



# PRÆVENTIO

« Les plaisirs de l'hiver », œuvre de Claude Théberge

Mars 2008 | Volume 9 | n° 1

## SOMMAIRE

L'avocat a-t-il un devoir de conseil envers une autre partie que son client ?	1
Alerte à la fraude !	
Chèques certifiés contrefaits	6

«Avoir les yeux fermés ne veut pas toujours dire qu'on dort,  
ni les avoir ouverts qu'on voit.» **Bill Cosby**

## L'AVOCAT A-T-IL UN DEVOIR DE CONSEIL ENVERS UNE AUTRE PARTIE QUE SON CLIENT ?

Trois décisions permettent de cerner  
les paramètres de ce devoir.

Par M<sup>e</sup> Odette Jobin-Laberge,  
Lavery, De Billy, S.E.N.C.R.L.

### ■ L'affaire *Abou-Kasm c. Levine*<sup>1</sup>

Dans cette affaire, la Cour supérieure a déclaré que l'avocat, qui représentait le vendeur lors de la vente d'une résidence pour personnes âgées, avait une obligation de conseil envers l'autre partie, l'acheteur, cette dernière n'étant pas représentée par avocat.

Les circonstances étaient les suivantes : les acheteurs avaient signé une offre d'achat conditionnelle au transfert du permis requis pour l'exploitation de la résidence. Des négociations s'engagent et une première contre-offre indique qu'il n'y aura aucune garantie sur le nombre de résidents de la part du vendeur, et que les acheteurs devront acheter la compagnie pour que le permis de résidence soit transférable. Les acheteurs signent alors une contre-offre modifiant légèrement l'étalement du prix payable et précisant que le permis du Ministère des affaires sociales doit être obtenu pour 80 résidents. Le vendeur a accepté ces conditions mais le courtier demande alors aux acheteurs de signer une nouvelle offre au même effet que l'ensemble des offres antérieures, consolidant ces conditions au motif qu'elles étaient manuscrites. L'offre dactylographiée par le courtier mentionne que les acheteurs doivent acquérir la compagnie pour que le permis de résidence pour 80 personnes soit transféré. Le vendeur signe son acceptation sur un document identique sauf pour l'addendum où il est écrit que les acheteurs feront l'acquisition de la compagnie pour que le permis soit transférable et qu'un notaire a été mandaté pour obtenir le permis.

Après quelques tribulations sur le financement de la transaction, les parties se rencontrent au bureau des avocats pour la signature du contrat de vente.

Dès le début de la rencontre, l'avocat du vendeur, sachant que les acheteurs ne seraient pas représentés par avocat, leur présente un projet de lettre précisant que ceux-ci reconnaissent qu'en tout temps pertinent, son cabinet a été retenu par le vendeur et qu'il n'a aucunement été impliqué ni comme « aviseur légal » ni comme représentant dans les pourparlers et négociations de cette transaction. Les acheteurs reconnaissent également que la seule implication de l'avocat a été de préparer le contrat d'achat et de vente d'actions et un acte d'hypothèque en conformité avec l'offre d'achat déjà négociée. Les acheteurs signent cette lettre.

Par la suite, l'avocat montre aux parties le contrat rédigé en anglais à la demande du vendeur et l'un des acheteurs indique qu'il n'a qu'une connaissance restreinte de cette langue. L'avocat offre alors de rédiger le contrat en français et de remettre la clôture au lendemain mais le vendeur s'oppose à la remise et, finalement, les acheteurs décident de procéder pourvu que l'avocat traduise verbalement en français, de façon

1 – [2003] R.R.A. 643 (C.S.), règlement hors cour, en appel le 27-04-2005, no : 500-09-013393-038.

sommaire, les dispositions principales du contrat. La version anglaise du contrat indique que le vendeur ne fait aucune représentation ou garantie à propos du transfert du permis d'exploitation de la résidence et signale que ce transfert n'a pas encore été obtenu par le notaire Paré. L'avocat traduit simplement que le permis sera transféré par le notaire Paré. Devant l'insistance des acheteurs, l'avocat questionne le vendeur et apprend qu'en fait, aucun permis n'a jamais encore été émis et que le ministère tolère l'opération du centre. L'avocat est surpris d'apprendre que le permis n'existe pas et avise les acheteurs que la résidence fonctionne par tolérance.

