

L'ÉTHIQUE ET LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE DES JURISTES EN MATIÈRE DE COMPÉTENCE

RENÉ LAPERRIÈRE*

La compétence professionnelle constitue le fondement de l'établissement des monopoles de pratique aux corporations professionnelles juridiques, et cette compétence est généralement mentionnée dans les obligations des codes de déontologie. Cependant, le nombre de poursuites pour incompétence et de décisions judiciaires condamnant des avocats ou des notaires pour erreur ou omission semble peu élevé, si on le compare par exemple aux cas de responsabilité médicale. L'auteur examine ici l'évolution de la jurisprudence, particulièrement dans la détermination du critère de la faute, et tente d'évaluer l'influence des régimes d'assurance-responsabilité obligatoire, pour conclure sur les moyens à mettre en oeuvre pour mieux contrôler et sanctionner la compétence des juristes.

Professional competence is at the heart of the establishment of monopolies of practice for the legal profession and is mentioned generally among the obligations within professional codes of ethics. At the same time, the number of lawsuits relating to incompetence and the number of judicial decisions condemning lawyers for errors or omissions seem quite high when compared with, say, the medical profession.

The author examines the evolution of jurisprudence in the area of professional competence, particularly in the determination of criteria of fault, and evaluates the influence of mandatory liability insurance. The article concludes with a proposal for the means which should be put in place to better control and sanction the professional competence of lawyers.

PLAN

I. INTRODUCTION	883
A. COMPÉTENCE, MONOPOLE PROFESSIONNEL ET DÉONTOLOGIE	883
B. COMPÉTENCE ET RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE	885
II. LA FAUTE PROFESSIONNELLE LIÉE À L'INCOMPÉTENCE AU QUÉBEC	887
A. L'INCOMPÉTENCE GÉNÉRATRICE DE FAUTE PROFESSIONNELLE	888
B. LA DÉFINITION CLASSIQUE DE LA FAUTE LIÉE À L'INCOMPÉTENCE	889
C. L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE RÉCENTE	891
D. LE DOMMAGE, LE LIEN DE CAUSALITÉ ET L'INDEMNISATION	893
III. LA FAUTE PROFESSIONNELLE LIÉE À L'INCOMPÉTENCE DANS LES PROVINCES DE COMMON LAW	895
A. LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE	895
B. L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA JURISPRUDENCE	898

IV.	L'INFLUENCE DE L'ASSURANCE-RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE	900
A.	LE CONTEXTE ET LES EFFETS DES CHANGEMENTS INTERVENUS	900
B.	LES RÉGIMES ET LEURS RÉSULTATS	901
V.	CONCLUSION	903
A.	LE BILAN DE L'ÉTAT DU DROIT ET DE SON ÉVOLUTION	903
B.	LES VOIES D'UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA COMPÉTENCE	904

I. INTRODUCTION

A. COMPÉTENCE, MONOPOLE PROFESSIONNEL ET DÉONTOLOGIE

Lorsque l'on cherche le fondement ou la légitimité de l'attribution d'un monopole légal de pratique aux avocats et aux notaires, l'on retrouve invariablement invoquée la compétence particulière de ceux-ci en matière juridique.¹ La loi elle-même ne parle pas directement de monopole ni ne cherche à le justifier; mais lorsque ce monopole est mis en cause, comme dans l'affaire *Andrews*,² les juges estimeront volontiers et tout naturellement que la protection du public ne peut être réalisée que par l'exclusivité accordée aux seules personnes compétentes en la matière, celles qui ont reçu une formation professionnelle et qui ont rempli les conditions d'admission des corporations professionnelles à la pratique du droit, parce qu'elles sont réputées seules à posséder la compétence juridique requise. La doctrine adopte tout naturellement le même raisonnement. David Stager³ a décrit le rapport entre la compétence et le monopole professionnel de la façon suivante:

The major rationale for a profession being permitted to govern itself is that its members are thought to be the people best qualified to assess the competence of new entrants and to ensure the quality of service provided by continuing practitioners.... It may be surprising therefore to find that law societies have not yet implemented a means for periodically testing the legal knowledge of their members. Indeed, they have seldom disbarred individual for even the most obvious incompetence. But this shortcoming is not restricted to Canada, or even to the legal profession generally. Philip Lewis (1982)

¹ Une auteure française, citée avec autorité par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374 à la p. 378, relie l'obligation de compétence des notaires à leur situation de monopole: J. de Poulpiquet, «La responsabilité civile et disciplinaire des notaires» (1974) L.G.D.J. 15.

² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Dans cette affaire, qui portait sur la constitutionnalité de l'article 42 de la loi de Colombie-Britannique imposant un fardeau d'attente de trois ans aux résidents permanents pour pouvoir pratiquer le droit, la Cour suprême du Canada a estimé qu'il y avait violation du droit à l'égalité (article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*), puisque les résidents permanents constituent une minorité discrète et isolée, défavorisée et exclue, et que cette violation ne constituait pas une limite raisonnable au sens de l'art. 1er de la *Charte*, parce qu'il n'existait pas de lien rationnel suffisant entre la citoyenneté et l'intérêt du gouvernement à garantir que les avocats connaissent suffisamment les affaires et les institutions locales pour pratiquer le droit avec compétence.

³ David A.A. Stager, *Lawyers in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1990 à la p. 45.

has noted that all of the professions have been reluctant to concern themselves with incompetence or bad work, despite their assertions that "only professionals have the expertise to judge the quality of professional work".

Cette présomption de compétence, qui semble un paradigme dans le milieu juridique tant elle est peu contestée, fait aussi l'objet de règles dans les codes de déontologie censés définir l'éthique de la profession. La possession et le maintien de la compétence figure d'ailleurs aux premiers rangs des obligations éthiques imposées aux avocats dans le Code de déontologie professionnelle de l'Association du barreau canadien (ABC),⁴ immédiatement après l'obligation de probité. La règle pertinente se lit comme suit:

- (a) L'avocat doit pouvoir s'acquitter, avec compétence, des services juridiques qu'il a entrepris pour son client.
- (b) L'avocat doit accomplir sa tâche consciencieusement et lui fournir des services d'une qualité équivalente à celle que des avocats eux-mêmes attendraient, en général, d'un confrère compétent placé dans la même situation.

Le commentaire du Code de l'ABC sur cette règle énonce que la compétence comprend les connaissances, l'expérience et les aptitudes requises, et que le client peut la présumer chez le professionnel du simple fait de son appartenance à la corporation. Il en découle que l'avocat ne devrait pas accepter un mandat qu'il ne peut remplir en toute compétence, celle-ci étant acquise ou devant s'acquérir dans un délai raisonnable.⁵ Le Code en fait même un «impératif moral distinct des normes de diligence qui seraient considérées par un tribunal dans le cadre d'une action en responsabilité».⁶

Nous ne voulons pas passer en revue tous les codes de déontologie des professions juridiques, au Canada ou ailleurs, mais il nous suffira de constater pour les fins de cet

⁴ Association du barreau canadien, Code de déontologie professionnelle, chap. 2: «Compétence et qualité des services». Ces dispositions ont été ajoutées au Code en 1974 seulement, et seraient d'inspiration américaine, selon W.H. Hurlburt, «Incompetent Service and Professional Responsibility» (1980) 18 Alta. L. Rev. 145 à la p. 145: «Until very recently the governing bodies of the profession concerned themselves only with standards of conduct, i.e. ethical standards, and not with standards of performance, i.e. competence, and did not perceive that failure to provide competent service may itself be unethical».

⁵ Voir à ce sujet: W.H. Hurlburt, *supra* note 4, à la p. 149: «There are at least two great reasons for saying that the profession should on principle assume responsibility. One is that it is unethical for a lawyer to undertake to give service which he is not competent to undertake... The second is that incompetent legal service is as injurious to the public and as difficult for the public to detect as is unethical legal service of other kinds».

⁶ Sur les rapports entre l'obligation déontologique et la responsabilité civile, voir L. Janelle, *L'impact de l'introduction de la faute disciplinaire en matière de responsabilité civile*, Mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1988 [non publiée]. Celle-ci démontre dans le domaine professionnel l'application d'un principe dégagé dans l'arrêt *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570 à la p. 580, à l'effet que la contravention à un norme élémentaire de prudence et de diligence (comme l'obligation de compétence) imposée par voie réglementaire (comme un code de déontologie) constitue une faute civile. La responsabilité civile, comme le manquement disciplinaire, reposent l'une et l'autre sur une notion commune de faute.

exposé que le *Code de déontologie des avocats* du Québec⁷ n'énonce spécifiquement aucune obligation en ce sens, mais y réfère indirectement: est-ce que la présomption de compétence fondant le monopole serait tellement forte qu'elle n'aurait point besoin de légitimation. Ce n'est en effet qu'à l'article 3.01.01 que l'on trouve une mention des aptitudes, des connaissances, des moyens et de la préparation de l'avocat, lorsqu'on fait à l'avocat l'obligation de tenir compte de ses limites avant d'accepter un mandat. On ne trouve ici énoncée aucune obligation de maintenir sa compétence, au moyen d'une formation continue par exemple. Faut-il en déduire une moindre préoccupation du Barreau du Québec à l'égard du niveau de compétence de ses membres? Notons par contraste que dans le *Code type de déontologie* de l'Office des professions, la qualité des services vient en premier dans les devoirs et obligations envers le public, immédiatement après la conscience de ses limites que doit avoir un professionnel dans l'exécution de ses devoirs et obligations envers le client; c'est aussi le manque de compétence qui survient en premier dans l'énumération des fautes relatives à la sécurité du public.

B. COMPÉTENCE ET RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

Voilà pour les principes. Il faut constater cependant que la profession s'est publiquement inquiétée de l'augmentation spectaculaire de poursuites en responsabilité contre ses membres et de réclamations aux fonds d'indemnisation ou d'assurance-responsabilité, qu'elle attribuait principalement à un manque de compétence.⁸ Mais ces déclarations à l'emporte-pièce, de facture générale et peu documentées, avaient pour effet de dramatiser une situation qui n'était peut-être pas si préjudiciable aux membres de la profession. Lorsque l'on considère la jurisprudence en matière de responsabilité professionnelle, il semble que les avocats, et même les notaires, soient beaucoup moins souvent condamnés à des dommages-intérêts résultant de leurs erreurs ou de leurs omissions, que d'autres professionnels, particulièrement dans le domaine de la santé.

Faut-il en déduire que les professionnels du droit sont réellement plus compétents que ceux des autres disciplines? Nous préférons présumer que les niveaux d'excellence et d'incompétence sont statistiquement comparables dans toutes les professions, et suivent grosso modo la célèbre courbe de Gauss. Peut-on penser alors que les juges seraient plus tolérants ou moins sensibilisés aux fautes professionnelles des avocats,

⁷ R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1.

