sup>

Pourquoi ne pas prendre l'habitude de rappeler au client détenteur d'assurance responsabilité, que l'assureur doit être avisé promptement, de toutes circonstances susceptibles de donner ouverture à la protection dont il pourrait bénéficier.

1 Cette mise en situation est inspirée de l'affaire *AXA Boréal Assurances c. Université Laval*, REJB 2003-38381, (C.A.)

2 Id., par. 28

3 *Zurich du Canada c. Renaud et Jacob*, (1996) R.J.Q. 2160, (C.A.)

4 Notons que dans cette affaire, la conclusion du contrat et la survenance du sinistre sont antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1994, et que les dispositions actuelles obligeant l'assureur à prouver qu'il a subi un préjudice pour opposer à son assuré un retard d'avis n'existaient pas. Toutefois, il était prévu au contrat en cause que l'assureur ne pourrait invoquer le retard que dans la mesure où il en subirait un préjudice.

5 Supra note 1, paragraphe 45

Ce **Bulletin de prévention** est publié par le Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec

Service de prévention  
Me Marie-Chantal Thouin, Coordonnateur  
445, boul. Saint-Laurent, bureau 550  
Montréal, QC H2Y 3T8  
Téléphone: (514) 954-3452, ou 1-800-361-8495, poste 3282  
Télécopieur: (514) 954-3454  
Courrier électronique: info@assurance-barreau.com  
**Visitez notre site Internet: [www.assurance-barreau.com](http://www.assurance-barreau.com)**



**Une version anglaise est aussi disponible sur demande.  
An English version is available upon request.**