Enfin, arrive ce qui devait arriver : le permis n'est jamais octroyé.

Les questions en litige étaient de savoir si l'avocat avait assumé une obligation contractuelle envers les acheteurs en faisant certaines représentations. Si une telle obligation existait, l'avocat l'a-t-elle respectée et exécutée correctement et, enfin, en l'absence de faute contractuelle, y-a-t-il eu faute extracontractuelle ?

Le juge Bishop reconnaît que le but principal de la lettre que l'avocat a présentée pour signature aux acheteurs était de limiter sa responsabilité en regard de la vente et, surtout, qu'il n'avait été aucunement impliqué dans les négociations entre les parties. Cependant, l'avocat a représenté aux acheteurs qu'il avait préparé l'acte de vente « **substantiellement en conformité** » avec l'offre d'achat. Le juge est d'avis que cette affirmation constituait une représentation « contractuelle » sur laquelle les acheteurs étaient en droit de se fier. Il ajoute que les représentations à l'effet que Me Paré pouvait obtenir le permis et que, même en l'absence de permis, le Ministère de la santé

tolérait l'opération du centre, étaient vraies et qu'il s'agissait de représentations faites dans un cadre contractuel.

Examinant s'il y avait faute dans l'exécution des obligations contractuelles et principalement dans celle de préparer l'acte de vente en conformité avec les offres et contre-offres échangées, le juge estime que l'avocat aurait dû modifier le texte du contrat lorsqu'il a constaté qu'aucun permis n'existait.

Quant au devoir de conseil, le juge conclut que l'avocat a accepté tacitement de conseiller les acheteurs. En effet, l'avocat savait ou devait savoir que le permis gouvernemental requis pour l'exploitation de la résidence était une condition essentielle à la vente et, ayant appris qu'il n'y avait pas de permis, il savait ou devait savoir que son transfert serait impossible et que la condition quant à son transfert devait être modifiée. Il devait donc en aviser l'acheteur de façon précise en lui expliquant les risques et conséquences de cette inexistence et en le conseillant quant aux mesures appropriées requises pour se protéger. Selon le juge, la preuve ne démontre pas que l'avocat a rempli ce devoir de conseil.

Malgré la présence de la lettre visant à déterminer l'étendue du mandat de l'avocat et à indiquer à la partie adverse qu'il ne la représentait pas, le juge conclut que l'avocat avait tout de même une obligation contractuelle à respecter lorsqu'il a représenté qu'il s'était engagé à reproduire dans l'acte de vente les conditions des offres et contre-offres précédentes. Un avocat raisonnablement prudent et diligent aurait donné des explications précises quant aux risques et conséquences découlant de l'inexistence du permis. Le juge ne se prononce pas

sur la faute extracontractuelle puisque cela est inutile. À noter, toutefois, que si le recours avait été exercé sur la base extracontractuelle, il était prescrit puisque, à l'époque, cette prescription était de 2 ans alors que la prescription contractuelle était de 30 ans.

## ■ L'arrêt *Bouchard c. Boucher* <sup>2</sup>

Dans cette décision récente, la Cour d'appel réfère à l'affaire *Abou-Kasm* et réitère que le conseiller juridique – en l'espèce un notaire qui agit dans le cadre d'une transaction commerciale – doit indiquer à une partie non conseillée par un professionnel qu'il est mandaté par une autre partie et l'aviser qu'il n'est pas tenu à la même vigilance dans la protection de ses droits que le serait son propre conseiller.

Dans cette affaire assez complexe, Bouchard avait conclu une entente avec un entrepreneur en construction en vertu de laquelle celui-ci devait trouver le financement nécessaire pour la réalisation d'un projet de copropriété résidentielle sur un terrain appartenant à la compagnie de Bouchard.