⁸ Association du Barreau Canadien, *Les experts méconnus: les juristes spécialisés dans le Canada d'aujourd'hui*, Rapport du comité spécial de l'ABC sur la spécialisation au sein de la profession juridique, 1983. On peut y lire en page 8: «La qualité des services juridiques est menacée. Les clients continuent de porter plainte contre leurs avocats pour retard et manque d'attentions. Le nombre de poursuites en responsabilité professionnelle où jugement est rendu contre l'avocat augmente. Les réclamations fondées sur des erreurs ou des omissions connaissent une hausse spectaculaire. L'on peut certainement se demander si l'incompétence a atteint un point critique en ce qui concerne la plaidoirie devant les tribunaux et certains aspects de la pratique. Il demeure qu'en cette période de changement rapide et de complexité grandissante de plusieurs domaines du droit, la profession est fort préoccupée par la question des solutions à apporter au problème de l'incompétence».

étant issus du même milieu et possédant la même formation?⁹ Ou alternativement que les juristes sauraient mieux protéger leur réputation en réglant réalistement les litiges par transaction au lieu de contester à tout prix les actions en responsabilité intentées contre eux, sachant combien le résultat d'un procès peut être aléatoire?

Pour ne pas nous perdre en conjectures, et ne disposant pas des moyens de mener une enquête statistique complète et comparée dans les archives judiciaires, nous avons entrepris l'examen qualitatif de la jurisprudence publiée et de la doctrine qui la commente, pour tenter de vérifier la manière dont l'obligation de compétence est sanctionnée par les tribunaux québécois et canadiens. Nous nous en tiendrons aux arrêts traitant de la responsabilité civile des avocats et des notaires pour des erreurs ou des omissions reliées à leur compétence en droit, entendue comme la connaissance de la loi, des principes juridiques, des procédures, et des moyens de les faire valoir devant les tribunaux ou dans les contrats et autres actes juridiques.

Il nous importe peu en effet d'examiner ici les cas beaucoup plus nombreux où ces professionnels ont été condamnés pour négligence (sauf dans la mesure où celle-ci révèle une incompétence),¹⁰ pour inexécution de mandat, pour défaut de représentation, pour bris de confidentialité, pour détournement de fonds, pour conflit d'intérêt ou autre malhonnêteté, telle le fait de cacher des preuves ou d'inciter au parjure. Nous ne voulons pas nous étendre sur les cas où la responsabilité du professionnel découle d'une incapacité physique ou mentale, ou d'une mauvaise gestion de son étude, puisqu'il s'agit là d'incompétence non reliée à ce qui fait la spécificité du juriste, soit sa connaissance du droit et de l'appareil judiciaire. Nous ne considérerons pas non plus les décisions disciplinaires des corporations professionnelles juridiques,¹¹ parce que si l'on veut mesurer le degré véritable de protection dont jouit le public, ce sont les

⁹ G.B. Maughan, «La défense du professionnel», dans Canadian Institute, *Responsabilité professionnelle: nouvelles orientations*, Toronto, 1987 aux pp. D-1 à D-30, affirme en page D-23 que «le juge de par sa fonction comprend qu'un jugement erroné ne résulte pas nécessairement d'une négligence du tribunal à considérer certains problèmes»: l'erreur de l'avocat serait-elle alors plus excusable, ou du moins susciterait-elle plus de compréhension? Cette opinion repose sur un obiter de Lord Denning dans *Whitehouse v. Jordan*, [1980] 1 All E.R. 650 à la p. 658 (C.A.), qui n'était donné qu'en exemple d'un principe plus général de relativité des opinions juridiques: «Whenever I give a judgment, and it is afterwards reversed by the House of Lords, is it to be said that I was negligent?»

¹⁰ Par exemple, dans l'arrêt *158661 Canada Inc. c. Manolakos*, [1993] R.J.Q. 1543 à la p. 1555 (C.S.), M. le juge Bishop accueille une action de 100 000\$ fut accueillie contre un notaire qui a créé une servitude invalide en omettant de vérifier qui était le propriétaire du fonds dominant juste avant la création de la servitude, et en enregistrant celle-ci tardivement. Ici la responsabilité retenue n'était pas contractuelle (la demanderesse ne lui ayant pas confié de mandat) mais délictuelle (le notaire n'ayant pas agi comme un praticien raisonnablement prudent et diligent dans ses recherches de titre ni dans sa rédaction en vue de la création de la servitude). Notons qu'il paraît difficile dans certaines circonstances de dissocier l'ignorance du droit ou l'incompétence de fond, et la négligence: comment savoir si celle-ci découlait directement de celle-là, en l'absence de mécanismes d'évaluation permanente de la compétence?

¹¹ Sur ce sujet, voir M. Goulet, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 1993.

sanctions externes à la profession et qui compensent les clients pour le préjudice subi que l'on doit examiner en priorité.¹²

II. LA FAUTE PROFESSIONNELLE LIÉE À L'INCOMPÉTENCE AU QUÉBEC

L'attribution de dommages-intérêts pour indemniser les clients des fautes professionnelles engageant la responsabilité des avocats et des notaires relève du droit civil, particulièrement aux titres de la responsabilité contractuelle (dans le cadre d'un mandat¹³ ou d'un contrat de service¹⁴) et de la responsabilité délictuelle. Ces deux sources de responsabilité civile sont basées sur la faute, contractuelle¹⁵ ou délictuelle,¹⁶ et donnent désormais ouverture, selon le nouveau *Code civil du Québec*, à un seul et même recours en réparation du préjudice sous forme de dommages-intérêts.¹⁷ La distinction et les conséquences des régimes contractuel et délictuel nous intéressent moins ici que les critères de la faute professionnelle attributive de responsabilité, tels que développés par la jurisprudence. Or ces critères ont subi une certaine transformation au cours des ans.

¹² Jean-Louis Baudouin, dans sa «Synthèse» publiée dans B.M. Knoppers, dir., *La responsabilité civile des professionnels au Canada*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 1988 aux pp. 215-18, conclut dans son bilan de la conférence à la p. 216 que «les professions contrôlent à peine la discipline, elles ne contrôlent pas la qualité des services». Quant à G. Mackenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, Toronto, Carswell, 1993, no. 24.2, voici le bilan qu'il trace de la discipline professionnelle en matière de contrôle de la compétence, se basant sur l'existence d'un seul cas de réprimande rapporté en Ontario: «In practice, the enforcement of competency standards through disciplinary action has been limited generally to blatant cases of wilful and reckless failures to maintain even the most minimal standards of competence and quality of service. Despite the wording of the rules referred to above, incompetency and, in Ontario, unsatisfactory professional practice, are usually considered to be less culpable than professional misconduct... Cases in which a lawyer's right to practise has been revoked by reason of incompetency are exceedingly rare».

¹³ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2130-2185 (entré en vigueur le 1er janvier 1994).

¹⁴ *Ibid.* art. 2098-2129. Réjean Lizotte souligne que si la source principale de la responsabilité des praticiens juristes reste le mandat (art. 1709 et 1710 du *Code civil du Bas-Canada*), celle-ci peut aussi découler du louage d'ouvrage ou de service, lorsqu'il ne s'agit pas de représenter le client mais de lui fournir une opinion juridique: «La responsabilité professionnelle des avocats et notaires», dans Canadian Institute, *Responsabilité professionnelle: nouvelles orientations*, Toronto, 1987, aux pp. B-1 à B-79. Voir aussi, sur la qualification du contrat liant l'avocat à son client: G. Tremblay, «La responsabilité professionnelle de l'avocat-conseil», [1983-84] *Meredith Memorial Lectures* 177-226.

¹⁵ *Ibid.* art. 1458: le code parle ici de «manque à [un] devoir», et à l'article 1607 qui le sanctionne, de «défaut».

¹⁶ *Ibid.* art. 1457: le manquement au devoir de respecter les règles de conduite qui s'imposent est ici qualifié de «faute». La définition nous paraît assez large pour ne pas limiter ces manquements à des cas de fraude ou de malhonnêteté.

¹⁷ *Ibid.* art. 1607, où le préjudice doit être causé par le «défaut» du débiteur et en être une «suite immédiate et directe». Cependant, en matière contractuelle, les dommages indemnifiables doivent avoir été prévus ou prévisibles, ce qui rend plus intéressant dans certains cas de fonder le recours sur une faute délictuelle. Par contre, les considérations relatives à la prescription des recours n'interviennent plus ici pour faire préférer un type de recours, puisque l'action pour faire valoir ce genre de droit se prescrit par trois ans (art. 2925 C.c.Q.) sans distinguer son fondement contractuel ou délictuel.

A. L'INCOMPÉTENCE GÉNÉRATRICE DE FAUTE PROFESSIONNELLE

De façon générale, en matière de responsabilité professionnelle, le professeur Jean-Louis Baudouin, maintenant juge à la Cour d'appel du Québec, a remarqué pertinemment une évolution dans le sens d'un abaissement du standard de la faute: «il y a un certain glissement de la faute véritable vers l'erreur».¹⁸ Du critère du professionnel prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances, qui n'est tenu qu'à une obligation de moyens, et qui peut commettre à l'occasion des erreurs de jugement, excusables dans les circonstances et ne constituant pas nécessairement une faute civile, on passe à un critère basé sur la simple erreur, qui devient une faute véritable, et on assiste généralement à un allègement du fardeau de la preuve de cette faute. A-t-on suivi cette même voie à l'égard des professionnels du droit?

Le professeur André Poupart constatait pour sa part, dans une intervention portant sur la responsabilité professionnelle des avocats,¹⁹ que si certaines fautes découlant d'une obligation du type de l'obligation de résultat, comme la perte d'un droit résultant d'une prescription de l'action, étaient sanctionnées par les tribunaux par une pleine compensation des dommages,²⁰ tout ce qui relevait de l'obligation de moyens ou de diligence semblait échapper à une surveillance étroite des tribunaux: «Malgré les hauts cris que lancent les avocats et notaires devant la multiplication des poursuites, la jurisprudence québécoise est particulièrement pauvre en matière de responsabilité professionnelle des avocats, surtout si on la compare avec la jurisprudence en matière de responsabilité médicale».²¹

Il semble en effet assez évident qu'un avocat qui laisse prescrire un droit ou qui engage une procédure inutile ou manifestement vouée à l'échec peut être recherché en responsabilité par son client: la perte de droits découlant de l'ignorance ou de la négligence du professionnel constitue un résultat quantifiable et généralement

¹⁸ J.-L. Baudouin, «La responsabilité professionnelle médicale: pathologie et thérapie», dans Knoppers, *supra* note 12 aux pp. 99-120, partic. pp. 105-06.

¹⁹ A. Poupart, «En matière de responsabilité professionnelle, les tribunaux ont-ils été trop sévères à l'égard des avocats?» Knoppers, *supra* note 12 aux pp. 157-167.

²⁰ L'auteur cite: *Hamlet c. Lefebvre*, [1976], C.S. 185, M. le juge Lagacé, où l'action fut rejetée en l'absence de preuve de faute professionnelle; *Lacoursière c. Laplante*, [1976] C.A. 433, M. le juge Bernier, où l'appel échoua contre un jugement de la Cour supérieure ayant accordé 8 394\$ de dommages-intérêts contre un avocat qui n'avait pas exécuté en temps voulu le mandat qu'il avait reçu de poursuivre les propriétaires de deux voitures impliquées dans un accident; *Leclerc c. Pépin*, [1976] C.S. 1398, M. le juge McNicoll, où des dommages de 6 000\$ furent accordés contre un avocat qui avait négligé de faire signifier un bref dans le délai requis et fait perdre un droit d'action à son client; et *Harvath c. Sullivan*, J.E. 79-91 (C.S.), M. le juge Ouimet, où des dommages de 3 170\$ furent imposés à un avocat qui avait laissé prescrire une action, même sans mandat de poursuivre. Son collègue P. Molinari, «La responsabilité civile de l'avocat», (1977) 37 R. du B. 275 à la p. 288, constate aussi que c'est en matière d'erreur de procédure que les tribunaux sont le plus souvent enclins à retenir la responsabilité des avocats. Dans *Beaupré c. Joly*, [1971] C.S. 199, M. le juge Cousineau, l'avocat qui avait laissé prescrire une action a été condamné à 13 872\$, somme importante mais qui ne représentait que 60% des dommages établis par la preuve, en raison de la faute contributive du client.

²¹ *Supra* note 19 à la p. 162.

incontestable, qui laisse peu de place au doute ou à l'interprétation.²² Certains domaines du droit, où le formalisme atteint un niveau élevé, sont susceptibles d'engendrer des cas clairs de responsabilité lorsque les formalités ne sont pas respectées par le professionnel que le client vient précisément consulter pour obtenir un résultat précis: ces cas se présentent fréquemment dans le domaine immobilier, où oeuvrent particulièrement les notaires au Québec.

Mais la situation se complique dans les domaines où le droit est moins bien fixé: à partir de quel moment pourra-t'on reprocher au professionnel de s'être trompé en droit? Il est généralement admis que la moindre défaillance ou erreur technique n'entraîne pas nécessairement une faute professionnelle:²³ autrement la pratique du droit deviendrait impossible, autant en raison de la complexité croissante du droit et des contraintes de la pratique que parce que les résultats des procès sont trop souvent aléatoires. Même si les connaissances, la bonne foi, la prudence et la diligence du juriste ne sont pas en cause, il restera toujours des cas où son erreur ou son omission entraînera un préjudice à son client ou à des tiers, et où la justice répugne à prime abord à faire supporter le dommage par le client qui s'était précisément adressé au professionnel pour résoudre son problème juridique ou accomplir les formalités nécessaires au résultat juridique recherché.

B. LA DÉFINITION CLASSIQUE DE LA FAUTE LIÉE À L'INCOMPÉTENCE

Il faut donc d'abord déterminer ce qui constitue une faute professionnelle. La loi ne nous aide pas beaucoup à cet égard, car elle n'en propose aucune définition. Les codes de déontologie professionnelle précisent des obligations, mais ne s'attachent pas à décrire le degré de faute pouvant entraîner des sanctions disciplinaires, encore moins des poursuites en responsabilité civile. Fait à noter, la *Loi sur le Barreau*²⁴ est la seule dans le domaine du droit professionnel québécois à comprendre un article qui laisse entière discrétion à la corporation professionnelle pour définir après le fait ce qui constitue un «acte dérogatoire à l'honneur et à la dignité de la profession» passible de sanction disciplinaire. Cependant, compte tenu sans doute des objectifs différents recherchés par l'autoréglementation et l'autodiscipline professionnelles, les tribunaux ne se sont pas nécessairement appuyés sur les normes déontologiques pour définir leurs critères d'appréciation de la faute professionnelle.²⁵

²² Ainsi dans l'arrêt *Trudel c. Dion*, [1992] R.R.A. 96 (C.S.), M. le juge Trotier, l'avocat qui avait laissé prescrire une action fut condamné à payer des dommages-intérêts de 25,806\$, n'ayant pu démontrer que cette action aurait de toute façon été rejetée. Dans l'affaire *Marcotte c. Simard*, [1992] R.R.A. 226 (C.S.) M. le juge Deschamps, la juge condamna les avocats défendeurs à 85 000\$ de dommages pour avoir, sans explication, omis de déposer à temps un appel incident pour réclamer une indemnité additionnelle, faisant perdre ainsi son droit à leur client.

²³ Voir à ce sujet: *Côté c. Drolet*, [1986] R.L. 236 (C.A.), où les juges Vallerand et Tyndale ont rejeté l'appel d'un jugement n'ayant pas retenu la responsabilité d'un médecin dont l'erreur de jugement n'emportait pas faute professionnelle, le juge Montgomery exprimant une forte dissidence.

²⁴ L.R.Q., c. B-1, art. 107.

²⁵ Voir, *supra* note 6.

En matière de détermination de la faute professionnelle, on note une certaine évolution qui reflète celle constatée dans d'autres domaines. A partir d'une situation où seules la négligence ou l'erreur grossières étaient sanctionnées,²⁶ la jurisprudence s'est fixée assez généralement par la suite sur la proposition qu'une erreur ou une omission ne devaient pas être anodine, mais suffisamment grave ou sérieuse pour entraîner la responsabilité de son auteur.²⁷ Mais comment mesurer cette gravité? Les tribunaux l'ont appréciée au cas par cas en recourant tout naturellement à un critère général dérivé de celui du comportement du «bon père de famille»: seule sera fautive l'erreur ou l'omission qu'un praticien de compétence moyenne, s'acquittant raisonnablement de son obligation de soin, de prudence et de diligence, n'aurait pas commise dans des circonstances semblables de lieu, de temps et d'objet.²⁸

Ainsi, à titre d'exemple, dans l'affaire *Okraine c. Vaillant*,²⁹ il s'agissait d'un défaut par les avocats d'obtenir mandat de leur client avant de renoncer à un recours légal. Les avocats avaient signé une transaction (règlement hors-cour) sans énoncer de réserve, ce qui fut jugé une omission inhabile et négligente ayant fait perdre au client son recours. «Le praticien du droit doit fournir des services d'une qualité au moins égale à celle que des avocats eux-mêmes attendraient d'un confrère compétent dans une situation donnée. Les avocats ayant accepté le mandat devaient agir avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille, (art. 1710 C.c.Q.), et le présent demandeur fut lésé par l'incompétence ou la négligence du procureur *ad litem*.»³⁰

²⁶ Voir, *supra* note 20 à la p. 288, qui illustre l'exigence d'une faute lourde, d'une erreur grossière ou d'une négligence crasse, en citant les arrêts *Vallières c. Bernier*, [1820] 2 R. de L. 471, *Taylor c. Robertson*, [1901] 31 S.C.R. 615 (en appel de la C.A. des T.N.-O.), et *Doin c. Meunier*, [1941] 45 R.P. 170 (C.S.), M. le juge Forest, ces deux derniers arrêts ne mentionnant pas l'erreur ou la négligence grossière. P-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, aux pp. 71-72, et André et Richard Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, à la p. 305, citent de très anciennes décisions datant du siècle dernier, auxquelles réfère à son tour Gérard Tremblay, *supra* note 14 à la p. 183.

²⁷ Mario Goulet, *supra* note 11, aux pp. 64-67, retient pour sa part le critère de «gravité» de l'incompétence ou de l'erreur susceptible d'entraîner une faute professionnelle, ou encore se réfère à l'ignorance «outrée»: «L'erreur n'engendre donc pas en soi une faute professionnelle... elle devra être grave, compte tenu des standards moyens requis d'un professionnel, chaque cas constituant un cas d'espèce» (p. 65). Dans toutes les causes citées, aucune ne vise les avocats, et toutes concernent les professions de la santé, sauf une impliquant un comptable, pour défaut de mettre ses connaissances professionnelles à jour. Il est vrai que l'auteur raisonne en matière de discipline corporative; mais celle-ci ne devrait-elle pas précisément être plus exigeante que la responsabilité civile ordinaire, si les professionnels prétendent respecter des standards plus élevés qui fonde leur monopole et leur statut social privilégié? Patrick Molinari, *supra* note 20, émet en page 290 une opinion moins catégorique: discutant des erreurs de droit, il estime «qu'on doive accepter le principe général que l'avocat est responsable de ses erreurs de droit mais qu'il doit y avoir, si l'on peut ainsi s'exprimer, une échelle de gravité pour établir si cette responsabilité est génératrice de faute suffisante».

²⁸ Voir par exemple, pour les notaires, C. Séguin, «La responsabilité civile du notaire, officier public et conseiller juridique», [1983-84] *Meredith Memorial Lectures* 227-46 à la p. 228.

²⁹ [1983] C.S. 492, M. le juge Barbès.

³⁰ *Ibid.* à la p. 494. Les avocats furent condamnés à payer 12 150\$ de dommages, et ce jugement fut renversé en cour d'appel par *Vaillant c. Okraine c.* [1985] C.A. 581, M. le juge Mayrand, parce que le demandeur aurait dû se pourvoir en désaveu de procureur préalablement à tout recours en dommages-intérêts. Mais le principe énoncé par le juge du procès demeure et s'applique tout autant

Le critère se réfère au comportement ou aux connaissances du praticien ordinaire, et non du spécialiste: il n'y aura pas de faute si le professionnel est poursuivi pour une erreur ou une omission qu'aurait pu commettre de bonne foi un généraliste, mais que n'aurait pas commise un spécialiste.³¹ Par ailleurs, pour aider le juge, lui-même juriste, à apprécier cette norme, la preuve par expert est permise, l'expert étant ici en l'occurrence un membre de la même profession. L'objectivité apparente de cet appel à la pratique de la profession pourrait être qualifiée de «subjectivité collective». La circularité de ce critère, qui évalue la faute professionnelle en fonction du comportement généralement observé de la part des praticiens concernés, qu'ils sont appelés eux-mêmes à décrire et évaluer en tant qu'experts, montre bien le pouvoir de ces professionnels de définir collectivement les normes selon lesquelles ils seront jugés.³² Dans le domaine juridique, le fait que les juges soient nommés parmi les membres du Barreau referme totalement le processus d'évaluation de la compétence sur cette profession.

C. L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE RÉCENTE

Depuis quelques années cependant, on assiste à un élargissement du critère de détermination de la faute pour couvrir même les erreurs avalisées par la profession, mais qui n'auraient pas dû être raisonnablement commises. L'arrêt-type est celui de *Roberge c. Bolduc*,³³ où la Cour Suprême du Canada a retenu la responsabilité d'un notaire qui avait suivi la pratique jugée négligente de sa profession. Il s'agissait d'une offre d'achat d'immeuble, au sujet de laquelle le notaire défendeur avait avisé son client que le titre du vendeur n'était pas valable parce qu'une hypothèque avait été consentie par une personne non propriétaire de l'immeuble, et ceci malgré un jugement obtenu depuis par la Caisse populaire, créancier hypothécaire, qui lui accordait un titre parfait ayant autorité de chose jugée (art. 1241 C.c.B.-C.). Le client du notaire, qui avait refusé d'acheter, était poursuivi en dommages-intérêts et se retourna contre son notaire qui l'avait mal conseillé. La Cour supérieure tint ce dernier responsable d'avoir commis une erreur de droit inexcusable, et donc une faute ayant causé le préjudice subi par les intimés (estimé à 15 100\$). Cette responsabilité fut retenue en dépit de l'opinion contraire d'un autre notaire, par surcroît professeur d'université, estimant que Roberge avait agi comme un notaire prudent et de la manière la plus adéquate dans les

en matière d'incompétence, puisque l'avocat raisonnablement diligent devrait par le fait même se montrer compétent.