Un mois plus tard, l'entrepreneur l'informe qu'il avait trouvé des bailleurs de fonds et on convoque Bouchard chez le notaire Boucher pour la signature des documents pertinents. Lors de la rencontre, l'entrepreneur est accompagné de trois individus qu'il présente comme ses associés. Bouchard signe l'acte de vente notarié en vertu duquel il vend le terrain à la compagnie formée de l'entrepreneur et de ses associés pour la somme de 1 \$ en échange de 25% des actions de cette compagnie. Une résolution le désigne à titre de co-signataire à la banque conformément à l'entente convenue dans l'acte de vente.

Par la suite, Bouchard a de la difficulté à rester en contact avec les dirigeants de la nouvelle compagnie et, un an plus tard, constatant des activités sur le terrain qu'il avait vendu, il apprend que celui-ci avait été revendu pour près de 500 000 \$ et qu'il n'en avait jamais été informé. Il n'a pu retrouver les dirigeants de la compagnie dont il était actionnaire et il a donc poursuivi le notaire.

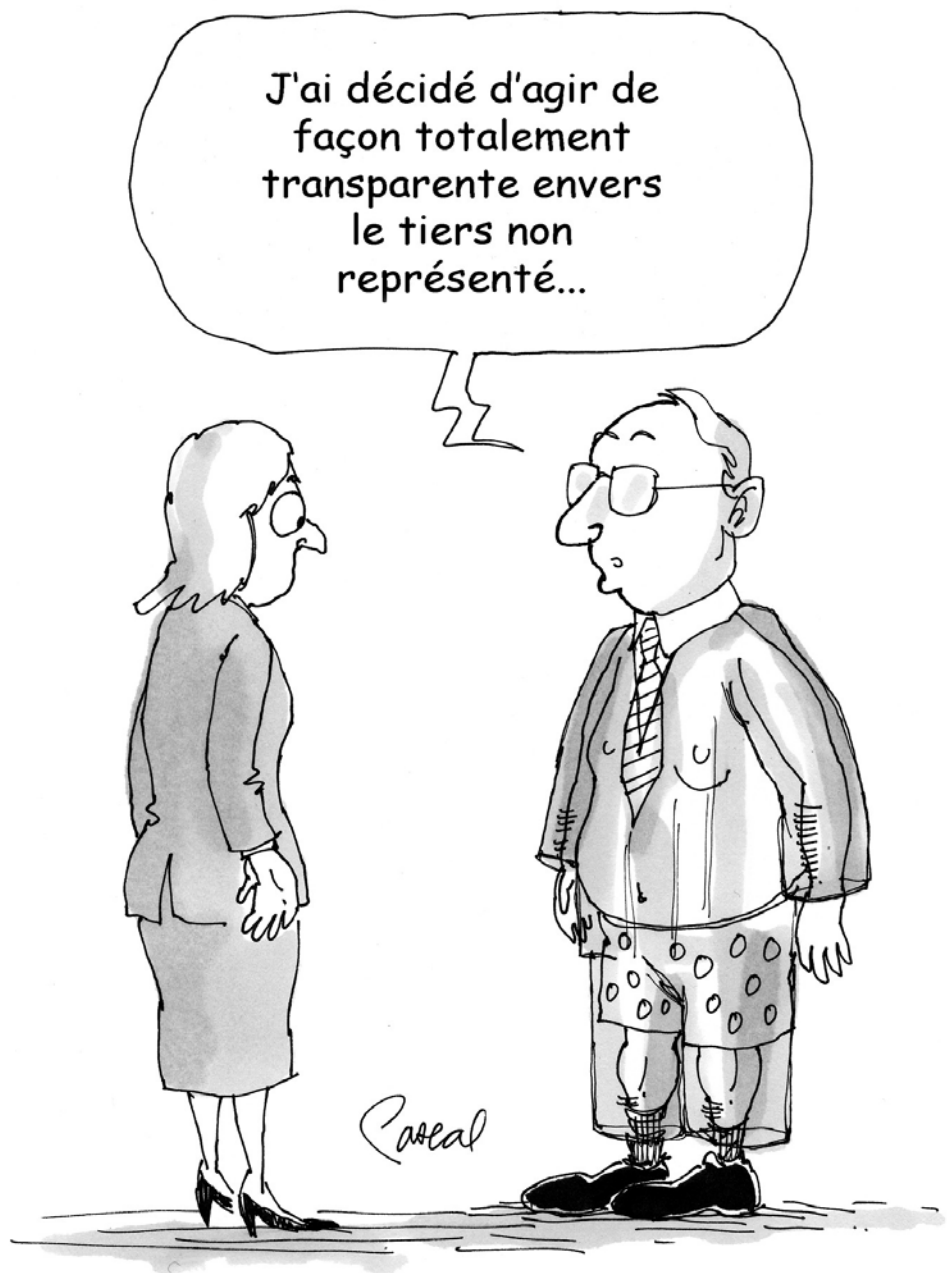
L'action fut rejetée en première instance, le juge ayant évalué qu'il y avait une distinction à faire entre le volet relatif à la vente de l'immeuble et celui visant l'organisation de la société quant à la portée du devoir de conseil. Il a conclu que si le volet immobilier n'avait pas existé, le notaire Boucher n'aurait eu aucune obligation de conseil envers Bouchard; celui-ci n'avait jamais parlé au notaire et, dans le cas d'une transaction entre deux compagnies, le notaire n'avait aucune obligation de conseiller un nouvel actionnaire et aucune disposition l'empêchait d'accepter le mandat d'un seul client.