³¹ Voir *Harris c. Quain & Quain*, [1977] C.A. 588, où la cour d'appel énonce l'obligation pour un professionnel de «faire preuve de la science et de la compétence dont un praticien ordinaire, non le meilleur, non le moins qualifié, ferait preuve dans les mêmes circonstances». Au même effet: *Coronation Credit Corp. c. Giasson*, J.E. 79-546 (confirmé par la C.A.).

³² Ce critère de détermination de la faute par référence à la pratique professionnelle est aussi appliqué pour d'autres professions, par exemple les médecins. Voir *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18 à la p. 21, M. le juge Abbott, où la Cour Suprême du Canada retient le critère de diligence raisonnable: «Le médecin doit posséder et utiliser le même degré raisonnable de science et d'habileté que possèdent généralement les praticiens de milieux semblables, dans des cas semblables. Savoir si l'on a satisfait ou non à ce critère dépend bien entendu des circonstances particulières de chaque affaire».

³³ [1991] 1 R.C.S. 374; [1991] R.D.I. 239; [1991] 78 D.L.R. (4th) 666; [1991] 124 N.R. 1; et [1991] 39 Q.A.C. 81 (C.S.C.), Mme. la juge L'Heureux-Dubé.

circonstances. La permission d'appeler fut refusée par la Cour d'appel et le notaire obtint la permission d'en appeler *per saltum* à la Cour suprême du Canada, compte tenu de l'importance nationale de cette affaire.

Dans son opinion, la juge L'Heureux-Dubé rappelle les principes de base de la responsabilité professionnelle, fondée sur la faute, qui s'apprécie *in abstracto*. L'obligation de diligence comprend celle de prudence et d'habileté, et non celle de résultat (sauf peut-être celle de délivrer un acte authentique). Les mêmes principes généraux s'appliquent à la faute: il est sans conséquence ici de décider si cette faute est contractuelle ou délictuelle. L'erreur n'emporte pas en soi la faute; et le témoignage de notaires experts, quoique ne pouvant dicter au juge une solution, peut lui être utile pour évaluer la pratique notariale. Or ici les notaires n'ont pas examiné l'effet du jugement obtenu par la Caisse populaire, qui avait force de chose jugée, mais l'ont écarté sommairement.

On ne peut que s'interroger, écrit-elle en page 434, sur les motifs de ce peu de souci pour un principe juridique bien connu et bien établi... Que le notaire appelant ait agi en conformité avec la pratique notariale générale de l'époque ne semble pas contesté... Cependant, il ne suffit pas, à mon avis, de suivre la pratique professionnelle courante pour échapper à sa responsabilité. Il faut que le caractère raisonnable de cette pratique puisse être démontré.

La norme, ajoute-t-elle en page 436, doit toujours être, compte tenu des faits particuliers de chaque espèce, celle du professionnel raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Le fait qu'un professionnel ait suivi la pratique de ses pairs peut constituer une forte preuve d'une conduite raisonnable et diligente, *mais ce n'est pas déterminant*.... Il est possible, écrit-elle en page 437, que la question de droit dont est saisi le notaire soit controversée. En pareil cas, le notaire ne peut être fautif pour avoir choisi une méthode ou une théorie plutôt qu'une autre, dans la mesure où ce choix est raisonnable... [italiques de l'original]

Ces principes bien établis, la juge les applique aux faits du litige et à la question de droit pertinente, qui selon elle ne posait aucune difficulté particulière et ne suscitait aucune controverse. Le droit étant bien établi sur l'autorité de la chose jugée, il ne pouvait exister aucun doute quant à la validité du titre, et l'interprétation du notaire appelant sur l'effet du jugement obtenu par la Caisse était fondée sur une interprétation déraisonnable du droit applicable, quelle qu'ait pu être la pratique notariale en vigueur à cette époque au Québec (pp. 440-441).

La pratique notariale en matière de recherche de titres, telle que la preuve en a été établie au procès, ne saurait donc être qualifiée de raisonnable et diligente compte tenu de la clarté du droit à cette époque, pas plus qu'on ne saurait excuser le traitement superficiel accordé [par les notaires] à la question de la chose jugée (pp. 437-438).

Il fallait insister sur cet arrêt de la Cour Suprême du Canada, qui vient poser en droit québécois un principe nouveau d'évaluation de la faute professionnelle: malgré la pratique collective de la profession et l'opinion des plus instruits d'entre eux, un notaire peut engager sa responsabilité par une interprétation trop prudente et «déraisonnable» du droit. Cette contestation de l'autorité de la coutume professionnelle a déjà commencé

à faire sa marque dans la jurisprudence des tribunaux inférieurs.³⁴ Un autre principe pourrait être remis en cause indirectement ici, celui du critère du généraliste, puisque l'on demande à un notaire, par définition non spécialiste du contentieux, de se pencher sur l'autorité de la chose jugée, question complexe de droit judiciaire qui a évidemment des conséquences sur les droits des justiciables. La cour considère manifestement ce principe comme assez fondamental pour que sa connaissance soit requise de tout juriste, quelle que soit sa spécialité. Mais l'on voit poindre le danger pour un spécialiste de s'aventurer au-delà du domaine de sa spécialité.

L'année suivante, dans *Bourque c. Hétu*,³⁵ un autre notaire était condamné à 3 825\$ de dommages-intérêts pour avoir omis en 1974 d'aviser son client des implications de la «réserve des trois chaînes», disposition législative ancienne dont la nature et la portée étaient controversées à l'époque. Le juge Gendreau, de la Cour d'appel, a retenu que le notaire aurait dû à tout le moins informer son client de cette incertitude juridique, et qu'il avait ainsi manqué à son devoir général de conseil. Le lot visé demeurait l'objet d'une charge créée par la loi que le notaire appelant avait l'obligation de dénoncer à son client: il aurait dû l'informer du débat et lui donner son opinion. Voilà que les tribunaux montent encore d'un cran dans l'attribution de responsabilité civile, puisque si d'après *Roberge c. Bolduc* une mauvaise interprétation d'un droit incontestable engage la responsabilité professionnelle, ici c'est l'omission de prévenir le client d'un vice possible fondé sur une disposition juridique contestée qui devient source de faute.

D. LE DOMMAGE, LE LIEN DE CAUSALITÉ ET L'INDEMNISATION

Nous ne nous attarderons pas sur les autres conditions d'existence de la responsabilité, soit la preuve d'un dommage et d'un lien de causalité, sauf pour souligner que ces deux éléments servent souvent de défense à une action en dommages-intérêts intentée par un client. Dans bien des cas, le dommage ne peut être évalué: la créance n'était peut-être pas bonne, le procès n'aurait peut-être pas été gagné. Les tribunaux n'en compenseront pas moins pour perte de chances: «Dans certains cas, personne ne peut dire avec certitude si celui-ci [le client] aurait eu gain de cause et à combien la condamnation aurait pu se chiffrer. Le tribunal l'indemniserait cependant parce que la faute a réduit à néant toute possibilité de récupération de sa créance».³⁶

³⁴ A titre d'exemple, dans *Martin c. Notaires*, [1993] D.D.C.P. 239; DDE 93D-73, M. le juge Biron, M. le juge Pothier et M. le juge Grenier, s'agissant ici d'une affaire disciplinaire, le notaire appelant invoquait sa bonne foi et son manque d'expérience en adoptant les méthodes suivies non seulement par son prédécesseur, mais par l'ensemble des notaires de la région: l'acheteur, en toute ignorance, acquérait un titre grevé d'une hypothèque non radiée jusqu'à paiement subséquent fait par un autre acquéreur. Or, il fut jugé que la coutume peut être invoquée à l'encontre d'un droit statutaire uniquement si la loi écrite est silencieuse sur ce que le professionnel a l'obligation de faire ou de ne pas faire.

³⁵ [1992] R.J.Q. 960; [1992] R.D.I. 330; [1992] R.R.A. 376; J.E. 92-721 (C.A.) M. le juge Rothman, M. le juge Gendreau et M. le juge Baudouin.

³⁶ J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3e éd., Montréal Éd. Yvon Blais, 1990 aux pp. 109-10.

Quant au lien de causalité, il faut que la faute du professionnel soit la cause du préjudice: mais les circonstances de chaque affaire peuvent différer. Ainsi dans *Roberge c. Bolduc*,³⁷ la juge L'Heureux-Dubé estime que l'opinion du notaire a été la cause directe, immédiate et logique de la décision des intimés de ne pas acheter l'immeuble. Le fait pour les intimés d'avoir sollicité auprès d'un autre notaire une seconde opinion, identique à la première, ne réduit pas la responsabilité du premier notaire. Dans l'arrêt *Turmel c. Giroux*,³⁸ le juge Dionne disculpe le notaire qui avait donné une opinion erronée à un client acheteur d'immeuble, parce que cette opinion fautive n'était qu'une cause éloignée du dommage subi par le client: c'est la Commission de protection du territoire agricole, dont un fonctionnaire avait commis la même erreur que le notaire, qui fut trouvée responsable du préjudice par l'application de la théorie du *novus actus interveniens*. Enfin, dans *Bourque c. Héту*,³⁹ le notaire défaillant ne réussit pas à démontrer absence de lien de causalité, parce que son obligation consistait à faire connaître le vice de titre à son client, et que son manquement à cette obligation était la cause directe et immédiate du préjudice subi.

Mentionnons pour terminer, qu'outre l'indemnisation du préjudice par l'octroi de dommages-intérêts, le juge possède une large discrétion d'accorder des dépens, qui servent à compenser l'ensemble des dépenses de représentation assumées par le client trompé, ou à lui permettre de contester un appel sur une question de principe qu'il n'a pas intérêt à faire trancher.⁴⁰ C'est d'ailleurs souvent à cette occasion que le juge livre plus librement son état d'âme sur les enjeux réels du litige et son évaluation du comportement des procureurs, qu'il peut condamner à supporter personnellement les dépens de la cause. La compétence de l'avocat peut aussi être mise en cause lors d'une contestation d'honoraires, qui n'entraîne pas de litige en responsabilité mais donne ouverture à une indemnisation du client pour les coûts entraînés par des procédures ou démarches inutiles.⁴¹

³⁷ *Supra* note 33.

³⁸ [1991] R.D.I. 772; [1991] R.R.A. 756; J.E. 91-1626 (C.S.), M. le juge Dionne.

³⁹ *Supra* note 35.

⁴⁰ Voir *Pacific Mobile Corp. c. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 842, M. le juge Pigeon, où dans une affaire provenant du Québec la Cour a condamné personnellement les procureurs d'une société faillie qui avaient logé un appel dans le but de protéger les intérêts de tiers non identifiés et non ceux de la société, en s'appuyant sur l'arrêt de principe *Myers c. Elman*, [1940] A.C. 282. Voir aussi *Roberge c. Bolduc*, *supra* note 33, où les commentaires de la juge L'Heureux-Dubé en pages 447-48 sur les dépens font ressortir les enjeux de ce débat pour la Chambre des Notaires et la pratique notariale québécoise en général. Les ténors de la Chambre avaient produit des affidavits alarmistes sur les effets néfastes qu'entraînerait un jugement de la Cour Suprême du Canada tenant le notaire responsable: à les entendre, les opérations et transactions immobilières seraient paralysées, les propriétaires d'immeubles en subiraient un grave préjudice, et les notaires seraient tenus à une obligation exorbitante du droit commun, une obligation de résultat contraire à celle qu'avaient établie la loi, la doctrine et la jurisprudence.

⁴¹ Pour un exemple, voir *Barbès c. Oeufs de l'Abitibi Inc.*, J.E. 92-1291 (C.Q.). Un avocat avait présenté inutilement une requête en rétractation, nouvelle procédure avec laquelle il n'était pas familier et pour laquelle il eut besoin de plus de temps de préparation. L'avocat réclamait presque autant d'honoraires que le montant de l'amende imposée par la cour. Il fut jugé que «les membres du Barreau n'ont pas à faire supporter par leurs clients le coût de leur apprentissage, qui du reste enrichit leur savoir» (p. 4), et les honoraires furent réduits de 579\$ à 214\$.

III. LA FAUTE PROFESSIONNELLE LIÉE À L'INCOMPÉTENCE DANS LES PROVINCES DE COMMON LAW

Remarquons d'abord que la question de la compétence des professionnels du droit a fait l'objet de préoccupations apparemment plus insistantes dans l'ensemble du Canada qu'au Québec, si l'on en croit les conférences, ouvrages et articles⁴² publiés sur le thème de la qualité des services depuis une vingtaine d'années. L'Association du Barreau Canadien n'a-t-elle pas placé la compétence aux premiers rangs des devoirs éthiques des avocats, comme nous l'avons vu en introduction?⁴³

A. LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

En loi commun, les principes de base de la responsabilité civile des avocats ressemblent à ceux du système civiliste québécois, et la jurisprudence est arrivée à peu près aux mêmes résultats. La compétence requise de l'avocat se rapporte à ses habiletés (*skills*)⁴⁴ et se rattache au devoir de veiller aux intérêts du client (*duty of care*), qui s'étend même aux tiers.⁴⁵ Dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Clark*,⁴⁶ le juge

⁴² Nous référons particulièrement à une conférence nationale tenue à Ottawa et synthétisée dans l'ouvrage publié sous la direction de W.H. Hurlburth, dir., *The Legal Profession and Quality of Service, Reports and Materials of the Conference on Quality of Legal Services*, Ottawa, FPJC et ABC, 1979 et W.H. Hurlburth, dir., *The Legal Profession and Quality of Service, Further Report and Proposals*, Toronto, FPJC, 1981. La première cause immédiate d'inadéquation des services juridiques y a été identifiée, en page 43 dans le cahier des recommandations, comme étant «1,1 (a) (i) l'absence de connaissance suffisante de la loi ou de la procédure» et «1,2 l'importance d'un bon jugement juridique», qui y est directement reliée; dans les causes fondamentales, on mentionne encore «1,3 (c) le manque de formation, de préparation ou de connaissance». Signalons tout de même, pour donner le change, la tenue à Montréal en 1984 d'une conférence à l'université McGill sur le thème de la responsabilité professionnelle de droit civil et de common law, dont les résultats ont été publiés dans [1983-84] *Meredith Memorial Lectures*.

⁴³ J.A.C. Kemp, «Recent Canadian Solicitor Negligence Cases», dans: W.H. Hurlburth, dir., *The Legal Profession and Quality of Service, Further Report and Proposals*, supra note 42 aux pp. 395-409, énumère ainsi les principaux cas de négligence professionnelle: 1. immeuble: absence de sécurité suffisante en matière d'hypothèque; recherche de titres et préparation de documents inadéquates, conflits d'intérêts en agissant pour deux clients; 2. conduite des procédures; inobservance des prescriptions; préparation inadéquate des procédures pour la cour; 3. mauvais avis; 4. conflit d'intérêts. On constate à quel point la compétence peut entrer en ligne de compte dans plusieurs de ces manquements.

⁴⁴ Voir B.G. Smith, *Professional Conduct for Canadian Lawyers*, Toronto, Butterworths, 1989, aux pp. 3, 4, et 19-20: «These expressions as to the lawyer's standards of competency include the phrases "conscientious, diligent and efficient", "due care and ordinary skill". Voir aussi W.H. Hurlburth, «Incompetent Service and Professional Responsibility», supra note 4, à la p. 146, qui définit la compétence comme la possession des habiletés et qualités requises pour fournir efficacement les services juridiques demandés.

⁴⁵ Ce principe général de common law se dégage de l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 4654 (H.L.), où un banquier avait fourni des références erronées sur un client, et ne put échapper à sa responsabilité malgré une clause d'exonération: «The law will imply a duty of care when a party seeking information from a party possessed of a special skill trusts him to exercise due care, and that party knew or ought to have known that reliance was being placed on his skill and judgment».

⁴⁶ (1977) 18 N.B.R. (2d) 643 à la p. 646, conf. par (1978) 22 N.B.R. (2d) 693, 700 (C.A.) M. le juge Hughes et par [1980] 27 N.B.R. (2d) 718 (C.S.C.).

Cormier, se référant à la norme de «due care and ordinary skill» qu'aurait dû démontrer l'avocat en enregistrant une hypothèque en temps voulu sur l'immeuble, retient la responsabilité contractuelle de celui-ci pour sa négligence. Le même juge, dans l'affaire *Albert c. Pelletier*,⁴⁷ estimait qu'à la suite de blessures subies par sa cliente dans un accident d'autobus au Québec, l'avocat aurait dû introduire l'action au Québec plutôt qu'au Nouveau-Brunswick où l'issue était plus douteuse (puisque la négligence grossière devait y être prouvée): «le fait qu'il n'ait pas pris les mesures nécessaires, dans les circonstances de l'espèce, constitue une faute professionnelle et une rupture de contrat. Il est, par conséquent, tenu à des dommages-intérêts du fait du préjudice causé aux demandeurs par sa faute». Autre cas d'incompétence incluse dans la négligence: dans *Schloss v. Koehler*,⁴⁸ l'avocat d'un client qui voulait prêter au taux de 30% omit de prévenir celui-ci de l'existence d'une loi qui interdisait la perception d'intérêts usuraires, et sa responsabilité fut retenue pour négligence.

Mais une des caractéristiques des arrêts de common law en matière de responsabilité professionnelle des avocats, tient à l'affirmation d'un principe d'immunité des procureurs pour leurs déclarations et comportements devant le tribunal de même que pour ce qui se rattache directement à la représentation judiciaire de leurs clients. Ce principe est réaffirmé par le tribunal suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt *Rondel c. Worsley*,⁴⁹ qui l'explique en se référant au problème de la double loyauté de l'avocat envers son client et le tribunal (agissant au nom du public): l'avocat serait ainsi protégé à la fois de poursuites en négligence de la part de son client qu'il défendrait trop mollement, et de poursuites en diffamation de la part de la partie adverse qu'il attaquerait trop vigoureusement. Mais ce principe n'est pas universellement reconnu, pas davantage en Californie⁵⁰ qu'en Ontario, où une série de jugements sont venus contester cette protection extraordinaire.⁵¹ Soulignons aussi que l'immunité ne

⁴⁷ [1984] 54 N.B.R. (2d) 189; 140 A.P.R. 189, 195. De même, dans l'arrêt *Caisse populaire d'Inkerman Ltée c. Doiron*, [1984] 54 N.B.R. (2d) 274; 140 A.P.R. à la p. 274, 284, l'omission d'obtenir et de fournir certains documents constatant des garanties se rapportant à une hypothèque constituait une erreur qui ne mettait pas en doute l'intégrité ou la compétence générale de l'avocat, mais son défaut de suivre les instructions mentionnées sur une formule à cet effet constituait une faute contractuelle entraînant sa responsabilité, le critère applicable étant ce qu'on doit attendre normalement d'un avocat prudent et diligent, faisant preuve d'un degré raisonnable de compétence et de diligence. L'appel de ce jugement fut accueilli en partie dans (1985) 61 N.B.R. (2d) 123, 158 A.P.R. 123 (C.A.) M. le juge LaForest, la Cour réduisant les dommages parce que la Caisse avait contribué à la négligence.

⁴⁸ (1977), 4 Alta. L.R. (2d) 85 (S.C.T.D.) M. le juge Bowen. «It is my opinion that the usurious interest charged in this transaction should have been sufficient to alert a reasonably competent lawyer to the question of the Unconscionable Transactions Act and the ability of the creditor to ultimately enforce payment of this exorbitant rate of interest. Again, [the lawyer] was negligent in not doing so» (p. 91). Ironiquement, la Cour a ordonné au bureau d'avocats de rembourser le prêt à un taux d'intérêt de 30%, ne permettant pas aux défendeurs de tirer bénéfice de la loi anti-usuraire qu'ils avaient eux-mêmes négligé de signaler à leur client...

⁴⁹ [1969] 1 A.C. 191 (H.L.).

⁵⁰ Voir Mackenzie, *supra* note 12, no. 4.18.

⁵¹ Voir les arrêts cités par Mackenzie, *ibid.* à la p. 4-47: *Demarco c. Ungaro*, [1979] 21 O.R. (2d) 673 à la p. 693 (H.C.) M. le juge Krever «It has not been, is not now, and should not be, public policy in Ontario to confer exclusively on lawyers engaged in court work an immunity possessed by no other professional person»; *Karpenko c. Paroian, Courey, Cohen & Houston*, [1980] 117

s'applique pas au travail de préparation du procès, ce qui donne lieu à de nombreuses interprétations.⁵² Inutile de dire à quel point ce principe de l'immunité sape la crédibilité externe des juristes.⁵³

Il reste donc malgré tout certains cas où les avocats peuvent être recherchés en responsabilité civile contractuelle ou délictuelle pour incompétence: mais ceux-ci restent comme au Québec assez rares.⁵⁴ Dans l'appréciation du degré de faute requis pour engager la responsabilité professionnelle, les tribunaux de common law sont donc partis de plus loin que ceux du Québec, handicapés au départ par le principe de l'immunité; mais l'évolution s'est faite en parallèle, avec des jugements de la Cour Suprême du Canada qui lui ont imprimé une même direction. Comme au Québec, le critère de la faute lourde, de l'erreur ou de la négligence grossières,⁵⁵ fut peu à peu remplacé par celui de la compétence moyenne.⁵⁶ Bien entendu, les erreurs de procédure faisant perdre des droits aux clients y sont aussi les plus faciles à déceler et à sanctionner.⁵⁷ L'obligation de soin ou de diligence qui résulte du contrat ou du rapport entre le professionnel et son client oblige le praticien à éviter les erreurs que n'aurait pas commises un avocat raisonnablement compétent, à la même époque et dans des

D.L.R. (3d) 383 (Ont. H.C.) M. le juge Anderson; *Pelky c. Hudson Bay Insurance Co.*, [1981] 35 O.R. (2d) 97 (H.C.) M. le juge Catzman.

⁵² Voir *Saif Ali c. Sydney Mitchell & Co.*, [1980] A.C. 198; *Banks c. Reid*, [1977] 18 O.R. (2d) 148 (C.A.).

⁵³ Voir D. Pannick, *Advocates*, Oxford, Oxford University Press 1992 aux pp. 205-06: «The immunity of lawyers from actions for negligence for their performance in Court contributes to the cynicism and distrust expressed by laymen for lawyers».