La Cour d'appel, par la voix du juge Morissette, réexamine la question et indique que le devoir de conseil du notaire est relatif et s'analyse en fonction des particularités de chaque cas : importance de la contribution du notaire, niveau de connaissance et de confiance du tiers, importance ou nouveauté de la réglementation en cause, étendue du mandat, âge et scolarisation du tiers et, enfin, la présence d'un autre professionnel pour le conseiller.

Bouchard n'avait jamais eu de relation avec le notaire lequel ignorait l'existence de son entente antérieure avec l'entrepreneur, à savoir la vente de son terrain à une compagnie à numéros

pour la somme de 1 \$ en échange de 25% des actions. Bouchard n'a jamais divulgué cette entente au notaire et n'a pas cherché à obtenir d'autres précisions que celles que celui-ci lui a fournies lors de la séance de clôture.

En l'espèce, l'obligation de conseil du notaire était réduite au minimum et il n'a pas trompé la confiance de Bouchard en lui présentant la résolution bancaire puisque celui-ci connaissait une telle pratique dans la gestion d'une compagnie. Toutefois, même si la Cour d'appel en vient à la conclusion que le notaire n'a commis aucune faute causale, elle estime qu'il a tout de même commis une faute en ce qu'il aurait dû faire preuve de plus de transparence et révéler à Bouchard qu'il était mandaté et rémunéré par l'un des associés de la compagnie à numéros et qu'il n'était pas tenu de protéger ses droits avec la même vigilance qu'un conseiller mandaté par lui pourrait le faire.



■ **L'arrêt Savard c. 2329-1297  
Québec inc. (Hôtel Lord Berri inc.)** <sup>3</sup>

Savard et plusieurs autres investisseurs (« les commanditaires ») dans une société en commandite opérant l'Hôtel Lord Berri à Montréal, ont entrepris des procédures suite aux pertes financières subies dans cet investissement.

Outre Marleau et ses compagnies qui agissaient comme promoteur, placeur pour compte et commandité (ci-après Marleau), les commanditaires ont poursuivi les avocats ayant agi pour le vendeur de l'immeuble et pour Marleau.

Le fondement de leur recours est basé sur le manquement à une condition préalable à la clôture de la transaction, condition qui était énoncée au prospectus présenté aux commanditaires. La condition litigieuse prévoyait que la vente était sujette au consentement de la SDI et du prêteur hypothécaire au transfert de l'hôtel à la société en commandite. La SDI avait déjà versé une certaine somme et devait verser des montants pour les années subséquentes si certaines conditions étaient maintenues.

Au moment de la date de clôture, la SDI n'avait toujours pas confirmé son approbation pour le transfert de la propriété et du prêt à la société en commandite mais avait accepté de contre-signer une « lettre de réconfort » qui recherchait une déclaration d'intention quant à l'acceptation future du transfert par le conseil d'administration de la SDI.

Il est clair que l'avocate représentant les vendeurs et responsable de la séance de clôture, a avisé tous les intervenants présents lors de ladite séance que le consentement formel de la SDI

n'avait pas été obtenu et qu'il pourrait, éventuellement, être refusé. En dépit de ce fait, les parties à la transaction procèdent à la clôture, tel que prévu, le 13 mai 1987.

De fait, la SDI refuse d'autoriser le transfert à la fin mai 1987. Toutefois, la société en commandite continue à opérer l'hôtel et les difficultés financière ne commencent qu'en 1990, ce qui coïncide avec une baisse appréciable du taux d'occupation des chambres à Montréal qui s'est poursuivie jusqu'en 1992. En 1991, les commanditaires acceptent d'injecter une somme additionnelle pour couvrir la marge de crédit et assurer un fonds de roulement, mais sans succès. En mai 1992, une action est intentée contre Marleau ainsi que contre les avocats présents à la séance de clôture. En cours de route, il y a eu désistement contre Marleau et les différentes personnes morales qu'il représentait en raison de leurs faillites respectives, et seule la responsabilité des avocats fut examinée par les tribunaux.

En première instance, l'action fut rejetée contre les avocats et ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel.

Dans un jugement rédigé par la Cour, celle-ci examine la responsabilité des avocats dans le contexte du mécanisme de levée de fonds dans le public par une société en commandite et le rôle de la réglementation applicable à ce type de placement. Elle conclut que le prospectus donnait aux futurs investisseurs tous les renseignements pertinents tant sur l'identité des acteurs du projet que sur les avantages que les uns et les autres pouvaient en retirer. Le prospectus prévenait également les commanditaires du caractère spécula-

tif de l'investissement et de l'absence de marché secondaire pour la vente de leurs parts.

Après un examen attentif de la convention de placements pour compte, la Cour n'y voit aucune indication que les avocats ont accepté, à titre personnel, de se porter garants des obligations assumées par le placeur pour compte, ni qu'ils se sont engagés envers les souscripteurs à empêcher la tenue de la séance de clôture et l'émission des parts dans la société en commandite si l'une ou l'autre des conditions préalables n'était pas satisfaite <sup>4</sup>. La Cour conclut donc que les avocats ne peuvent être tenus responsables à l'égard des souscripteurs que s'ils ont manqué aux obligations découlant de leur mandat ou des exigences de la Loi sur les valeurs mobilières ou si leur comportement dénote un manque de diligence qui pourrait être qualifié de fautif. Elle examine donc si leur responsabilité peut être retenue à titre contractuel ou extracontractuel.

Selon la Cour supérieure et la Cour d'appel, aucun des avocats n'avait reçu le mandat de représenter la société en commandite ou les investisseurs la journée de la clôture. L'avocat qui avait représenté Marleau et la société en commandite l'année précédente s'était retiré du dossier et, s'il était présent le jour de la clôture, sa participation n'était le résultat d'aucun nouveau mandat confié par Marleau ou la société en commandite ; il n'avait donc aucun devoir contractuel envers les investisseurs. Quant à l'avocate représentant les vendeurs et le créancier hypothécaire, aucun élément de preuve n'établit que Marleau ou encore la société en commandite ait pu lui avoir

3 – 2005 QCCA 705.

4 – Par. [80].

confié un quelconque mandat. Son rôle actif dans la rédaction du prospectus, la préparation et la conduite de la séance de clôture l'ont simplement placée en contact avec Marleau. La conclusion de la première juge suivant laquelle celle-ci était l'avocate des vendeurs et de personne d'autre, est conforme à la preuve <sup>5</sup>.