⁵⁴ Mackenzie, *supra* note 12, cite quelques cas de négligence pour procédures mal conçues: *Re Consiglio (no. 2)*, [1973] 3 O.R. 329 (C.A.), et une autre affaire de moindre importance où les remèdes demandés étaient soit mal fondés soit prématurés: *640612 Ont. Inc. c. 253547 Ont. Ltd.*, [1987] 26 C.P.C. (2d) 93 (Ont. Master). Dans les exemples donnés dans son chapitre 24 sur la régulation de la compétence des avocats et de la qualité des services, à la p. 24-1 et ss., la compétence n'était pas en cause, c'est plutôt de négligence ou de malhonnêteté dont il s'agissait. Pour sa part, K.R. Hamilton, «A Lawyer's Liability for Negligence - Care is not enough», dans B.M. Knoppers, *supra* note 12 aux pp. 133-55, cite l'arrêt de Colombie-Britannique *Whittingham c. Crease & Co.*, (1979), 88 D.L.R. (3d) 353 (B.C.S.C.), M. le juge Aikins, où l'avocat n'avait pas respecté les formalités de confection d'un testament, en laissant l'épouse d'un légataire être témoin, et fut reconnu responsable pour sa négligence, puisqu'il aurait dû s'assurer de la validité du legs. Cependant, prit soin d'ajouter le juge en page 366, l'inadvertance de l'avocat ne remettait pas en question son intégrité ou sa compétence générale.

⁵⁵ Ce critère, difficile à repérer dans les arrêts anciens, est encore énoncé dans des affaires récentes comme *Cini c. Micallef*, [1987] 60 O.R. (2d) 584 (H.C.) M. le juge Sutherland, mais à l'occasion d'un recours particulier: pour condamner un avocat personnellement aux dépens de la cause, il faut prouver plus que la simple négligence (pp. 606 et 609), puisqu'il s'agit d'une juridiction à caractère punitif.

⁵⁶ Voir *Aaroe & Aaroe c. Seymour*, [1956] O.R. 736 à la p. 740 M. le juge Le Bel; *Millican c. Tiffin Holdings Ltd.*, [1964] 50 W.W.R. 673 à la p. 675, renv. par [1965] 53 W.W.R. 505 (Alta. C.A.) et rétabli par [1967] R.C.S. 183, M. le juge Martland; *Spence c. Bell*, [1982] 6 W.W.R. 385 à la p. 396 (Alta. C.A.) M. le juge Haddad; *Ormingdale Holdings Ltd. c. Ray, Wolfe, Connell, Lightbody & Reynolds*, [1982] 135 D.L.R. (3d) 577 à la p. 581 (B.C.C.A.) M. le juge Lambert.

⁵⁷ Voir par exemple *Glivar c. Noble*, [1985] 8 O.A.C. 60, M. le juge Blair.

circonstances comparables.⁵⁸ La pratique courante de la profession peut servir de défense valable à l'homme de loi recherché en responsabilité.⁵⁹

B. L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA JURISPRUDENCE

Cependant, on note une évolution importante sur le plan de l'évaluation de cette pratique courante. Dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*,⁶⁰ la Cour Suprême du Canada semble avoir retenu le critère de «l'avocat prudent ordinaire», qui est raisonnablement compétent dans le domaine, même si en l'occurrence un avocat «moyen» n'aurait pas commis l'erreur reprochée au défendeur, celle d'avoir fait abstraction de l'article 96 (5) de la *Companies Act* de Nouvelle-Écosse, qui constituait en l'occurrence un élément de connaissance fondamental de toute pratique du droit (p. 211). Le juge Le Dain, après un long développement sur la responsabilité concurrente, retenait un fondement délictuel à la faute de l'avocat, et s'exprimait ainsi en page 208 sur le degré de compétence requis de celui-ci:

L'exigence de compétence professionnelle dont il est particulièrement question en l'espèce est la connaissance raisonnable des règles de droit applicables ou pertinentes. Un avocat est tenu non pas de connaître toutes les règles de droit applicables à la prestation d'un service juridique donné, en ce sens que cela doit faire partie de son «bagage professionnel», sans qu'il soit nécessaire de procéder à des recherches plus fouillées, mais plutôt de posséder une connaissance suffisante des points ou des principes de droit fondamentaux applicables au travail précis qu'il a entrepris, de sorte qu'il puisse percevoir la nécessité de vérifier les règles de droit qui s'appliquent à chaque point pertinent.

Et le juge d'ajouter, en pages 211-12:

Le fait que les dispositions de la loi applicable, savoir la *Companies Act*, peuvent restreindre ou soumettre à certaines conditions la capacité d'une société d'emprunter et de fournir une sûreté est un

⁵⁸ Sur ces principes, voir S.M. Grant et L.R. Rothstein, *Lawyers' Professional Liability*, Toronto, Butterworths, 1989 à la p. 13 et ss. Pour la Cour Suprême du Canada, cette obligation de diligence peut prendre une intensité comparable à celle de l'obligation de résultat: dans *Granville Savings and Mortgage Corp. c. Campbell*, [1993] R.R.A. 864, J.E. 93-1914 (C.S.C.), le juge Cory infirme la décision de la Cour d'appel du Manitoba et rétablit celle de la Cour suprême de cette province, dans une affaire où les avocats défendeurs ne s'étaient pas assurés d'obtenir une hypothèque de premier rang pour leurs clients, qui avaient précisément retenu leurs services dans ce but. N'ayant pas satisfait à cette exigence, les avocats furent tenus responsables des coûts des procédures judiciaires que l'appelante avait engagés afin de maintenir la priorité de sa garantie.

⁵⁹ Ce principe général est établi dans: *London & Lancashire Guarantee Co. of Canada c. Cie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82 à la p. 86, M. le juge Taschereau, en matière de responsabilité manufacturière; *MacLeod c. Roe*, [1947] R.C.S. 420 à la p. 424, M. le juge Kerwin, dans le même domaine; *Vermont Construction c. Beatson*, [1977] 1 R.C.S. 758 à la p. 770, M. le juge Pigeon. Lorsque deux experts se contredisent sur la teneur de la pratique normale dans leur région, le doute bénéficie à l'avocat poursuivi en responsabilité: *Hauck c. Dixon* (1975), 64 D.L.R. (3d) 201 aux pp. 207-08 (Ont. H.C.J.) M. le juge Lief, où l'on invoquait une pratique immobilière à Ottawa consistant pour les avocats à ne pas vérifier le zonage du lot lorsqu'ils commençaient à représenter leur client après signature de l'offre d'achat.

⁶⁰ [1986] 2 R.C.S. 147, M. le juge Le Dain, inf. [1983] 120 A.P.R. 125, 147 D.L.R. (3d) 260 (N.S.C.A.), conf. 109 A.P.R. 69, 139 D.L.R. 385.

élément de connaissance à ce point fondamental qu'un avocat raisonnablement compétent doit être réputé le posséder, qu'il soit généraliste ou spécialiste.

Par ailleurs, dans l'affaire *Glivar c. Noble*,⁶¹ le juge Blair, de la Cour d'appel de l'Ontario, estime que le juge du procès s'est trompé en acceptant la pratique courante comme la norme de diligence dans cette affaire: l'avocat aurait dû prévenir son client de la possibilité d'un recours auprès de la Cour suprême de la province en vertu de l'article 66 de la *Loi sur l'évaluation foncière*, qu'il a laissé prescrire, plutôt que de se contenter d'adresser selon la pratique courante une demande de révision à la Commission de révision de l'évaluation foncière, qui l'a rejetée. Le juge s'appuie ici sur un arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Edward Wong*,⁶² qui établit clairement le principe que si l'adhésion à la pratique courante fait courir un risque de préjudice prévisible et qui puisse être évité, il est du devoir du procureur de s'en abstenir et d'en prévenir son client.⁶³

En common law comme en droit civil, le préjudice doit évidemment être prouvé, et en ce sens l'avocat n'est pas l'assureur de son client.⁶⁴ Du côté des sanctions, les avocats ontariens sont assujettis à des règles de pratique prévoyant que les dépens peuvent être adjugés contre eux dans des cas qui peuvent comprendre l'incompétence;⁶⁵ outre ces frais, les avocats peuvent être condamnés à des dommages

⁶¹ *Supra* note 57, à la p. 66. Ici, des dommages de 15,212\$ furent accordés contre un avocat qui avait laissé passer un délai d'appel en choisissant le mauvais forum: or la loi avait été amendée en 1971, ce dont l'avocat n'avait pas tenu compte, probablement par ignorance. Pour le juge, l'interprétation erronée du droit en vigueur ne constitue pas en soi une faute, mais le défaut d'en informer le client constitue un manquement à son devoir de soin.

⁶² *Edward Wong Finance Co. Ltd. c. Johnson Stores and Master*, [1984] 1 A.C. 296 (H.L.) Lord Brightman, citant avec approbation en page 306 le juge Li (dissident) de la Cour d'appel de Hong Kong: «It was not her skill that was put to test. It was her common sense, her prudence of an ordinary person that is put to test. The so called Hong Kong practice has an inherent risk in the ordinary sense. The fact that practically all her fellow solicitors adopted this practice is not conclusive evidence that it is prudent... acting in accordance with the general practice she took a foreseeable risk for her client while there was no necessity to do so».

⁶³ Dans le même sens, voir *Clements c. Wyatt* (1979), 9 R.P.R. 1 (Ont. H.C.), où les avocats n'avaient pas prévenu leurs clients d'une possible contestation de la validité des titres en raison de leur manque de conformité à la Loi sur la planification de l'Ontario: lorsque le projet immobilier fut pratiquement complété, les titres furent contestés par les avocats des acheteurs et les vendeurs durent les faire rectifier après de multiples démarches et délais, occasionnant des dommages que le bureau d'avocats fautif fut condamné à rembourser intégralement.

⁶⁴ Dans *Caisse populaire d'Inkerman Ltée c. Doiron* (1985), 61 N.B.R. (2d) 123, 158 A.P.R. 123, (C.A.) M. le juge LaForest, la banque n'aurait pu récupérer tout son prêt parce que ses débiteurs étaient insolubles: le préjudice causé par la négligence de son avocat en fut donc réduit de moitié par la Cour d'appel.