La Cour examine ensuite la responsabilité extracontractuelle des avocats et rappelle que notre droit reconnaît que l'exécution d'un contrat peut donner ouverture à un recours extracontractuel contre un tiers. En l'espèce, l'exécution du contrat entre la société en commandite et les commanditaires pouvait-elle donner ouverture à un recours contre les avocats ayant agi pour l'une ou l'autre des parties ? Selon la Cour : « ... l'avocat n'agit pas, ne décide pas, il avise. Son devoir consiste à conseiller son client avec compétence, à observer à son endroit une stricte loyauté et à maintenir confidentiels leurs échanges. Certes, ces règles souffrent exceptions. L'avocat ne doit pas, par exemple, conseiller, endosser, couvrir ou participer à un acte criminel. En dehors des cas d'exceptions - on n'en plaide aucun ici - l'avocat peut-il engager sa responsabilité personnelle pour le préjudice économique subi par une personne qui n'est pas son client ? » <sup>6</sup>

La faute extracontractuelle d'un avocat résultera d'un manquement à la loi ou de la commission d'une négligence envers une personne à l'endroit de laquelle, dans les faits ou par sa conduite, il a contracté une obligation de prudence et de diligence. <sup>7</sup> L'évaluation de la responsabilité doit aussi s'inscrire dans le

contexte spatiotemporel dans lequel se situe le grief allégué. Elle s'évaluera à la lumière « *des circonstances de fait extérieures qui ont entouré l'acte ou l'omission reproché* ». <sup>8</sup>

L'avocat pourrait être responsable des dommages subis par un tiers si, en raison des circonstances de l'espèce, la relation professionnelle s'étend au-delà du client pour rejoindre ce tiers et engendrer ainsi une obligation envers celui-ci, entre autres lorsque l'acte professionnel est fautif en soi et que l'avocat sait ou devrait savoir que cet acte est aussi destiné à une autre personne dont la conduite sera nécessairement dictée par cette opinion ou cet avis. <sup>9</sup>

Réexaminant les faits, la Cour est d'avis qu'il est incontestable que la condition préalable du consentement de la SDI était importante et qu'elle n'a pas été satisfaite. Contractuellement, cette faute est imputable au commandité mais les souscripteurs et futurs commanditaires avaient, en toute connaissance de cause, confié au commandité, en réalité à Marleau lui-même, le mandat d'agir en leur nom et c'est dans ce contexte que l'on doit examiner si les avocats ont commis une faute.

La Cour écarte rapidement le cas de l'avocat qui avait déjà représenté Marleau car sa présence lors de la séance de clôture était limitée à la production de certaines pièces et il n'a pas été démontré qu'il représentait ses anciens clients.

Quant à l'avocate des vendeurs qui avait obtenu la lettre de réconfort de la part de la SDI, elle l'a déposée à la

séance de clôture. Bien qu'elle représentait les vendeurs ayant intérêt à la réalisation de la transaction, elle avait souligné à toutes les parties le fait que la lettre ne constituait pas l'autorisation formelle requise par les conditions préalables. Les parties ont alors agi de leur propre chef en signant les attestations de conformité en pleine connaissance de cause et aucune d'elles n'a prétendu à l'existence d'une opinion erronée ou fautive. Pour reprendre les termes de la Cour, l'avocate « *ne leur a rien caché ni n'a tenté de les influencer. Elle les a avisés, ils ont agi.* » Sa responsabilité ne fut donc pas retenue.

## Conclusion

On peut donc tirer de ces trois arrêts les conclusions suivantes :

- L'obligation de conseil envers la partie qui n'est pas son propre client variera selon les circonstances.
- Il pourra s'agir d'une obligation contractuelle, malgré une reconnaissance que l'avocat n'agit pas pour le tiers, par le simple fait de s'être engagé à transcrire fidèlement la volonté de toutes les parties exprimée dans des actes antérieurs (l'affaire *Abou-Kasm*).
- Il pourra y avoir une obligation extracontractuelle d'agir dans certaines circonstances mais si l'avocat a fidèlement représenté la réalité des choses et que les parties entre elles ont choisi d'agir en toute connaissance de cause, la responsabilité de l'avocat ne sera pas retenue (l'affaire *Savard*).