⁶⁵ Selon la règle 57.07 des *Règles de procédure civile de l'Ontario*, R.R.O. 1990, Règlement 194, introduite en 1985, dans les cas où les avocats ont engagé des dépens sans cause raisonnable ou en raison de délais indus, négligence ou autre faute, ils peuvent être condamnés à ne pas réclamer de dépens des clients, à les rembourser de toute avance et de tous dépens qu'ils ont été condamnés à payer à une autre partie, et à payer directement des dépens à une autre partie.

exemplaires.⁶⁶ On a même vu un cas où les avocats ont été tenus de payer des intérêts à un taux de 30% parce qu'ils avaient omis de signaler à leur client que la loi interdisait l'usure.⁶⁷

IV. L'INFLUENCE DE L'ASSURANCE-RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

On peut identifier plusieurs moyens pour les avocats et notaires de se prémunir contre les conséquences fâcheuses de leur responsabilité professionnelle: l'incorporation, qui pourrait limiter leur responsabilité quant au montant impliqué; la prescription des actions, qui la limiterait quant au temps; et l'assurance-responsabilité. C'est cette dernière qui retiendra notre attention, pour plusieurs raisons, dont la principale est que, dans le but avoué d'assurer la protection du public et de répartir sur l'ensemble de la profession le risque de poursuites de plus en plus nombreuses et coûteuses, les Barreaux et la Chambre des Notaires du Québec ont rendu obligatoire pour tous leurs membres actifs (sauf exception) la participation à un régime d'assurance-responsabilité professionnelle pour erreurs et omissions.⁶⁸

A. LE CONTEXTE ET LES EFFETS DES CHANGEMENTS INTERVENUS

Coïncidence ou rapport de cause à effet, dans un sens comme dans l'autre? C'est de cette même époque, il y a une dizaine d'années, que date la tendance récente des tribunaux à se montrer plus exigeants envers les professionnels et plus généreux dans l'attribution de dommages-intérêts. À moins qu'on y voie l'influence combinée des conférences et articles sur la responsabilité professionnelle des juristes et la qualité des services, et celle des décisions judiciaires étasuniennes, où les jurys font crever les plafonds des indemnités pour dommages-intérêts, y compris en matière de faute professionnelle. Ajoutons la complexité croissante de la législation et de la réglementation, couplée à l'accumulation exponentielle de décisions judiciaires et à la croissance de volume de la doctrine dans de nombreux domaines de spécialité, pour ne pas parler des grandes révisions du droit commun comme celle du Code Civil du Québec, mise en chantier depuis plus de 30 ans et graduellement entrée en vigueur, pour nous convaincre définitivement de la difficulté accrue de maintenir une compétence de généraliste et de spécialiste tout à la fois.

L'existence d'un fonds d'assurance-responsabilité professionnelle n'efface pas la responsabilité civile des avocats ou des notaires, mais elle en modifie radicalement les conséquences en la transformant d'une activité principalement judiciaire en une activité de gestion. On peut penser que l'expertise accumulée par les administrateurs d'un fonds d'assurance-responsabilité permet d'échapper partiellement aux aléas des actions

⁶⁶ Voir *Guay c. Société franco-manitobaine*, [1985] 37 Man. L.R. (2d) 16 (Q.B.), où le juge Barkman réduit les honoraires réclamés par l'avocat à sa cliente, la Société franco-manitobaine, accorde les dépens contre cet avocat, et en l'absence de dommages réels, condamne celui-ci à payer 10 000\$ de dommages exemplaires à sa cliente.

⁶⁷ *Schloss c. Koehler* (1977), 4 Alta. L.R. (2d) 85 (S.C.T.D.) M. le juge Bowen.

⁶⁸ R.R.Q. 1981, c. B-1. r. 0.1.

individuelles en justice, par un calcul plus soigné des risques et une meilleure évaluation des chances de gagner. De plus, en intercalant entre le client s'estimant lésé et le professionnel attaqué dans sa réputation un gestionnaire non impliqué personnellement, il est sans doute plus facile d'en arriver à un plus grand nombre de règlements avant que les litiges ne soient portés devant les tribunaux. La spécialisation des administrateurs du fonds en matière de responsabilité professionnelle est susceptible de leur fournir une maîtrise des précédents qui peut mieux éclairer leur jugement sur la pertinence de régler ou de contester. La répartition du risque sur le plus grand nombre offre le double avantage de protéger les professionnels les moins bien établis contre la ruine financière, et le public contre l'impossibilité d'obtenir réparation d'un professionnel insolvable. Cette répartition peut être étalée dans le temps par une gestion prudente du fonds, prévoyant des réserves pour les jours difficiles. Mais elle présente aussi l'inconvénient d'accumuler des sommes considérables qui seront convoitées par les plaideurs et qui pourraient rendre plus généreux des juges qui auraient autrement hésité à ruiner un confrère pour rendre justice à un client malheureux. Il n'en demeure pas moins qu'à la longue, la régulation de la compétence des professionnels par les tribunaux au moyen de la responsabilité civile leur échappera de plus en plus au profit de modes de gestion moins conflictuels, moins aléatoires, plus calculés. Tout ceci, bien sûr, en principe...

B. LES RÉGIMES ET LEURS RÉSULTATS

Qu'en est-il de la pratique? Pour l'ensemble du Canada, Stager⁶⁹ note que les régimes d'assurance-responsabilité professionnelle pour erreurs et omissions prévoient généralement un montant de couverture d'un million de dollars, avec une franchise de 5 000\$ par incident, et des primes annuelles variant de 1 000 à 2 000\$, pouvant atteindre 3 500\$ pour les avocats à l'origine de réclamations. L'obligation de participer s'adresse seulement aux avocats de pratique privée, sauf dans quelques provinces où elle vise aussi ceux qui appartiennent à la fonction publique. Plusieurs provinces et deux territoires ont joint le Canadian Lawyers Insurance Association; la Colombie-Britannique et l'Ontario possèdent leur propre régime, ce dernier ayant vu croître dramatiquement les indemnités réclamées, et ayant enregistré récemment un important déficit, de l'ordre de 122 millions de dollars.

Au Québec,⁷⁰ le régime d'assurance-responsabilité professionnelle obligatoire existe depuis maintenant plus de six ans. Le Fonds possède un patrimoine distinct de celui de la corporation professionnelle et est géré de façon indépendante; la couverture offerte par le régime est de 600 000\$ plus intérêts et frais, avec une franchise de 5 000\$ et une prime annuelle uniforme de 1 200\$ après trois ans de pratique. Les clients qui croient avoir été victimes d'une erreur ou d'une omission de la part de leur avocat peuvent

⁶⁹ *Supra* note 3 aux pp. 46-47.

⁷⁰ Les informations et considérations qui suivent sont tirées d'une entrevue qu'a bien voulu accorder à l'auteur M. René Langlois, directeur général du Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle du Barreau du Québec. L'auteur tient à l'assurer de sa reconnaissance, tout en soulignant que les propos qui suivent n'engagent que la responsabilité de leur auteur, et non celle du Barreau du Québec ou du Fonds.

adresser une réclamation au Fonds: en six ans et quelques mois d'opération, à partir de 3 087 dossiers ouverts, 680 procédures ont été acheminées au Fonds, soit 22%. Depuis l'entrée en vigueur du régime, le Fonds a payé 39 indemnités (où le dommage excédait la franchise), signé 38 ententes, et n'a été condamné judiciairement que dans un seul cas. Les avis préventifs ont donné lieu à une soixantaine d'indemnités en tout. Le rythme d'augmentation des réclamations a été d'environ 15% par année, alors que le nombre des avocats augmente d'environ 1 000 par année. Le profil des réclamations et la nature des erreurs semblent les mêmes partout: celles-ci seraient plus souvent imputables à la négligence qu'à l'ignorance du droit. Les grandes études sont soumises à la même proportion de réclamations que les petits bureaux. Environ 7 000 avocats de la fonction publique sont exemptés de la participation, et environ 4 000 avocats souscrivent une assurance excédentaire. Les réassureurs n'ont encore été appelés à payer aucune part d'indemnité dépassant les 250 000\$ assumés par le Fonds.

L'existence d'un Fonds d'assurance-responsabilité offre l'avantage de fournir certaines statistiques sur la nature des erreurs: ainsi depuis le début du régime, les réclamations pour opinion erronée comptent pour environ 7% du nombre total, par contraste avec toutes celles qui tiennent à la négligence: procédures et avis tardifs, inexécution des instructions, exécution erronée du mandat... (environ 45% des cas) et à l'imprudence: abus de procédures, atteinte à la réputation d'autrui, irrespect des engagements... (environ 35% des cas). Ce faible nombre pourrait autant s'expliquer par l'absence d'erreurs que par l'impossibilité pour la clientèle de les reconnaître, ou les aléas de les faire sanctionner par les tribunaux. On remarque dans l'ensemble que les réclamations sont assez bien distribuées autant par domaine du droit que par district judiciaire et par nombre d'années de pratique des assurés.

Par comparaison, la situation de l'assurance-responsabilité professionnelle aux États-Unis est ainsi décrite par Richard Abel:⁷¹ jusqu'à récemment, les poursuites en responsabilité professionnelle étaient rares et rarement réussies. Avec l'expansion de l'assurance-responsabilité professionnelle, les réclamations ont passé de 1,8% en 1973 à 10% en 1979, et pouvaient aller jusqu'à 15% en 1989. Elles visaient surtout les petits bureaux de deux à cinq avocats, plus que les praticiens solos ou les grandes études. Les blessures corporelles et l'immobilier comptaient pour plus de la moitié des réclamations. Par contraste avec les chiffres avancés pour le Québec, 40% des réclamations étaient fondées sur des erreurs de droit substantif, 50% sur le litige, 25% sur les prescriptions, 25% sur le non-respect des calendriers, et 12,5% sur la relation avec le client (ces circonstances pouvant évidemment être cumulées). Des poursuites étaient intentées dans seulement le tiers des cas, dont plus de la moitié étaient rejetées; mais les clients gagnaient à 67% lorsque le procès avait lieu devant jury. Les compagnies d'assurance déboursaient seulement dans le tiers des réclamations; mais la moyenne des indemnités accordées était de 43 575\$ en 1985, impliquant dans certains cas de très grosses sommes (jugement de 26 millions de dollars dans un cas; règlement de 40 millions dans un autre). Il s'ensuivit à la fois une hausse vertigineuse des primes d'assurance, et un retrait de ce champ d'assurance de plus de la moitié des compagnies d'assurance-responsabilité professionnelle, qui n'acceptaient plus de couvrir les avocats.

⁷¹ R.L. Abel, *American Lawyers*, New York, Oxford University Press, 1989 aux pp. 154-55.

A la fin des années 1980, près du quart des avocats étasuniens n'avaient pas d'assurance; l'Oregon l'avait rendue obligatoire dès 1978, suivie par d'autres États, mais on craignait que l'obligation n'augmente le nombre de réclamations, leur montant et leur taux de succès. Malgré tout, l'avènement de l'assurance-responsabilité professionnelle obligatoire ne semblait pas changer les pratiques de la profession.

V. CONCLUSION

A. LE BILAN DE L'ÉTAT DU DROIT ET DE SON ÉVOLUTION

Nous avons voulu dans cet exposé évaluer la mesure dans laquelle la compétence, fondement du monopole professionnel sur le droit, dont les codes de déontologie (à l'exception notoire du Québec) font une norme prioritaire, pouvait donner ouverture à un contrôle judiciaire et à l'indemnisation du public par le biais de la responsabilité civile. Nous avons dû raisonner sur nombre de cas relativement mince, si on le compare au corpus jurisprudentiel en matière de responsabilité touchant d'autres professions, et même d'autres domaines d'activité.

Nous avons rencontré deux difficultés majeures: d'abord celle de définir l'incompétence, qui se confond souvent avec la négligence et quelquefois avec l'abus de pouvoir: comment en effet déterminer si l'acte fautif du professionnel résulte de son ignorance du droit, ou de sa négligence à l'appliquer correctement? La seconde difficulté tient au fait que la norme de conduite est peu définie et relativement imprécise: en somme, elle se définit par référence à la pratique courante de la profession.