5 - Par. [89] et [91].

6 - Par. [94].

7 - Par. [97].

8 - Par. [98].

9 - Par. [99].

- Si le tiers n'est pas représenté, il peut y avoir obligation de conseil mais celle-ci sera modulée selon le degré de connaissance juridique et de scolarité de cette personne; dans tous les cas, l'avocat prudent devrait prévenir la partie non représentée non seulement qu'il représente l'autre partie mais également qu'il n'est pas tenu de protéger les droits de cette personne avec la même vigilance que lui devrait son propre conseiller (l'affaire *Bouchard*).
- L'existence d'un écrit avisant la partie non représentée que l'avocat n'agit pas pour elle et n'a pas l'obligation de veiller à ses intérêts de façon aussi vigilante que le ferait son propre avocat est certes prudente mais on doit s'assurer que, par la rédaction d'un tel écrit, l'avocat ne fasse pas de représentations qui puissent engager sa responsabilité contractuelle comme cela fut le cas dans l'affaire *Abou-Kasm*. Devant une situation délicate, la transparence est probablement la meilleure façon d'agir tel que cela fut fait dans l'affaire *Savard*. ☂

## ALERTE À LA FRAUDE !

### Chèques certifiés contrefaits

Nous avons été avisés que plusieurs avocats en Ontario ont été récemment victimes d'une nouvelle série de fraudes concernant des chèques certifiés contrefaits.

De façon générale, ces fraudes visent des opérations de prêts commerciaux, tel l'achat d'équipement. L'avocat est mandaté à la fois par le prêteur et l'emprunteur afin d'obtenir les garanties nécessaires pour l'emprunt.

Évidemment, l'affaire semble légitime. Habituellement, il s'agit d'un nouveau client qui est pressé d'agir. À ce jour, les fraudeurs ont visé principalement les avocats travaillant à leur propre compte et les avocats exerçant en petits cabinets.

Ainsi, l'avocat reçoit et dépose le chèque certifié qui finance l'opération, tirant ensuite des chèques certifiés selon les instructions de l'emprunteur. Évidemment, quelques jours plus tard, on informe l'avocat que le chèque certifié du prêteur est un faux... L'avocat se retrouve alors avec un manque à gagner dans son compte en fidécommiss.

La vigilance et la prudence s'imposent donc en tout temps, particulièrement à l'égard de clients que vous ne connaissez pas depuis très longtemps. Protégez-vous en demandant à votre institution financière de contacter la banque qui a émis le chèque certifié pour en vérifier l'authenticité et pour confirmer qu'il y a effectivement des fonds dans le compte.<sup>1</sup> ☂

1 – Tiré de *Fraud alert – Counterfeit certified cheques*; Law Society of Upper Canada



AVIS

### Service de prévention

M<sup>e</sup> Isabelle Guiral, Coordonnateur aux activités de prévention  
Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec  
445, boul. Saint-Laurent, bureau 300  
Montréal (Québec) H2Y 3T8  
Téléphone : (514) 954-3452 ou 1-800-361-8495, poste 3282  
Télécopieur : (514) 954-3454  
Courrier électronique : [iguiral@barreau.qc.ca](mailto:iguiral@barreau.qc.ca)  
Visitez notre site Internet : [www.assurance-barreau.com](http://www.assurance-barreau.com)

Assurance  
responsabilité  
professionnelle  
**Barreau**

Une version anglaise est aussi disponible sur demande. / An English version is available upon request.  
Tous les bulletins Praeventio antérieurs sont disponibles à l'adresse suivante : [www.assurance-barreau.com/fr/bulletin.html](http://www.assurance-barreau.com/fr/bulletin.html)

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.

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