Nous avons dû noter aussi la grande influence des décisions de common law en droit civil québécois: les auteurs et les tribunaux se réfèrent souvent aux solutions de common law, sans nécessairement vérifier leur validité en regard des principes du droit civil. Or l'approche de ces deux traditions juridiques est relativement différente: celle de droit civil recherche avant tout les définitions de concepts et les principes généraux puis spécialisés selon une hiérarchie des normes; celle de common law stratifie le droit par l'accumulation des précédents et des circonstances de chaque cas. Or le droit s'appliquant aux professions juridiques a ceci de particulier qu'il se rapporte à la fois au droit judiciaire, d'inspiration britannique, et au droit civil pour ce qui est des obligations et de la responsabilité qui en résulte. Si les solutions de common law et de droit civil se rapprochent, au point de paraître identiques, nous avons cru percevoir que l'influence n'est pas réciproque mais opère à sens unique, du common law vers le droit civil: qu'un ouvrage canadien majeur consacré à la responsabilité professionnelle et publié en 1993 ne fasse aucune mention de l'importante décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Roberge c. Bolduc* a de quoi surprendre.

Nous avons pu constater aussi, ces dernières années, un élargissement des critères d'établissement et d'évaluation de la faute, et une plus grande générosité des indemnités, peut-être à la faveur de la mise sur pied de régimes d'assurance-responsabilité professionnelle obligatoire. Ces nouveaux critères, plus exigeants pour les professionnels dont on retiendra plus volontiers la responsabilité, ont

une influence directe sur le sort des réclamations, de plus en plus prises en charge par des régimes d'assurance-responsabilité. Dans ces conditions, la jurisprudence ne se fait plus tout-à-fait au hasard des actions individuellement intentées, mais elle est à la remorque de décisions stratégiques de gestion prises par les administrateurs des fonds d'assurance. Le public y gagne-t-il en protection? Il est difficile de se prononcer sans procéder à des comparaisons statistiques élaborées et comparatives, d'une profession à l'autre et d'une juridiction à l'autre. Même si des critères de gestion collective du risque social entraîné par l'incompétence des professionnels n'ont pu être élaborés et présentés aux tribunaux, dans la pratique c'est ce type de critères qui devient déterminant dans les décisions de défendre ou de régler, et par répercussion dans celles de poursuivre.

Il reste que, si l'on venait à estimer que le public est suffisamment protégé par l'instauration et la mise en oeuvre des régimes d'assurance-responsabilité professionnelle, le monopole absolu des corporations professionnelles sur la pratique du droit, qui prétend s'étendre aussi bien à la consultation d'ordre juridique qu'au remplissage de formulaires-types, perdrait beaucoup de sa légitimité. A moins que les corporations professionnelles puissent démontrer, au-delà des quelques cas de jurisprudence répertoriée réprimant l'incompétence, que le public bénéficie réellement d'une qualité de service garantie par des contrôles internes à la profession dont l'efficacité puisse se démontrer non seulement entre confrères, mais aussi par l'intervention d'une expertise externe indépendante.

B. LES VOIES D'UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA COMPÉTENCE

Ce contrôle externe, et indépendant, de la qualité du service dans les professions autres que juridiques, revient en définitive aux tribunaux qui ont le pouvoir de sanctionner l'incompétence. Cependant, en droit, nous sommes en présence d'un régime politique où les juges sont obligatoirement choisis parmi les avocats, et ne font pas partie comme dans d'autres pays d'une profession distincte. Le danger de circularité et de manque d'indépendance en est d'autant plus présent, ceci dit en toute déférence pour ceux et celles qui ont charge de prendre des décisions souvent difficiles. Or, ni dans les organes de la profession, ni dans les tribunaux, ne siègent d'authentiques représentants du public qui ne soient pas membres ou anciens membres du Barreau.⁷²

Si les instances d'évaluation de la compétence des avocats et des notaires comprenaient des personnes n'appartenant pas aux corporations professionnelles, n'en étant pas issus, mais possédant suffisamment de connaissances juridiques pour pouvoir juger des connaissances et des comportements, la présence de celles-ci aurait sans doute pour heureuse conséquence de permettre de sortir du cercle vicieux par lequel la compétence des praticiens du droit est définie par d'autres praticiens ou anciens praticiens du droit en vertu d'une norme théorique de «praticien moyen et

⁷² La récente réforme des professions au Québec avance timidement dans ce sens, en introduisant à l'Office des Professions du Québec un membre (sur cinq) n'appartenant pas à l'une des corporations visées par le Code des Professions. Voir le Projet de loi 140, *Loi modifiant le Code des professions et d'autres lois professionnelles*, sanctionné en juin 1994 (L.Q. 1994, c. 40).

raisonnablement compétent» et à l'aide de témoignages d'experts eux aussi praticiens du droit. Songeons même que ces poursuites en responsabilité professionnelle sont intentées en ayant recours à des avocats confrères de l'avocat présumé fautif, ce qui peut placer le premier en situation délicate... Il y a là un noeud d'intérêts à démêler, pour ne pas parler de conflits d'intérêts; mais le paradigme de la nécessité d'un monopole professionnel sur la pratique du droit donne une apparence toute naturelle, et même immuable, à cet ordre des choses.

C'est à ce point-ci que nous retrouvons les considérations éthiques: car au-delà de l'éthique professionnelle spécialisée, dont les avocats et les notaires détiennent les clés dans leurs codes de déontologie respectifs, et dont certains voudraient contrôler hermétiquement la mise en oeuvre, se profile une éthique sociale, une éthique non pas de la moralité individuelle mais de la responsabilité sociale.⁷³ L'ouverture vers la société civile d'une profession élitiste et fermée est une entreprise longue et ardue, mais qui va dans le sens d'observations de plus en plus fréquentes d'auteurs qui examinent non pas tellement le droit mais surtout les professions juridiques d'un point de vue «externe», sans l'entrave de l'appartenance à la corporation ni la déformation d'un point de vue exclusivement juridique. Relisons les conclusions de David Stager,⁷⁴ économiste réputé qui a analysé avec beaucoup de pertinence la situation des avocats au Canada:

One of the most serious problems for the profession to contemplate is the matter of 'professional ethics'... Law societies have responded by gradually opening their disciplinary proceedings and findings to the public. If the public continues to demand higher standards of professional conduct, and if the self-governing prerogative is to remain intact, law societies may decide [!] to transfer disciplinary responsibilities to the courts.

Cette citation indique que l'auteur a sûrement trouvé une bonne piste; mais dans ses perspectives d'action, en suggérant de confier la discipline professionnelle aux tribunaux, il fait abstraction de la position particulière des juges, qui tout en étant détachés de la corporation professionnelle des avocats, en sont intimement issus.

Quant à Gavin Mackenzie,⁷⁵ membre du Barreau de l'Ontario, auteur d'un ouvrage important sur les avocats, l'éthique, la responsabilité professionnelle et la discipline, il conclut son chapitre 24 sur la régulation de la compétence des avocats et de la qualité des services par les considérations suivantes qui, tout en dressant un bilan impressionnant, ne propose aucune solution extra-corporative:

⁷³ G. Bourgeault a développé amplement le thème de l'éthique de la responsabilité dans: *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, Montréal-Bruxelles, P.U.M.-De Boeck/Westmaël 1990. Nous avons tenté d'élargir le concept pour y inclure une éthique de la solidarité sociale dans: E. Laperrière, «L'informatique en quête d'éthique», dans: *L'éthique professionnelle, réalités du présent et perspectives d'avenir au Québec*, [1989] 13 Cahiers de recherche éthique 129-42.

⁷⁴ *Supra* note 3 à la p. 328.

⁷⁵ *Supra* note 12 à la p. 24.8.

Perhaps because of increased public scrutiny and heightened public expectations, it has become evident in recent years that incompetent legal service can be as damaging to clients and third parties as unprofessional conduct of other kinds. The legal profession has done an appreciable better job of protecting the public from lawyers who have acted dishonestly than it has of protecting the public from lawyers who have acted incompetently. Lawyers in both categories bring discredit upon the profession. Both the public interest and the self-interest of the profession demand that law societies redouble their efforts to improve the competence of their members and protect the public against lawyers who are unwilling or unable to provide legal services of an acceptable quality.

Cette dernière citation illustre les limites évidentes d'une approche centrée sur l'action interne des corporations professionnelles dans la résolution des problèmes qui concernent les rapports de leurs membres à la société. Faudrait-il alors songer à réformer beaucoup plus radicalement la situation, en réintroduisant par exemple en ce domaine les procès par jury, abolis au Québec en matière civile depuis 1974, qui offrirait l'occasion de soumettre l'évaluation de la responsabilité professionnelle à d'authentiques représentants du grand public? Une solution intermédiaire pourrait consister à confier ces affaires à un tribunal spécialisé (par exemple, une division spéciale du Tribunal des Professions) composé majoritairement de juristes non praticiens ou d'autres professionnels possédant les connaissances juridiques suffisantes pour siéger à un tribunal à titre de juges ou d'assesseurs.⁷⁶

Mais en fin de compte, tous ces procès restent des solutions juridiques contrôlées par les juristes. On peut les utiliser comme un appel déguisé, comme une tentative de faire reporter sur l'avocat le coût d'une décision défavorable, de lui faire assumer le rôle d'assureur des droits de son client. Verrons-nous bientôt le jour où, comme aux États-Unis, des avocats spécialisés en «lawyer's malpractice» parcourront le pays à la recherche de clients insatisfaits et examinant à la loupe les procès et les pratiques pour y déceler la faute qui déclenchera à nouveau le processus d'indemnisation? À la limite, c'est une réaction en chaîne que pourrait déclencher le plaideur malheureux cherchant désespérément à prendre en défaut son avocat pour se tirer d'affaire et gagner par ce moyen un procès perdu: en cas d'échec de cette nouvelle tentative, pourrait-il encore se retourner contre son second avocat spécialiste des poursuites responsabilité professionnelle?

Assisterons-nous aussi, alternativement ou concurremment, à une transformation de ce type de solution judiciaire de ce problème, à la faveur du développement des régimes d'assurance-responsabilité professionnelle, comme on a pu le voir par exemple dans les domaines des accidents du travail et des accidents de la route, qui ont marginalisé le recours à une justice devenue inaccessible pour toutes sortes de raisons? Dans la logique assurantielle, le conflit se déplace, et à la limite s'élimine par la gestion, l'administration, la prise en charge de la victime; et les conditions de gestion du fonds deviennent des considérations décisionnelles prioritaires. Comme on le voit, le problème

⁷⁶ Le tribunal spécialisé assisté d'assesseurs est la solution retenue au Québec dans le domaine des droits de la personne: voir la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 100 et suivants, introduits en 1989 (L.Q. 1989, c. 51) et instituant le Tribunal des droits de la personne.

en devient un d'ingénierie sociale, et plus encore d'équité sociale. Comment partager équitablement les risques juridiques? Faute de pouvoir déterminer des critères infaillibles, il reste à s'assurer que les intérêts de la société toute entière puissent être pris en compte dans cette gestion, qu'on devrait orienter non pas exclusivement en fonction de la défense des assurés membres des professions, mais aussi dans la perspective d'une compensation équitable des victimes d'erreurs ou d'omissions souvent involontaires mais néanmoins préjudiciables. Et c'est de cet ensemble de considérations que les tribunaux, arbitres finaux des conflits et gardiens de la légalité, devront en définitive tenir compte.